

Analú Librelato Longo

**ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA
LEI N. 12.683/2012 COM BASE NA TEORIA ECONÔMICA DO
CRIME**

Dissertação submetida ao
Programa de Pós-graduação em
Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do
Grau de Mestre em Direito

Orientador: Prof. Dr. Everton
das Neves Gonçalves

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da
UFSC.

Longo, Analú Librelato

ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI
N.12.683/2012 COM BASE NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME/
Analú Librelato Longo ; orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2018.
298 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina,
Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito,
Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Teoria Econômica do Crime. 3. “Lavagem” de dinheiro. 4.
Custo e Benefício. I. Gonçalves, Everton das Neves. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.683/12 COM BASE NA TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

Analú Librelato Longo

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
UFSC – Orientador

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
UFSC – Membro

Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho
UFSC – Membro

Prof. Dr. Jádel da Silva Júnior
MP/SC – Membro



Prof. Arno Dal Ri Júnior, Ph.D.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 18 de abril de 2018.

AGRADECIMENTOS

Fé em Deus e confiança na vida, o que me fizeram ressignificar todos os obstáculos enfrentados durante o Curso de Mestrado para realizar o sonho de interiorana de estudar na Universidade Federal de Santa Catarina e concluir esta etapa.

À minha filha Guilhermina, tão doce, que aceitou a privação do convívio durante o Curso do Mestrado e a confecção desta dissertação de forma leve e tranquila. Gui eu te amo, meu amor!

À minha família, Agenor, Salete, Meg e Maria Valentina pelo amor sempre recebido.

Ao meu orientador, professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, pela paciência nas correções deste trabalho e pelo compartilhamento das suas experiências profissionais e pessoais. Passados dois anos de convívio, entendo porque o universo nos aproximou: jamais esquecerei suas lições de *Law and Economics* e de vida!

Ao professor e Juiz de Direito Dr. Alexandre Morais da Rosa por ter me ouvido e apontado caminhos, ainda lá em 2014, quando o sonho do mestrado parecia distante. Espero um dia poder retribuir.

À Ana Clara Pacheco de S Thiago pelo auxílio incansável na revisão desta dissertação: *collaborazione qualificata*!

À Jéssica Gonçalves pelo conhecimento compartilhado e pela amizade que floresceu.

Ao convívio com os mestres, mestrandos e doutorandos: Lyza, Bráulio, Rafael, Anarez, Luiz Eduardo, Márcia, Bruna, Raquel, Marco Aurélio, Mariane. Gratidão pelas valiosas trocas! “Escola de aprender a amar: a compreensão leva ao outro”.

Ao Ministério Público Catarinense, por ter me permitido o aperfeiçoamento funcional. Aqui cabe especial agradecimento ao Josef, servidor lotado na Biblioteca Ruy Olympio de Oliveira, pela competência e presteza.

“I was not sympathetic to the assumption that criminals had radically different motivations from everyone else.”

(Gary S. Becker, Nobel Lecture, December 9, 1992)

RESUMO

O trabalho toma por base a Teoria Econômica do Crime (TEC), cujo foco é o raciocínio econômico de comparação de ganhos e de custos do ponto de vista do indivíduo e a alocação ótima de recursos para a prevenção e combate da criminalidade pela sociedade. A “lavagem” de dinheiro atinge tamanha projeção na atualidade que se torna oportuno refletir, a partir da teoria comportamental econômica - principalmente porque o hermetismo da pureza da lei não é capaz de enfrentar sozinho todos os “problemas” jurídicos -, acerca do atual sistema antilavagem no Brasil. A partir dos estudos de Gary S. Becker, para a TEC, e de Marcelo B. Mendroni, para os crimes de “lavagem” de dinheiro, foram analisadas, sob o enfoque do custo e benefício, as escolhas legislativas trazidas pela Lei n. 12.643/2012, especificamente: a) a extinção do rol de crimes antecedentes; b) a severidade da pena privativa de liberdade e da pena de multa; c) o *criminal compliance*; d) a colaboração premiada; e) as medidas assecuratórias para recuperação dos ativos, deduzindo o (des)incentivo para o cometimento dos crimes dessa espécie. A conclusão alcançada permite afirmar que, com relação à extinção do rol de crimes antecedentes, houve aumento do “preço do crime” para o criminoso. No que tange à severidade da pena privativa de liberdade, no patamar máximo de 8 (oito) anos, a opção encontra amparo na TEC e há indicativos de que influencie no “cálculo do crime”. Com relação à pena de multa, por sua vez, no atual grau de severidade, intuitivamente indica estímulo à prática dos crimes. Concluiu-se, em sede doutrinária, pelo aumento dos custos para o criminoso, em virtude do *criminal compliance*. A colaboração premiada mostrou-se eficiente para deixar o “lavador” em situação de melhor bem estar se comparada à situação de ausência do instituto, bem como para diminuir os custos de investigar e condenar para o Estado. As medidas assecuratórias mostraram-se potencialmente eficientes para reduzir os custos sociais dos crimes de “lavagem”.

Palavras-chave: Teoria Econômica do Crime; “Lavagem” de dinheiro; Custo e Benefício.

ABSTRACT

The basis of this research is the Economic Theory of Crime (ETC), which focus on the profits and losses comparative economic analyzes in accordance with the individual's view and the best allocation of resources for the prevention and the fight against crime of society. Money laundering has become widespread making it an important subject of scrutiny, starting from the behavioral economics theory - mainly because the hermeneutics of the purity of the law is not capable of facing, by itself, every legal issue -, about the actual system against money laundering in Brazil. Starting from Gary S. Becker's research, for the ETC, and from Marcelo B. Mendroni's, therefor the money laundering crimes, we have analyzed, under the cost-effective view, the legislative provisions under the Law n. 12.643/2012, specifically: a) the extinction of the previous crimes row; b) the severity of imprisonment and fines; c) criminal compliance; d) plea bargaining; e) the effective measures for assets recovery, deducting the non-incentive to commit the criminal activity. The conclusion reached allows us to state that, in relation with previous crimes extinction, there has been a raise on the cost of crime for the criminal. In relation with the severity of imprisonment, at the maximum of 8 years, the option finds support in the ETC and there has been already results that indicate influence on the calculus of the crime. In the scope of fines, in fact, in the actual degree of severity, it has been found to be an incentive to crime. Hence, under a doctrinarian view, it is best to raise the costs of crime, due to criminal compliance. Plea Bargaining has shown to be efficient to make the "money washer" in a better situation of wellbeing if compared with the one's situation in the absence of the institute, as well as to decrease the costs of investigation and conviction for the State. Those effective measures have presented themselves to be potentially efficient to reduce the social costs of money laundering crimes.

Key-words: Economic Theory of Crime; Money laundering; Cost-effectiveness.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Matriz de <i>payoffs</i>	47
Figura 2 - Curva da Quantidade de Crimes <i>versus</i> Probabilidade de Condenação e Efeito Dissuasivo de Pena.....	63
Figura 3 - Curva de Laffer.....	191
Figura 4 - Severidade da pena como função da seriedade do delito.....	195
Figura 5 - Bloqueio de Valores – Ano a ano (R\$ milhões).....	218

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Comunicações Recebidas dos Setores Obrigados.....	216
Quadro 2 - Quantidade de RIF's produzidos por ano.....	217
Quadro 3 - Número de denúncias por crimes de “lavagem” oferecidas pelo Ministério Público de Santa Catarina.....	218
Quadro 4 - Quadro comparativo das penas fixadas aos colaboradores e não colaboradores.....	238

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito
TEC – Teoria Econômica do Direito
LaE – *Law and Economics*
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPP – Código de Processo Penal
CP – Código Penal
CF – Constituição Federal
DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
GAFI – Grupo de Atuação Financeira sobre a Lavagem de Dinheiro
ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro
LAB-LD – Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro
RedeLab – Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia
TEIs – Técnicas Especiais de Investigação
PIC – Procedimentos Investigativos Criminais
RIFs – Relatórios de Informação Fiscal
FIU – Unidades Financeiras de Inteligência
CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional
ONU – Organização das Nações Unidas
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
BACEN – Banco Central do Brasil
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
MPSC – Ministério Público de Santa Catarina
CFC – Conselho Federal de Contabilidade
COFECI – Conselho Federal de Corretores de Imóveis
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DPF – Departamento da Polícia Federal
DREI – Departamento de Registro Empresarial e Interação
IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados
PLS – Projeto de Lei do Senado
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

MS – Mandado de Segurança
CCJ – Comissão de Constitucionalidade e Justiça do Senado
Depen – Departamento Penitenciário Nacional
PAP – Processo Administrativo Punitivo
TEI – Técnicas Especiais de Investigação
EUA – Estados Unidos da América
EJC – Estudos da Crítica Jurídica
OEA – Organização dos Estados Americanos
UNODC – Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes
DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica
Internacional
FUNAD – Fundo Nacional Antidrogas
FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	21
2 CAPÍTULO I – AS TEORIAS ECONÔMICAS DO DIREITO, DO CRIME E DA CRIMINALIZAÇÃO.....	25
2.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	25
2.1.1 A relação entre o Direito e a Economia.....	25
2.1.2 O movimento da Análise Econômica do Direito e suas Escolas.....	29
2.1.3 Os pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito.....	39
2.2 A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME.....	50
2.2.1 Crime e Economia na sociedade contemporânea.....	50
2.2.2 A Teoria Econômica do Crime e a extensão do Modelo.....	54
2.2.3 A importância do elemento custo benefício na TEC.....	70
2.3 TEORIA ECONÔMICA DA CRIMINALIZAÇÃO	77
2.3.1 Um ponto de encontro: Sociologia e Criminologia na Universidade de Chicago.....	77
2.3.2 Os crimes econômicos e as correntes criminológicas.....	86
2.3.3 A necessária capacidade de o Estado promover a implementação administrativa da Lei Penal e a gestão ótima dos recursos destinados às políticas de segurança pública.....	92
3 CAPÍTULO 2 OS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL.....	97
3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA E JURÍDICA	97
3.1.1 Origens do crime: breve histórico.....	97
3.1.2 Conceituação e aspectos jurídicos.....	106
3.1.2.1 Natureza e bem jurídico tutelado.....	108
3.1.2.2. Infrações penais antecedentes.....	114
3.1.2.3 Fases da “lavagem”: <i>iter criminis</i> (conversão, dissimulação e integração).....	116
3.1.2.4 Elemento objetivo: tipificação do crime (ocultar e dissimular).....	118
3.1.2.5 Elemento subjetivo: a autoria e o dolo.....	123
3.1.3 Pena e efeitos da condenação.....	130
3.2 SISTEMA ANTILAVAGEM DE DINHEIRO	132
3.2.1 – O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e demais entes reguladores.....	133

3.2.2 O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).....	137
3.2.3 Mecanismo de controle: obrigações de <i>criminal compliance</i>	139
3.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DESTACADOS	147
3.3.1 Técnicas Especiais de Investigação.....	147
3.3.2 Medidas assecuratórias.....	156
3.3.3 Procedimentos.....	159
4 CAPÍTULO 3 - VISÃO JURIDICO-ECONÔMICA DAS ESCOLHAS LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA LEI N. 12.683/2012 COM BASE NO CUSTO E BENEFÍCIO.....	161
4.1 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.683/2012....	162
4.1.1 Alterações na tipologia dos crimes de “lavagem” de dinheiro.....	164
4.1.2 Alterações na pena privativa de liberdade e pena de multa.....	165
4.1.3 Alterações no <i>criminal compliance</i>	169
4.1.4 Alterações na colaboração premiada.....	171
4.1.5 Medidas assecuratórias e recuperação de ativos.....	176
4.2 O CUSTO E BENEFÍCIO DAS ESCOLHAS LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI N.12.683/2012	178
4.2.1 Custo e benefício da abolição do rol de crimes antecedentes.....	178
4.2.2 Custo e benefício da pena de multa e da pena privativa de liberdade: Penalidade “ótima” para os crimes de “lavagem”?.....	187
4.2.3 <i>Criminal compliance</i> e dados do COAF.....	210
4.2.4 Custo e benefício da colaboração premiada.....	221
4.2.5 Custo e benefício do alargamento das medidas assecuratórias e a recuperação dos ativos.....	240
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	253
REFERÊNCIAS.....	261

1 INTRODUÇÃO

Os crimes de “lavagem” de dinheiro despontaram no século XX, quando o setor do delito de tráfico de drogas passou mais fortemente a se utilizar desse *modus operandi* para fomentar e perpetuar suas ações, desafiando o aparato Estatal ao tornarem-se imunes aos atos repreensivos tradicionais e impondo novo risco à estrutura de combate e enfrentamento até então existente.

Embora a reação imediata tenha sido a tipificação da conduta de “lavagem”, por diversos países, é perceptível que a dogmática jurídica não consegue *per se* fazer frente a essa macrocriminalidade, marcada pela estrutura hierarquizada, por técnicas avançadas e pela fruição de facilidades tecnológicas que permitem, em questão de segundos, ultrapassar fronteiras e mascarar o patrimônio ilícito enviando bens para locais longínquos daquele onde o crime foi praticado.

Para contribuir com a metodologia jurídica, a Teoria Econômica do Crime (TEC) fornece ao Direito o seu modelo comportamental, segundo o qual o agente, para o cometimento do ilícito penal, segue o raciocínio de custo-benefício resultante da comparação entre a expectativa de ganhos e a probabilidade de custos, disso resultando a escolha pelo crime, ou não.

A indústria do crime é vista como qualquer outra, na qual as pessoas, guiadas pelas expectativas de retorno líquido, escolhem como alocar seu tempo e suas preferências entre as atividades legais e ilegais. O modelo econômico do crime baseia-se, então, na hipótese de que existe racionalidade no comportamento dos agentes e que, por consequência, há reação previsível às mudanças nas variáveis que os afetam. A partir dessa teoria preditiva, é possível perseguir a alocação ótima de recursos, do ponto de vista da sociedade, para a prevenção e combate à criminalidade, que não será exterminada, mas deverá atingir um nível em que os custos sociais do crime não ultrapassem os investimentos com o sistema de justiça (policimento, julgamento, punição, entre outros).

Especificamente, visando apontar incentivos e identificar a resposta estatal eficiente, delimita-se o tema análise econômico-jurídica das alterações legislativas relativas à “lavagem” de dinheiro no Brasil. A partir disso, formula-se a problemática da pesquisa nos seguintes termos: As alterações trazidas pela Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012, desestimulam a prática dos crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil, conforme a Teoria Econômica do Crime?

Hipoteticamente, a Lei n. 12.683/2012, alterou o custo e benefício da prática dos crimes de “lavagem” de dinheiro, por meio: a) da extinção do rol de crimes antecedentes; b) da severidade da pena privativa de liberdade e da pena de multa; c) do *criminal compliance*; d) da colaboração premiada; e) das medidas assecuratórias para recuperação dos ativos, deduzindo o desincentivo para o cometimento dos crimes dessa espécie.

Nesse âmbito, o objetivo geral é analisar quais os custos e benefícios das alterações trazidas pela Lei n. 12.683/2012, referente ao combate à “lavagem” de dinheiro, a partir da Teoria Econômica do Crime (TEC), segundo a qual, para o cometimento da infração, o agente, de forma racional, pondera a probabilidade de ser preso e condenado, a intensidade da pena e o benefício advindo do lucro ilegal. Para alcançar mencionado escopo, a dissertação é dividida em três objetivos específicos, correspondentes ao desenvolvimento de três Capítulos.

O primeiro Capítulo, com base no marco teórico Gary S. Becker, tem por objetivo, a partir da relação entre Direito e Economia, discorrer sobre o movimento da Análise Econômica do Direito (AED), suas Escolas e seus pressupostos metodológicos, adentrando, na sequência, no modelo da TEC, baseada na escolha racional do agente, que é visto como se um empresário fosse e, para o cometimento da infração penal, conduz-se pelos estímulos advindos do mercado legal e ilegal.

Após, no segundo Capítulo, utilizando-se do marco teórico Marcelo B. Mendroni, intenta-se analisar o conceito dos crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil e suas especificidades: histórico, tipologia, bem jurídico tutelado, aspectos subjetivos, punição e aspectos processuais.

No último Capítulo, visa-se apontar os custos e benefícios das escolhas legislativas trazidas pela Lei n. 12.683/2012, em especial, quanto à abolição do rol de crimes antecedentes, à pena privativa de liberdade e à pena de multa, à colaboração premiada, ao *criminal compliance* e às medidas assecuratórias, a fim de verificar se houve desestímulo para o criminoso com o, consequente, aumento do preço do crime.

Para alcançar tais objetivos específicos, o método de abordagem empregado é o dedutivo, na medida em que, com base nas teorias gerais sobre os crimes de “lavagem” de dinheiro e da Teoria Econômica do Crime, serão discutidos e deduzidos os incentivos legislativos incorporados pela Lei n. 12.683/2012 sob o enfoque do elemento do custo e do benefício.

Por último, os métodos de procedimento utilizados foram o

descritivo e o analítico e, com a finalidade de inserir o leitor em contato direto com o tema, a técnica de pesquisa é essencialmente a bibliográfica, utilizando-se de livros, revistas, dissertações e teses, bem como por intermédio da análise de documentos públicos (Leis e projetos de Lei) e bancos de dados públicos.

2 CAPÍTULO I – AS TEORIAS ECONÔMICAS DO DIREITO, DO CRIME E DA CRIMINALIZAÇÃO

2.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1.1 A relação entre o Direito e a Economia

Os juristas partem de uma concepção previamente formada e instintivamente tratam a Ciência Econômica como sendo aquela que estuda os números e analisa gráficos sobre o capital, a mão de obra, a tecnologia, o uso da natureza e a capacidade empresarial. De fato, os mencionados elementos consistem nos fatores de produção e fazem parte do ramo tradicional da Ciência Econômica, cuja teoria representa a parte da Macroeconomia.

No entanto, a palavra “Economia” remonta à Grécia antiga e deriva de *oikosnomos* – no qual *oikos* significa casa e *nomos*, lei, traduzindo-se como Ciência Social que estuda o modo como o indivíduo e a sociedade “[...] decidem empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer a necessidade humana”¹. Disso resulta a concepção moderna da Ciência Econômica, denominada Microeconomia², que compreende o exame do comportamento humano ilimitado frente aos recursos escassos.

Para o estudo prognóstico das necessidades humanas ilimitadas *versus* os bens limitados, a Microeconomia adota dois pressupostos: a racionalidade e o individualismo metodológico. A racionalidade significa que as pessoas possuem objetivos e que adotam mecanismos razoavelmente aptos para alcançarem seus interesses e, o individualismo, por sua vez, significa que as pessoas se comportam de forma a satisfazerem as suas necessidades.

A Ciência Econômica, portanto, contempla a Macroeconomia, responsável pelo estudo dos agregados macroeconômicos, tais como: produto nacional, renda, poupança, despesas e investimentos; e a Microeconomia, utilizada para compreender o comportamento racional e

¹ VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

² A Microeconomia é um ramo da Ciência Econômica que serve para compreender o comportamento dos indivíduos e suas tomadas de decisões frente à escassez dos recursos. Cf. ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 71.

individualista que permeia as decisões humanas no cenário de recursos escassos.

A relação entre o Direito e a Ciência Econômica revela-se estreita na medida em que seus respectivos profissionais estão preocupados em encontrar solução para que o mundo dos fatos, “ser”, seja transformado em “deve ser”, embora utilizem instrumentos distintos para construir referida abordagem. Enquanto o Direito pretende ser “hermenêutico com aspiração na Justiça, a Ciência Econômica implica na matemática com bases empíricas”³.

Assim, embora as interações entre as duas Ciências pareçam “diálogos entre estrangeiros”⁴, especialmente pela diversidade da metodologia aplicada – enquanto a Ciência Econômica trabalha com dados empíricos para declarar certeza à comunidade científica, o Direito transmuta conforme a historicidade -, o estudo interdisciplinar apresenta-se como discussão razoável e possível, em especial, porque a primeira põe à disposição do segundo algo que esse não tem; uma teoria sobre o comportamento humano⁵.

À primeira vista pode parecer insustentável que a confluência entre esses dois campos do conhecimento possa trazer contribuições, uma vez que a Análise Econômica do Direito (AED) “[...] tem sido duramente criticada por enfatizar a eficiência e a eficácia das decisões, em detrimento do critério de justiça”⁶. No entanto, embora afirmem os contrários que tal afluência traria consigo o irrenunciável preço da instrumentalização do Direito pela Economia, fato é que o Direito não pode permanecer alheio ao ambiente social que modula o mercado (e às vezes é modulado por ele), sem falar que o divórcio entre as duas mais antigas disciplinas, a Ciência Econômica e a Ciência do Direito, seria altamente destrutivo.⁷

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 271.

⁴ ROSA, Alexandre M. da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 6.

⁵ Cf. GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 19.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). **Poder Econômico: Direito Pobreza Violência Corrupção**. Barueri: Manole, 2009, p. 13.

⁷ No original: “*Nowhere in the baneful effect of the division into specialisms more evident than in the two oldest of these disciplines, economics and law*”. (HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago:

Há, como se vê, uma simbiose entre as duas pautas: enquanto a Ciência Econômica preocupa-se em administrar de forma eficiente as decisões humanas frente à escassez de recursos, o Direito é a perspectiva apta a regular tais decisões (comportamento humano), de modo que as duas Ciências convergem para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. Desse modo, o estudo da Ciência Econômica no Direito será útil para que os juristas obtenham margens de pesquisas acerca da avaliação e dos efeitos das normas jurídicas produzidas.

A interligação entre o Direito e a Economia iniciou ainda no fim da Idade Média, no século XVIII, com Cesar Beccaria⁸ e Jeremy Bentham⁹; acompanhou a visão crítica de Karl Marx¹⁰ e Max Weber¹¹, respectivamente, nos séculos XIX e XX; tornou-se a moderna Análise Econômica do Direito (AED) com Ronald Coase e sua obra *The Problem of Social Cost*,¹² e consolidou-se, como disciplina autônoma, por meio da obra *Economic Analysis of Law*¹³ de Richard Posner.

Apontados como precursores das relações interativas entre o Direito e a Economia, Cesar Beccaria abordava os crimes e as punições por meio do Utilitarismo, enquanto Jeremy Bentham adotava o Utilitarismo como princípio normativo para reconstrução da Política e do Direito.

Também indicado como possível precursor do Direito e da Economia, Adam Smith discorreu em suas obras sobre a garantia da propriedade privada e o aumento da complexidade das sociedades, cujas

The University of Chicago Press, 1973, v. 1, p. 4).

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁹ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

¹⁰ MARX, Karl. **Para a Crítica da Economia Política**. Salário, Preço e Lucro. O Rendimento e suas fontes. Tradução de Edgar Malagodi et al. São Paulo: Abril-Cultural, 1982.

¹¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia compreensiva**. Tradução de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994.

¹² COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Law & Econ*, v. 3, p. 1 - 44, oct. 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹³ POSNER, Richard A. *The Economic Approach to Law*. **Texas LawReview**, v. 53, n. 4, 1975.

consequências são a ampliação no número de leis e de regulamentos e a inoperância dos mercados¹⁴.

Há, também, a demonstração da união entre o Direito e a Economia por meio dos autores Karl Marx - com o materialismo histórico e a estrutura (mundo real) gerando a superestrutura (mundo formal) - e Max Weber com a utilização do sentido econômico ou prático-utilitário das normas para alcançar as expectativas sociais¹⁵.

Entretanto, somente a partir da obra *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase é que a interseção entre Direito e Economia ganhou relevância por meio do movimento da AED. Na obra, o mencionado autor descreveu o modelo social em que a ocorrência de transações com custos iguais a zero gera a eficiência, o que mais tarde foi chamado de Teorema de Coase.

O Juiz norte americano Richard Posner iniciou seus escritos sobre a AED com o livro homônimo de 1973, tendo o mérito de sistematizar e expandir a aplicação dos postulados econômicos pelos vários ramos do Direito, centrando seus escritos no que chamou de “economia do comportamento não mercadológico”¹⁶. A ideia, portanto, é ultrapassar a concepção do Direito e das normas como fatos sociais, para construir o conhecimento jurídico a partir ou, pelo menos, junto à Ciência Econômica que, “[...] dotada de racionalidade, auxiliará os aplicadores do direito a alcançar o resultado mais ‘justo’, consequencialista e eficiente”¹⁷.

A relação entre o Direito e a Ciência Econômica materializa-se, portanto, por meio da AED, também tratada como Direito e Economia ou *Law and Economics* (LaE), cujo campo instrumental serve para

¹⁴ Cf. BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: Conexões com o Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil. Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley), 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

¹⁵ GONÇALVES, Everton; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: Pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 28, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/50>>. P. 77-122. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁶ POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010b, p. 7.

¹⁷ CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade Econômica no Direito. **Revista Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011, p. 223.

auxiliar na solução dos problemas do Direito e da justiça¹⁸, entre eles, dar embasamento para que os profissionais do Direito façam escolhas eficientes.

A interação epistemológica ocorre em duas vertentes. A primeira é a AED normativa ou prescritiva, em que se estuda a causa geradora da norma, isto é, de como a norma deveria ser adotada pelo Legislador. A segunda é a AED positiva ou descritiva, preocupada com o campo fático, ou seja, em estudar o efeito real da norma adotado pelo jurista.

As duas formas da AED, portanto, revelam o caráter interdisciplinar entre o Direito e a Ciência Econômica. Daí o porquê de o movimento introduzir a reformulação do conceito jurídico à luz da Ciência Econômica, questionando os estudos e propondo “[...] novo vocabulário que aporta sua peculiar estrutura analítica para o exame dos problemas jurídicos ainda que estes não tenham caráter econômico”¹⁹. Em outra linguagem, a proposta é a análise dos fatos jurídicos sob o prisma de seus custos de transação, aplicado ao método da análise da eficiência fornecido pela Economia²⁰.

Na pretensão de auxiliar os profissionais do Direito a enfrentar novos fenômenos ou responder antigas questões que não encontram respostas na dogmática, fica claro que a Economia, com sua teoria do comportamento humano, racional e direcionado por incentivos, pode auxiliar a análise jurídica, focada nas justificações formais abstratas e desatentas ao mundo real e insuficiente ao enfrentamento de todas as celeumas jurídicas.

2.1.2 O movimento da Análise Econômica do Direito e suas Escolas

A AED²¹, marcada pela “[...] aplicação das teorias e métodos

¹⁸ Cf. POSNER, op.cit., 2010b.

¹⁹ No original: “[...] un nuevo vocabulário y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos aunque que estos no tengan el carácter de econômico”. (PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 34 e 35).

²⁰ TOKARS, Fábio. Por uma *law and economics* tupiniquim. **O Estado do Paraná** - Caderno Direito e Justiça, Curitiba, 13 jan. 2008, p. 16.

²¹ A expressão “Direito e Economia” é, portanto, a tradução ao pé da letra da versão original em inglês, “*Law and Economics*”. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em

empíricos da Ciência Econômica nas instituições centrais do sistema jurídico²², surgiu, sem a pretensão de dar respostas definitivas, como contraponto ao movimento histórico denominado Realismo Jurídico Norte Americano.

Numa retrospectiva histórica do Direito, o primeiro movimento ficou conhecido como Jusnaturalismo, no qual o Direito era visto em termos de valor. Entretanto, no século XVIII, com Immanuel Kant, que propugnava a total separação entre Direito e moral, a Teoria Jusnaturalista perdeu relevância e cedeu espaço aos avanços científicos. Nesse momento, a Ciência ganhou destaque enquanto noção da verdade, de modo que o Direito, por também querer ver-se científico e verdadeiro, abandonou as noções valorativas e subjetivas e passou a sofrer influências do movimento teórico reacionário ao Jusnaturalismo, denominado positivismo jurídico. O positivismo pretendia expressar o Direito como Ciência desprovida de qualquer valor moral, visto, portanto, como um sistema fechado.

Ocorre que, paralelamente ao Positivismo Jurídico, movimento presente no sistema jurídico da *Civil Law* e no sistema jurídico Norte Americano da *Coman law*, surgiu a corrente contrária, que clamava pela liberdade de pensamento e julgamento, denominada de Realismo Jurídico.

O Realismo frutificou-se na França por meio da Escola da Livre Investigação Científica em reação à Escola Exegética; na Escandinávia por meio do Realismo Jurídico centrado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; nos Estados Unidos América (EUA), o jusrealismo focado no combate ao formalismo langdelliano (doutrinalismo)²³.

toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, por influência da obra *Economic Analysis of Law*, de autoria de Richard Posner. Em Portugal, adotou-se o termo Análise Económica do Direito e na França, *Economie du Droit*. Mais informações: SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. In: **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, caderno n. 22, mar. 2008b, p. 9-10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 ago. 2017.

²² No original: “[...] is the application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system. POSNER, Richard A. op. cit., 1975, p. 4.

²³ Cf. GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

O Realismo Jurídico buscou a desvinculação dos pressupostos juspositivistas, do ordenamento positivo, ou jusnaturalistas, do valor da justiça, a fim de aproximar a Ciência Jurídica da realidade social, “[...] na qual o Direito se forma e transforma, por meio das ações humanas que criam e destroem as regras de conduta [...]”²⁴.

Segundo Ivo Gico Junior, o realismo jurídico pretendia demonstrar que:

a) o Direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; b) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, c) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o Direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico)²⁵.

A ideia central das pesquisas dos realistas jurídicos girava em torno do estudo do funcionamento das leis e do comportamento dos juristas frente ao ordenamento jurídico (experiência), deixando de lado a hierarquia normativa e a lógica jurídica. “Do realismo jurídico advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de modo a procurar entender as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito”²⁶.

A análise interdisciplinar dos assuntos jurídicos, então, ganhou projeção com o realismo jurídico, pregando que a aproximação do jurista às demais ciências o levaria a construções teóricas que deixariam de lado o formalismo e alcançariam a melhor compreensão da realidade social.

Por isso, a AED enquadra-se no campo teórico do movimento do Realismo Jurídico, preocupada em reaproximar o Direito da realidade social. A AED enquanto metodologia que permite a “[...] escolha, dentre

²⁴ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p 56.

²⁵ GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., p. 7.

²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. op. cit., 2008b, p. 10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 ago. 2017.

as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem estar social [...]”²⁷, firmou-se como Disciplina autônoma ao longo da história.

No primeiro momento histórico firmou-se a relação entre o Direito e a Economia considerada como “gênero” do qual a AED, em segundo momento, firmou-se como sua “espécie”. A gênese do movimento da AED remonta ao século XVIII e pode ser dividida em dois ramos, a partir de dois autores. O primeiro, e mais antigo, em 1776 com Adam Smith, guarda relação com a análise das Leis que regulavam as atividades explicitamente econômicas. O segundo, com Jeremy Bentham, ocupou-se da análise das Leis que regulavam atividades não mercadológicas. Desse modo, neste primeiro momento, a Análise Econômica restava adstrita aos estudos Econômicos das Leis antitrustes, responsabilidade civil e os custos dos acidentes²⁸.

Mais tarde, a AED ganhou relevo com os escritos de Ronald Coase²⁹ em 1960 e a abordagem sobre os custos sociais e de transação dos acidentes, de Guido Calabresi³⁰. Na sequência, Gary S. Becker³¹, seguindo as pegadas do Utilitarismo de Jeremy Bentham e, em 1973, Richard Posner³² com a maximização da riqueza. Gonçalves e Stelzer explicam que, a partir dos estudos de Guido Calabresi e Ronald Coase, tem-se “[...] inovador discurso jurídico voltado ao perfil mais técnico-racional, de tendência reconstrutivista-realista, que o outrora lógico-formal”³³.

²⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a ciência econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. Paper: Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_everton_goncalves_e_joana_stelzerpdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

²⁸ Cf. POSNER, Richard A. op. cit., 2010b. p. 6

²⁹ Cf. COASE, Ronald H. op. cit., 1960.

³⁰ Cf. CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Scholarship Series**. 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1961>. Acesso em: 8 ago. 2017.

³¹ Cf. BECKER, Gary. **The Economics of Discrimination**. 2. ed. University of Chicago Press, 1971.

³² Cf. POSNER, Richard A. op. cit., 1975.

³³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. op. cit., 2012.

Ronald Coase, analisando as ideias de Pigou, publicadas em seu artigo *The Economics of Welfare*³⁴, entende que o Direito deve observar a reciprocidade de interesses entre os indivíduos. O autor chama a atenção para o que ficou conhecido como Teorema de Coase, muito embora não lhe tenha dado esse nome, sustentando que quando os custos de transação são iguais a zero, a atribuição do direito será eficiente³⁵. Nesses casos, o Direito é redundante e dispensável, não havendo necessidade da manifestação do sistema jurídico para adjudicação de quaisquer direitos. Porém, quando os custos de transação são altos, o Direito deve fixar as prerrogativas normativas.

Nesse cenário, o economista Gary S. Becker levou a Ciência Econômica para os mais variados ramos do Direito e, finalmente, como disciplina autônoma e científica, a Análise Econômica firmou-se com o autor Richard Posner. Visualizando que o Direito se encontrava em estágio pré-científico, Richard Posner passou a interpretar a lógica pragmática baseada nos princípios econômicos como instrumental às decisões jurídicas, as quais devem ser orientadas pela análise do custo e benefício em prol da maximização da riqueza.³⁶

A partir desses elementos históricos, Pedro Mercado Pacheco define a Análise Econômica do Direito:

A AED se define pela aplicação da teoria econômica, mais precisamente, da teoria microeconômica de bem-estar na análise e explicação do Sistema Jurídico [...]. A AED nos apresenta um novo instrumental, novas técnicas argumentativas e novas categorias que, extraídas dos desenvolvimentos da ciência econômica, apresentam-se neste movimento como pilares para construção de uma ciência jurídica a altura dos tempos. A renovação da Ciência Jurídica através da adoção da perspectiva interdisciplinar, peculiar

³⁴ PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan, 1932. Disponível em: https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf. Acesso em: 13 out. 2017.

³⁵ Cf. GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 107.

³⁶ POSNER, Richard A. op. cit., 2010b.

pelo peso que tem à Ciência Econômica, a utilização de técnicas como a análise do custo e benefício na elaboração das políticas jurídicas, na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração da eficiência econômica como valor jurídico, são, entre outros, sinais evidentes dessa inovação que a Análise Econômica do Direito apresenta a si mesma (tradução nossa).³⁷

Desse modo, a AED consiste na metodologia que sistematiza a pesquisa sob o ponto de vista econômico, assegurado pelos conceitos da eficiência, maximização da riqueza, custos e benefícios para auxiliar na criação da norma e no impacto das decisões judiciais. Não obstante, vai além da análise abstrata da norma, não se confundindo com Direito Econômico, tampouco reduzindo o mundo a questões monetárias. Não se trata, portanto, de uma teoria sobre valores, mas sim sobre o comportamento humano e a tomada da decisão (escolhas racionais).

Embora programada originalmente em países da *Common Law*, a AED não impede sua “importação para Países de tradição civilista, pois interage de diversas maneiras na organização da vida em sociedade, podendo ser aplicada ao Sistema Jurídico-Normativo Brasileiro”³⁸.

O estudo da AED, portanto, não significa a defesa de uma única solução metodológica, mas a opção de examinar o fenômeno jurídico

³⁷ No original: “*El AED se define por la aplicación de la teoría económica, más precisamente, de la microeconómica del bienestar en el análisis y explicación del Sistema Jurídico[...] El AED nos aporta un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativas y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan en este movimiento como los pilares para la construcción de una ciencia jurídica a la altura de los tempos. La renovación de la ciencia jurídica como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación con la que el análisis económico del derecho se presenta a sí mismo*”. Cf. PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho una reconstrucion teorica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 22-23.

³⁸ POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010a, p. 16-18.

pela visão economicista, assim como se fosse analisada pela abordagem política, histórica, sociológica e antropológica.

A evolução da Análise Econômica, no tempo e no espaço, não representa a homogeneidade de premissas, porquanto apresenta diversas tendências. Pode-se verificar que a teoria é formada, fundamentalmente, por 4 (quatro) vertentes diferentes: a) Tradicional da Escola de Chicago; b) Neoinstitucional ou *Property Rights*; c) Escolha Pública ou *Public Choice*; d) Estudos da Crítica Jurídica.³⁹

Ainda que dividida em diversas Escolas com elementos próprios, a AED, de modo amplo, é uma Teoria que, no seu aspecto Microeconômico, estuda o comportamento e as decisões humanas, avaliando condutas no exercício de prognose e no emprego de conceitos da Ciência Econômica para auxiliar na interpretação do Direito, a fim de construir soluções legislativas ou decisórias eficientes, considerando a escassez dos recursos *versus* às necessidades ilimitadas.

A AED, pelo viés da Escola tradicional, significa a aplicação dos métodos econômicos para examinar a formação, a estrutura e o processo de influência da norma, objetivando o entendimento sobre a relação de causa e efeito da Lei e sua aplicação na sociedade.

A vertente surgiu, primeiramente, a partir de Adam Smith, cuja Economia se firmava na época como Ciência e expandia as regulações do mercado, razão pela qual os estudiosos pretendiam entender os efeitos econômicos da legislação mercantilista.

Após Adam Smith, seguiu-se para a geração de Jeremy Bentham, momento em que a Ciência Econômica era vista como instrumento que reconhecia aos indivíduos a maximização dos seus interesses, dando margem à Análise Econômica não das leis que regulam os mercados, mas sim dos comportamentos e das atividades realizados no âmbito desse mercado, como por exemplo: os crimes, os acidentes e a responsabilidade civil. Posteriormente, a partir dos estudos do Juiz Norte Americano, Richard Posner, a AED firmou-se como Disciplina autônoma, com a expansão acadêmica da Teoria aos demais ramos do Direito.

³⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: Conferência Nacional da ALACDE, 11., 2007, Brasília. Paper. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Os mencionados autores estudavam a causa e o efeito da norma sob as premissas de que os recursos são escassos, as pessoas são racionais e individualistas e visam alcançar a eficiência. No que tange às bases epistemológicas, a perspectiva Tradicional vincula o Direito à noção de eficiência⁴⁰ no sentido do “Ótimo de Pareto”⁴¹, dos autores Kaldor⁴² e Hicks⁴³, e da maximização da riqueza, de Richard Posner.

A eficiência pode ser vista em “[...] termos da economia no uso dos recursos, quando assume uma consistência no comportamento dos agentes econômicos nas suas tomadas de decisões [...]”⁴⁴, garantindo assim, centrar o Direito nas consequências efeitos das normas e, portanto, no efeito maximizador. Nesse aporte - seja na visão, no primeiro momento, de maximização da riqueza, de Richard Posner ou, após 1990, envolta pela noção de pragmatismo -, concentra-se a difusão da Teoria e também as severas críticas sofridas, como se o movimento fosse reduzido tão somente à noção eficientista⁴⁵.

⁴⁰ Atualmente o termo Eficiência já encontra conotação social, por meio do Princípio da Eficiência Econômico Social que propõe a “obtenção da consequente harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, devendo, ainda, critérios outros como distributividade, justiça social [...] são internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações de mercado”. In: GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁴¹ PARETO, Wilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 76.

⁴² KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549 - 552, Sep. 1939. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i338890>. Acesso: 13 out. 2017.

⁴³ HICKS, John. Foundation of Welfare Economics. **Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, Dec. 1939. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2225023>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁴ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27 - 37, p. 30.

⁴⁵ A respeito da transição do pensamento de Richard Posner acerca da maximização da riqueza como critério para as decisões judiciais cf. SALAMA, Bruno. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra

Pela eficiência Paretiana, dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de qualquer outro indivíduo, é chamada de “Melhora de Pareto”. Uma alocação será “Ótima” no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras sem prejuízo de terceiros. Desse modo, na concepção de Wilfredo Pareto “algo é eficiente quando os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor”.⁴⁶

De outro norte, a avaliação de eficiência de Kaldor-Hicks partiu do modelo de utilidade, tal como preconizado por Betham. Os autores “sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem estar ao maior número de pessoas”⁴⁷. O critério de Kaldor-Hicks buscou superar a restrição imposta pelo “Ótimo de Pareto”, que se firmava na ideia de que as mudanças somente seriam eficientes se não houvesse piora na posição de outros indivíduos. Aqui, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que assim não o façam, ou potencialmente seja possível essa compensação.

Alargando o conceito de eficiência, a vertente Neo-institucional ou Economia Institucional Nova, apresentou como meta a identificação das variáveis e dos processos que fundamentam as operações presentes nas instituições jurídicas, assim entendidas como um sistema que regula o Direito, como por exemplo, o direito de propriedade. Por centrar-se na instituição do direito de propriedade, a vertente também é chamada de Escola da Economia dos direitos de propriedade e dos custos de transação, tendo como principal expoente, o autor Ronald Coase e Oliver Williamson.

Segundo os neo-institucionalistas, a distribuição dos direitos de propriedade e os custos de transação influenciam o comportamento humano, criando incentivos e obstáculos ao uso racional da propriedade.

de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trenta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyrhof_salama/35. Acesso em: 8 ago. 2017.

⁴⁶ PARETO, Wilfredo. op. cit., 1984, p. 76.

⁴⁷ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 207.

Esta perspectiva é surpreendente uma vez que se vislumbra a possibilidade de justificação do ato de infringirem-se custos a terceiros, por exemplo, no uso de uma propriedade qualquer causando externalidades prejudiciais a bens de terceiros; também, é inovadora por propiciar a tendência locativa da propriedade para as mãos mais eficientes⁴⁸.

Já a Escola chamada Eleição Pública ou *Public choice*, com destaque à obra de James M. Buchanan⁴⁹, surgiu nos anos 50 e 60 do século XX, e debruçou-se acerca da forma como os agentes políticos tomam decisões. A vertente, ligada, essencialmente, à noção de Ciência Política, baseou-se nos seguintes pressupostos: a) sistema fechado de habilidades no mercado; b) individualismo metodológico voltado às eleições; c) critério do consenso unânime que determina a dependência dos valores sociais em relação aos individuais⁵⁰.

Com essa metodologia, a Escola demonstrou como as instituições políticas e burocráticas mantêm seu *status quo* e como os agentes políticos maximizam os seus interesses utilizando-se do poder.

Isto porque, conforme os autores da escolha pública, os agentes do governo, do mesmo modo que os agentes econômicos, baseiam suas ações em interesses próprios – tais como fama, riqueza e poder–, porém, para alcançarem seus objetivos, os políticos precisam dos votos da população e, neste contexto, guiam suas ações visando a possibilidade de uma eleição ou reeleição⁵¹.

⁴⁸ Cf. GONÇALVES, Everton das Neves. A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica Brasileira de 1988. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, p. 119-123.

⁴⁹ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

⁵⁰ Cf. MONTEIRO, Jorge Viana. **Lições de economia constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 15.

⁵¹ AZEVEDO, Lyza Anzanello de. **Análise Econômica da Tributação: A importância da arrecadação do ICMS para garantia dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 160.

Por último, na década de 1970, surgiu o movimento denominado Estudos da Crítica Jurídica (EJC), marcado pelo confronto ao formalismo e pela retomada do marxismo como base. A Escola dos Estudos à Crítica Jurídica não é tida propriamente como uma vertente da AED, porém é trabalhada em conjunto porque, ainda que tenha premissas diversas, consiste em movimento crítico ao Direito, centrado no viés econômico.

Para a Escola Crítica os seres humanos são racionais e agem para maximizar seus interesses, todavia orientados por posições ideológicas. Assim, o Direito, com viés de fundo marxista, consiste em instrumento de dominação.

Ao contrário da LaE, para os EJC, o comportamento racional economicista implica em artifício ideológico que intenta justificar, como escolha privada racional, as desvantagens e privilégios instituídos a partir de uma concepção de mundo que, naturalmente, reflete a posição dominante e politicamente imposta e que perpetua as desigualdades econômico-sociais⁵².

A partir dessas ideias gerais, identifica-se que tanto a Escola Crítica como todos os demais enfoques da AED estudam o Direito a partir da interdisciplinaridade. Apesar das diferenças pontuais, todas convergem no sentido de compreender o Direito a partir das premissas da Ciência Econômica, adotando como elementos metodológicos, em resumo, a busca pela eficiência, quando da análise do custo e benefício, e pelo sujeito racional em um cenário de escassez de recursos.

2.1.3 Os pressupostos metodológicos da Análise Econômica do Direito

A AED consiste na aplicação do instrumental analítico e empírico da Ciência Econômica, em especial das noções da Microeconomia, ao Direito, com o escopo de explicar e prever as implicações fáticas das regras jurídicas e das instituições envolvidas nesse cenário. Por meio do exercício de prognose e consequencialismo, a abordagem econômica

⁵² GONÇALVES, Everton das Neves. op. cit.1997, p. 129.

insere no Direito modelos de comportamentos maximizadores e racionais, na medida em que a racionalidade exige maximização⁵³.

A Ciência Econômica, na sua subdivisão Microeconômica, estuda as escolhas racionais, orientadas para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é considerado um ser racional e maximizador de utilidades e seu grau de satisfação é alterado pela estrutura de incentivos. De fato, como seres racionais que são, os indivíduos elegem como critério de escolha, dentre os incentivos fornecidos pelo ordenamento traduzidos em normas jurídicas, a realização dos seus próprios interesses.

Infere-se, então, que quando o ser humano, tido como economicamente racional, depara-se com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, inevitavelmente analisará o custo benefício entre as opções para escolher a que melhor atenda seus interesses.⁵⁴

O movimento da AED sugere, dessa forma, a observância de premissas econômicas no processo de interpretação da norma e sua aplicação ao caso concreto, que, embora diversas daquelas do ordenamento jurídico, precisam ser absorvidas pelo Direito. Essa teoria sobre comportamento humano, que a Economia empresta ao Direito, tem como elementos metodológicos: a) escassez; b) maximização racional; c) individualismo; d) ponderação de custos e benefícios nas escolhas (*tradeoffs*).

A escassez é o ponto de partida da AED. Se os recursos fossem infinitos, não haveria a necessidade de alocação e todos poderiam ter tudo o que quisessem, nas quantidades desejadas. O princípio da escassez revela-se na expressão “não existe almoço grátis”⁵⁵, significando que todo direito tem um custo, o que exige a

⁵³ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

⁵⁴ GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014. p. 22.

⁵⁵ Tradução da expressão “*There is no free lunch*”, frase popular em Inglês, cuja ideia expressa que é impossível conseguir algo sem dar nada em troca. O Economista Milton Friedman usou a expressão, em 1975, como o título de um de seus livros: *There's No Such Thing as a Free Lunch*. Disponível em:

https://pt.wikipedia.org/wiki/N%C3%A3o_existe_almo%C3%A7o_gr%C3%A1tis Acesso em: 17 jun. 2017.

regulamentação das prioridades e o emprego “Ótimo” dos recursos públicos.

Esclarecido o primeiro pressuposto metodológico, por consequência, o uso e o emprego dos bens devem ser operacionalizados de modo racional e, por isso, a “escassez dos bens impõe à sociedade uma escolha entre as alternativas possíveis e excludentes”⁵⁶.

Ocorre que toda escolha presume um custo de oportunidade ou, na linguagem econômica, um *tradeoff*⁵⁷, razão pela qual a tomada de decisão do agente presume ponderar os custos e benefícios referentes às alternativas da ação, optando pela conduta que represente maior satisfação de suas metas.

Na ponderação dos custos e benefícios os agentes maximizam racionalmente e individualmente a tomada da decisão.

Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, partir-se-á da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem-estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante. Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana⁵⁸.

⁵⁶ GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014, p. 19.

⁵⁷ O custo de alguma coisa é aquilo que a parte desiste para obtê-lo. Na Ciência Econômica, o *tradeoff* clássico dá-se entre armas e manteiga. Quando uma sociedade decide gastar em defesa nacional, por exemplo, armas para proteger sua fronteira, deixa de investir em bens de consumo, como, na manteiga, para elevar o padrão de vida interno. Cf. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 4.

⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o

Desse modo, no momento da tomada da decisão optará pela escolha menos custosa e que lhe traga mais benefícios e, para isto, é imprescindível que o agente se apresente como racional e individualista.

Quanto à questão da racionalidade, significa dizer que os indivíduos “[...] possuem entendimento amplo dos fenômenos econômicos e usam toda informação disponível para tomar suas decisões”⁵⁹.

O comportamento racional se baseia nas consequências e não nas intenções, razão pela qual as preferências subjetivas são consideradas dados exógenos e, portanto, alheios ao sistema econômico, sendo trabalhadas por outras áreas, como por exemplo, a psicologia. A racionalidade, no entanto, não significa que os indivíduos, ilimitadamente, não erram ao tomar decisões. As falhas mercadológicas, entre elas as externalidades e as assimetrias de informações, afetam, em última análise, a racionalidade.⁶⁰

Nesse contexto, permeado pelas externalidades e informações assimétricas, cada agente possui um conjunto diferente de informações e é orientado pela sua capacidade sensorial, “[...] que limita a quantidade de decisões possíveis dos caminhos que se podem seguir”⁶¹, no cenário, mercadológico ou não. A maneira peculiar com que cada pessoa reage às externalidades não retira a funcionalidade da Teoria da Escolha Racional, na medida em que a proposta é identificar padrões,

pesquisador do direito. **Caderno Direito GV**, n. 22 – mar. 2008a. p. 15. Disponível em:

<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=brun_o_meyerhof_salama>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁵⁹ ARAUJO, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

⁶⁰ De acordo com Ana Lúcia Pinto Silva, as externalidades consistem na “[...] ação de um agente que afeta outros sem que seja quantificada adequadamente pelos demais”. SILVA, Ana Lúcia Pinto et al. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. P. (coord.) **Agenda Contemporânea: Direito e Economia – 30 anos de Brasil**. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, t. 1, 2012, p. 524.

⁶¹ MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro: os Mecanismos de Controle penal na justiça federal no combate à criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22.

acreditando que “[...] saber o que acontece em média é um bom ponto de partida”⁶².

Além disso, pela racionalidade, os indivíduos atribuem a utilidade a cada escolha possível e são capazes de ordená-la de acordo com as utilidades que lhe proveem. A noção de utilidade deve ser entendida como qualquer satisfação que o indivíduo extraia de uma escolha, não se restringindo às questões materiais, muito menos monetárias.⁶³

A racionalidade também sugere que as pessoas “decidem na margem”⁶⁴, ou seja, quando tomam decisões levam em consideração situações extremas consistentes nos ganhos associados à decisão (ganhos marginais). Dessa forma, o ganho marginal derivado do consumo de um dado decresce, em geral, com a quantidade consumida.

Já o pressuposto metodológico do individualismo, por sua vez, traduz-se na ideia de que os agentes maximizam a utilidade da decisão independente do que isso significa para eles, de modo que não pode ser confundido com egoísmo que pressupõe a motivação apenas de bens materiais⁶⁵.

O individualismo refere-se ao autointeresse marcado pelo benefício próprio que conduz à escolha humana. Por isso, a Ciência Econômica explica que os seres ao decidirem com base no benefício próprio, respondem aos incentivos, podendo o Direito beneficiar-se dessa informação para traçar juízos de prognose legislativa e/ou utilizar-se do consequencialismo jurídico (metodologia consequencialista).

A partir da formulação teórica de que os indivíduos são racionais e individualistas, conclui-se que tomam decisões, isto é, enfrentam *tradeoffs*, cuja fórmula opera-se da lógica de ponderação do custo e benefício entre as várias opções possíveis, escolhendo aquela que fornece o maior benefício em detrimento do menor custo, considerando sempre os riscos da atividade.

Se o indivíduo possui amor ao risco, irá preferir se sujeitar a situações que podem lhe trazer ganho elevado, mesmo estando diante de

⁶² LEVITT, Steven David; DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics**: o lado oculto do dia a dia. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 13.

⁶³ Cf. GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., 2014. p. 26.

⁶⁴ KRUGMAN, Paul R; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7. Disponível em: <<https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/introducao-a-economia-paul-krugman-e-robin-wells.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁶⁵ GICO JUNIOR, Ivo. op. cit., p. 23.

um ganho pequeno e garantido. Entretanto, se o agente possuir aversão ao risco, significa que possui preferência por ter um ganho pequeno, mas garantido, em detrimento de um ganho elevado e incerto. “Uma pessoa é avessa ao risco quando ela considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de um valor monetário esperado igual”⁶⁶.

Na impossibilidade de eliminar os riscos, os agentes econômicos buscam equilibrar a redução dos impactos negativos com a exigência de maiores ganhos em situação de incerteza. Por sua vez, a avaliação dos riscos orienta-se pela disponibilidade, confiabilidade e pela capacidade de manipular as informações. “As decisões condicionadas pela avaliação do risco dependerão de características individuais dos agentes, tais como do seu conhecimento prévio, as ferramentas que lhe são disponíveis, do seu padrão de atuação, entre outras”⁶⁷.

Não raras vezes o indivíduo se defronta com situações em que a decisão ótima a ser escolhida depende do agir do outro agente econômico. Neste cenário, a Microeconomia utiliza-se da Teoria dos Jogos para estudar o processo decisório.

Em linhas gerais, a Teoria dos Jogos ocupa-se da forma como os indivíduos decidem quando estão cientes de que as suas escolhas afetam os demais:

A teoria dos jogos pode ser aplicada a qualquer interação social onde indivíduos tenham alguma compreensão de como o resultado para um participante (jogador) é afetado não apenas pela sua própria ação, mas também pelas ações dos outros indivíduos. A teoria dos jogos é, portanto, uma forma de solução de barganhas e negociações, levando em conta o comportamento racional dos competidores⁶⁸.

⁶⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 67.

⁶⁷ SILVA, Ana Lúcia Pinto et al. Principais Conceitos Econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia. L. M. P. (coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia**, 30 anos de Brasil. Série GV Law. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

⁶⁸ PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 295.

A estrutura desse modelo, que se ocupa do comportamento de indivíduos e dos movimentos na tomada da decisão, é formada pelos jogadores ou *players*, pelas regras, pelas estratégias de cada jogador e pelos *payoffs* (ganhos ou retornos) de cada jogador para cada estratégia⁶⁹.

Nesse cenário, os jogadores, presumidos limitados racionalmente e com comportamento estratégico para atingir e maximizar seus objetivos, interagem competindo ou cooperando, porque, ainda que possuam interesses divergentes, não são necessariamente opostos, podendo optar por convergir ao invés de divergir⁷⁰.

De acordo com Fiani “[...] as estratégias são os planos de ações que especificam, para cada jogador, quais atitudes devem ser consideradas nos momentos de decisão”. Dessa forma, a eleição da estratégia passa por tentar prever os ganhos e as perdas potenciais que existem em cada alternativa.

Depois de definidos os participantes, apresentadas as regras - “conjunto de princípios e normas que regulamentam um jogo”⁷¹-, o comportamento estratégico levará ao resultado de ganhos ou perdas (os *payoffs*).

A Teoria dos Jogos, então, trata da competição e da cooperação como cenário estratégico entre as partes, e pretende modular o comportamento na tomada das decisões⁷².

⁶⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit. 2010, p. 56; D’AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 41.

⁷⁰ BERNI, Duilio deÁvila. **Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004, p. 123; GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016, p. 123.

⁷¹ D’AMICO, Ana Lúcia. op. cit., p. 41.

⁷² Num rápido esboço evolutivo, para se perceber abordagem do instituto sob a ótica da competição e da cooperação, veja-se que, inicialmente, na obra *The Theory of Games and Economic Behavior*, Von Neumann e Oskar Morgenstern analisaram os jogos de soma zero, em que um jogador ganha e o outro necessariamente perde. Mais tarde, em 1950, John F. Nash inseriu a cooperação como estratégia para o alcance do melhor resultado para si e para os outros e, dessa forma, superar aquelas situações em que o jogador opta racionalmente pela estratégia que considera a melhor frente à expectativa dos demais, mas que, no entanto, o resultado pode ser insatisfatório para todos. Cf. ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria

O “dilema dos prisioneiros” é o modelo mais famoso da Teoria dos Jogos, que elucida a situação hipotética de dois homens suspeitos violarem conjuntamente a lei, e que são interrogados, simultaneamente, em salas separadas pela polícia⁷³.

Cooter e Alen explicam o modelo:

Duas pessoas, o Suspeito 1 e o Suspeito 2, conspiram para cometer um crime. Eles são detidos pela polícia fora do local onde o crime foi cometido, levados à delegacia de polícia e colocados em salas separadas, de modo que não podem se comunicar. As autoridades os interrogam individualmente e tentam jogar um suspeito contra o outro. As provas existentes contra eles são circunstanciais – estavam simplesmente no lugar errado na hora errada. Se o promotor precisar ir para o julgamento só com essas provas, os suspeitos terão de ser acusados de uma transgressão de menor peso e receberão uma punição relativamente leve – digamos, 1 ano de prisão. O promotor preferiria que um dos suspeitos ou ambos confessassem o crime mais grave que se acredita tenham cometido. Especificamente, se um dos suspeitos confessar (e, com isso, implicar o outro) e o outro não, o não confessor receberá 7 anos de prisão, e, como recompensa por assistir o Estado, o confessor só receberá meio ano de prisão. Se ambos os suspeitos forem induzidos a confessar, cada um ficará 5 anos na prisão. O que cada suspeito deveria fazer – confessar ou ficar calado?⁷⁴

dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, v. 2; FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006; GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016; PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

⁷³ O método foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950 e desenvolvido pelo matemático Albert Tucker, conforme PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. op. cit., 2002, p. 464.

⁷⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 57.

Figura 1 - Matriz de *payoffs*

		SUSPEITO 1	
		CONFESSAR	FICAR CALADO
SUSPEITO 2	CONFESSAR	- 5	- 7
	FICAR CALADO	- 0,5	- 1

Fonte: Extraído de Cooter, Robert; Ullen, Thomas. 2010, p. 57.

Pela matriz de *payoffs*, os jogadores, denominados suspeito 1 e suspeito 2, sendo que cada um dispõe de duas estratégias: confessar ou ficar calado. Os números constantes nas quatro células correspondem aos *payoffs* dos jogadores. Em cada decisão, o prisioneiro pode satisfazer o seu próprio interesse (trair) ou atender ao interesse do grupo (calar). As possibilidades são: a) ambos calam; b) ambos confessam; c) o suspeito 1 cala, enquanto o suspeito 2 trai; d) o suspeito 1 trai, enquanto o suspeito 2 cala.

A partir da análise das possibilidades e das penas, a estratégia dominante é a confissão:

[...] o que o Suspeito 1 deveria fazer se o Suspeito 2 confessar? Se ele ficar calado quando o Suspeito 2 confessar, passará 7 anos na prisão. Se confessar quando o Suspeito 2 confessar, passará 5 anos na prisão. Portanto, se o Suspeito 2 confessar, está claro que a melhor coisa que o Suspeito 1 poderá fazer é confessar. Mas e se o Suspeito 2 adotar a estratégia alternativa de ficar calado? Qual é a melhor coisa que o Suspeito 1 poderá fazer então? Se o Suspeito 2 ficar calado e o Suspeito 1

confessar, ele cumprirá só meio ano de prisão, se ficar calado quando o Suspeito 2 ficar calado, ficará 1 ano na prisão. Mais uma vez, a melhor coisa para o Suspeito 1 fazer se o outro suspeito ficar calado é confessar. Portanto, o Suspeito 1 sempre irá confessar. Independentemente do que o outro jogador fizer, confessar sempre significará menos tempo de prisão para ele. [...] Visto que o outro suspeito irá fazer exatamente os mesmos cálculos, ele também confessará⁷⁵.

A confissão operada por ambos leva a um equilíbrio, conceituado como equilíbrio de Nash, na medida em que não há razão para qualquer um dos suspeitos mudar de estratégia.

Nash definiu o equilíbrio como uma situação em que nenhum jogador poderia melhorar sua posição escolhendo uma estratégia alternativa disponível, sem que isso implique que a melhor escolha feita particularmente por cada pessoa levará a um resultado ótimo. Ele provou que, para uma determinada categoria muito ampla de jogos com qualquer número de jogadores, existe pelo menos um ponto de equilíbrio – desde que sejam permitidas estratégias mistas. Mas alguns jogos têm muitos pontos de equilíbrio e, outros, aqueles relativamente raros não se enquadram na categoria que ele definiu, talvez não tenham nenhum⁷⁶.

Veja-se, então, que a escolha individual (confessar) não se revela a melhor para ambos os suspeitos, já que o ponto ótimo residiria na postura de ficar em silêncio.

Assim, o Dilema dos Prisioneiros demonstra as situações em que a escolha individual conduz à traição mútua, enquanto que a colaboração proporciona melhores resultados. O exemplo de jogo não cooperativo pelo Dilema do Prisioneiro enfatiza os processos de interação estratégica, demonstrando que nem sempre a busca pela

⁷⁵ Ibidem, p. 57-58.

⁷⁶ NASAR, Silvia. **Uma mente brilhante**. Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 122.

melhor opção individual conduz ao melhor resultado para todos⁷⁷.

A inconsistência apontada abriu espaço para modelos cooperativos, assim chamados porque “[...] há comunicação entre os jogadores e permite-se a coalizão que exprime relações mútuas”⁷⁸.

Nessa dinâmica, a maximização individual cede espaço para o consenso, com o objetivo de alcançar soluções de ganhos coletivos. Os jogadores, não necessariamente adversários, atingem o ponto de equilíbrio pelo agir interdependente, já que firmaram previamente a estratégia conjunta. Nesse sentido a lição de Ana Lúcia D`amico:

Cooperação; ações do jogador I somado às ações do jogador II; ações e movimentos dos jogadores são interdependentes; para qualquer um dos jogadores ganharem, nenhum precisa perder; negociação do tipo, ganha-ganha, perde-ganha, pois não há ganhadores, nem perdedores; perder não é tão ruim assim; a comunicação explícita como implícita entre jogadores são relevantes e os jogadores podem cooperar até mesmo mantendo o silêncio⁷⁹.

Os pressupostos metodológicos da AED compõem o método de pesquisa que se centra na ideia de que quando o indivíduo se depara com mais de uma opção de atuação, como ser racional e individualista, levará em consideração a relação de custo e benefício e a redução dos riscos esperados, optando pelo resultado que melhor atenda aos seus interesses.

Considerar o comportamento do agente como racional e individualista que frente às suas necessidades e a escassez dos recursos precisa incorrer em *tradeoffs*, baseados na análise do custo e benefício, é a “pedra de toque” para compreender o objeto desta dissertação centrada no Direito Penal.

Para construir-se, por exemplo, uma política criminal eficiente, para além da interpretação da conduta típica, antijurídica e culpável,

⁷⁷ GONÇALVES, Jéssica. op. cit., 2016, p. 139.

⁷⁸ VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. 7. ed. Tradução de Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 567.

⁷⁹ D`AMICO, Ana Lúcia. op. cit., 2008, p. 60.

deve o legislador considerar os pressupostos metodológicos da AED, isto é, não estar alheio à lógica de que quando os benefícios da atividade criminosa suplantam os custos e compensam os riscos, haverá incentivo à atividade criminosa. Além disso, a aplicação desse “ferramental” econômico pode auxiliar os aplicadores das normas jurídicas na aproximação com a realidade social, assolada pela escala progressiva da violência e da criminalidade.

Essa perspectiva analítica, então, sem abandonar a dogmática jurídica, intenciona direcionar mudanças “qualitativas e quantitativas nos índices de criminalidade, fazendo com que os agentes realizem menos crimes e, quando os realizem, direcioná-los para as condutas menos graves”⁸⁰. Na perspectiva da sociedade, fornece estratégias para a eficiente administração dos escassos bens públicos, entre eles, a segurança.

Desse modo, revela-se razoável considerar o crime a partir do seu conceito econômico e não apenas jurídico, percebendo que quando os benefícios da atividade criminosa suplantam os custos e compensam os riscos, haverá ingerência no cenário criminoso. Isso porque, o agente criminoso (racional e individualista), pondera o custo do crime (exemplo: probabilidade de ser preso e o tamanho da pena) e o benefício (exemplo: lucro) daquela conduta típica e antijurídica. Assim, quando os custos são mais baixos que os benefícios, a indústria do crime é estimulada.

Por isso, segundo a AED sob a perspectiva criminal, o crime não deve compensar, de modo que o objetivo da política criminal deve ser tornar nulo o lucro do “empresário criminoso” ou aumentar o risco da atividade, seja pela melhora no aparato de persecução e penas desestimulantes, seja pelos elementos incentivadores do mercado legal, entre eles, educação, oferta de trabalho, distribuição de renda.

2.2 A TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

2.2.1 Crime e Economia na sociedade contemporânea

O fenômeno da globalização, entendido como processo complexo de homogeneidade de amplas dimensões da vida dos homens e dos

⁸⁰ OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica do crime no Brasil*. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Digo (Coord.). **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 113.

povos e que se desenvolve em escala mundial⁸¹, propicia, fomentado pela tecnologia, a integração econômica e política, o encurtamento das distâncias territoriais e a intensificação das relações humanas. Nas palavras de Zygmunt Bauman: “A informação agora flui independente dos seus portadores; a mudança e a rearrumação dos corpos no espaço físico é menos que nunca necessária para reordenar significados e relações”⁸².

Embora a globalização envolva aspectos sociais, políticos e culturais, sem dúvidas os efeitos econômicos são os que emergem com maior ênfase.

A partir da ideia de geografia globalizada, o velho conceito de Estado, enquanto Poder Soberano, foi relativizado e abriu espaço para novas ações e relações, em especial para o mercado financeiro global⁸³. Como consequência da formação de uma sociedade pós-industrial, ou “sociedade de risco”, como é chamada por Ulrich Beck, surgiram novos conflitos, em especial na seara criminal, fomentados por espaços e meios mais amplos para sua perpetração.

Assim, embora a comunicação eletrônica tenha trazido o benefício do tempo real para as relações entre as nações e entre as pessoas físicas e jurídicas, impregnando-as de velocidade no tempo e no espaço, favoreceu também, por consequência, a ação comunicativa mais dinâmica a favor dos criminosos.

Esta “era digital” exigiu, então, a caracterização de novos delitos em razão da mutação da relação tempo-espaço, de modo que os agentes legitimados para o combate (Polícia e Ministério Público) nem sempre estão preparados para o enfrentamento dessas ações locais com consequências gerais e longínquas.

Emergem, então, algumas espécies de criminalidade também globalizadas e os crimes de “lavagem”⁸⁴ de dinheiro são exemplos

⁸¹ Cf. MARTIN, Luís G. Globalização Econômica e Direito Penal. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, v. 6, n. 10, p. 134-158, jan./jun. 2009, p. 134.

⁸² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 21.

⁸³ Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Trimestral, ano 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 301.

⁸⁴ Utiliza-se a expressão crimes de “lavagem” entre as aspas, com letra minúscula e no plural nos exatos termos da técnica legislativa empregada na Lei n. 9.613/98. Além disso, a origem da nomenclatura será desenvolvida no Capítulo II. Por fim, alguns sinônimos, reconhecidos doutrinariamente, tais

típicos⁸⁵. O ciberespaço, permite, sem o deslocamento físico, abrir contas em bancos, transferir fundos, investir no mercado de capitais, realizar uma série de operações bancárias e financeiras, operar com empresas *offshore*, cassinos e casas lotéricas.

A velocidade e fluidez que marcam as relações legais proporcionam, na mesma medida, que agentes delituosos usufruam das facilidades tecnológicas e, em questão de segundos, ultrapassem fronteiras e mascarem o patrimônio ilícito enviando bens para locais diversos daquele onde o crime foi praticado.

Inquestionáveis as repercussões sociais, econômicas e nas questões de segurança advindas dessa massa de crimes. Classificada como elemento “[...] desestabilizador invisível que entra num sistema já desequilibrado e torna mais difícil o controle das políticas econômicas nacionais”⁸⁶, a “lavagem” traz consequências particularmente significativas nos países em desenvolvimento, onde a estrutura menor do mercado aumenta a vulnerabilidade em relação às práticas criminosas. As sequelas econômicas também são expressivas, ainda que não se possa quantificar com precisão a magnitude dos impactos negativos para os países com sistemas financeiros frágeis, que são utilizados como plataformas para o “branqueamento”.

O “outro lado da moeda” é que, quando o país possui sistema eficaz antilavagem, eleva sua reputação internacional, diminui os níveis de corrupção e criminalidade econômica, alcança maior estabilidade e solidez das instituições financeiras e dos mercados, além de gerar impactos positivos no desenvolvimento socioeconômico.

Na face oculta do mercado, estão os negócios do crime. Enquanto na economia legal, o investidor, inserido em uma situação de risco e incerteza, decide, a partir de fatores de produção disponíveis (terra, trabalho, capital, tecnologia e iniciativa empresarial), o que produzir e para quem produzir, podendo perceber lucros ou incorrer em prejuízos, conforme o resultado de sua decisão e do processo produtivo⁸⁷, no setor

como: “branqueamento”, “ocultação”, “mascaramento” serão utilizados no decorrer desta dissertação.

⁸⁵ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

⁸⁶ CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: CULTRIX, 2002, p. 148.

⁸⁷ Cf. BORILLI, Salete Polonia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Apontamentos Acerca das Organizações Criminosas a Partir de um Estudo Exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de

ilegal, guardadas suas particularidades, sujeito, ação, escolha e risco também estão presentes. Nesse, o empresário é o sujeito que igualmente organiza a sua atividade, reunindo os fatores de produção disponíveis e assumindo os riscos inerentes à atividade ilegal, podendo perceber lucros ou incorrer em prejuízos que, nesse último caso, podem culminar na condenação e punibilidade⁸⁸.

O crime organizado, assim como as empresas lícitas, não pode se permitir explorar única atividade, como requisito para sua manutenção e perpetuação. Nessa linha, a preocupação inicial com a “lavagem” de dinheiro surgiu quando da sua ligação com o tráfico de drogas. O objetivo dos traficantes era, em geral, converter pequenas somas de dinheiro em contas bancárias, instrumentos financeiros ou outros ativos.

Atualmente, são inesgotáveis as referências às espécies de crimes que convertem seu proveito em bens lícitos, embora possa se destacar a corrupção ativa e passiva, a organização criminosa, a venda ilegal de armas, o tráfico de drogas, de pessoas e de animais. Estrategicamente, a criminalidade organizada investe na corrupção, considerando que esta prática permite o avanço das atividades ilegais, na medida em que engessa o “braço” do Estado, o qual deveria reprimi-la. O cenário pernicioso da macrocriminalidade guarda relação direta, como já dito acima, com o “[...] desemprego, desigualdade de renda e baixo nível de escolaridade, demografia, recursos aplicados no policiamento, no sistema judiciário, no sistema carcerário, dentro outros”⁸⁹.

Advertidos por Becker, quando disse que “[...] o crime é uma atividade econômica importante, normalmente negligenciada pelos economistas”⁹⁰, hoje, muitos profissionais da Economia e do Direito tem se debruçado sobre o tema, já que a criminalidade desenfreada pode

Foz do Iguaçu (Paraná). In: **Encontro Paranaense de Economia**. Maringá: UEM, 2002, p. 193.

⁸⁸ Desenvolvendo esta ideia, Borilli e Shikida explicam que “[...] enquanto o insucesso econômico de uma atividade legal pode significar desde prejuízos até a falência da empresa, para o caso do crime, isto pode significar também uma punibilidade qualquer, variável em privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa”. BORILLI, Salete Polonia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. op. cit., 2002, p. 197.

⁸⁹ Ibidem, p. 193.

⁹⁰ Original: “[...] *crime is an economically important activity or “industry”, notwithstanding the almost total neglect by economists*”⁹⁰. BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**. v. 76, n. 1, p. 170, 1968. (tradução nossa) Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

também ofuscar a atividade econômica de uma região, afastando investimentos, elevando preços e aumentando a taxa de desemprego, sem considerar o mercado “informal” que retira os ganhos produtivos da Economia na sociedade.

A nítida confluência entre os setores legal e ilegal da economia e seus reflexos nas relações pessoais, as quais o Direito se propõe regular, torna impossível o desenho de políticas públicas criminais ou a aplicação das normas penais “sem considerar uma das variantes mais relevantes: a economicidade”⁹¹ e, por consequência, a metodologia proposta pela Teoria Econômica do Crime (TEC).

2.2.2 A Teoria Econômica do Crime e a extensão do Modelo⁹²

A abordagem econômica do crime possui como marco inicial os estudos de Gary Stanley Becker, com seu artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, publicado em 1968⁹³. Desde a contribuição original do economista, que focou a análise econômica do comportamento humano, o que mais tarde, em 1992, lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia, inúmeros estudos e pesquisas realizados formaram alicerces teórico-cunhado de Teoria Econômica do Crime (TEC), cujo fundamento encontra-se na análise da racionalidade e sua

⁹¹ OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 113.

⁹² Ainda que as conclusões de Gary S. Becker sejam reconhecidas como um trabalho pioneiro no tema sobre a TEC, não será possível, aqui, apreciação extensa e diversificada acerca da literatura produzida a partir deste marco teórico. Nesse sentido, optou-se por colacionar autores que, de algum modo, partindo das ideias do economista, aprofundam ou criticam seus resultados considerando as variáveis que serão trabalhadas, direta ou indiretamente, no terceiro Capítulo. Um panorama geral, todavia, dos modelos econômicos do crime pode ser obtido pela classificação proposta por Carrera-Fernandez em CARRERA-FERNANDEZ, José; MALDONADO, Genaro E. C. A economia do narcotráfico: uma abordagem a partir da experiência boliviana. **Nova Economia**: revista do departamento de Ciências Econômicas da UFMG. Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 137-173, 1999. Disponível em: <<http://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2161/1148>>. Acesso em: 29 maio 2017.

⁹³ A subseção 2.2.2 contém diversas citações extraídas e traduzidas livremente pela autora, referentes à obra: BECKER, G. S. *Crime and punishment: an economic approach*. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2017.

interação com o risco e as expectativas de retorno.

O seminal estudo, como o próprio autor concluiu, de certa forma retomou os ensinamentos de Jeremy Bentham⁹⁴ e Cesare Beccaria⁹⁵, segundo os quais os indivíduos procuram maximizar o prazer e minimizar o sofrimento. Para o economista, o criminoso, *homo economicus*, realiza escolhas racionais, a partir de incentivos e condições. Conforme conclui Vipiana, para Becker, a decisão dos indivíduos envolve “ao invés de prazer e sofrimento, benefícios e custos”⁹⁶.

O modelo apresentado, ainda hoje considerado o mais relevante no assunto, abordou a criminalidade a partir da maximização dos custos e benefícios pelo Estado e pelo criminoso.

Dentro dessa lógica, surgiu nova abordagem aplicável à criminalidade ao se afirmar que o ato criminoso decorre da avaliação racional em torno dos benefícios e custos, que compreendem a magnitude da punição (*f*), a probabilidade de detenção e condenação (*p*), e o retorno esperado, comparado aos resultados da alocação do tempo no mercado de trabalho lícito.

A TEC, aplicada pelo economista, foi inovadora porquanto, até então, nos anos cinquenta e sessenta, as discussões eram dominadas por teorias criminológicas que sustentavam, em geral, que o ato criminoso era causado por doenças mentais, patologias genéticas, anomias e opressão social. Gary S. Becker, rompendo com esse paradigma da motivação do agir criminoso e da lógica jurídica punitiva centrada no lema “mais pena menos crime”, inseriu o sujeito⁹⁷ (tomador de decisão)

⁹⁴ Cf. BENTHAM, J. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Trad. de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

⁹⁵ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁹⁶ VIPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime**: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: AGE, 2006, p. 37.

⁹⁷ De acordo com Foucault, Becker reabilitou o trabalhador como sujeito ativo no processo produtivo e não apenas como braço acessório do capital. Cf. CONTI, Thomas Victor. **Capital Humano, Crime e Punição**: Becker, Foucault e os seminários de Chicago de 2012 e 2013. Working paper de apresentação do autor realizada no Instituto de Economia da Unicamp em 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/tag/gary-becker/>>; e BECKER, Gary S.; EWALD, François; HARCOURT, Bernard E. **Becker on Ewald on Foucault on Becker American Neoliberalism and Michel Foucault's 1979 'Birth of Biopolitics' Lectures**. Coase-Sandor

dentro do contexto econômico e afirmou que a conduta criminosa visa à lucratividade, seguindo o binômio custo *versus* benefício.

Becker, desde o início, afirmou que a racionalidade não implica necessariamente que os indivíduos sempre calculem friamente suas ações, reconhecendo que existe uma margem de pessoas doentes, além de outros fatores psicológicos, sociais e econômicos que influenciam o comportamento racional⁹⁸. Todavia, a existência desses influxos não retira a aplicação da Teoria, na medida em que há um padrão, revelando-se, a metodologia, suficiente para prever como os indivíduos reagirão aos incentivos.

Dessa forma, o método reconhece que os indivíduos não decidem apenas motivados por questões econômicas, mas, também, influenciados pela faixa etária, gênero, escolaridade, características do núcleo familiar, padrões econômicos e sociais, que são chamadas de variáveis independentes.

Embora Becker, em seu artigo *Theory of Social Interactions*⁹⁹, já tenha evidenciado a confluência entre a interação social – definida como a inclusão dentro da função de utilidade do indivíduo de variáveis que representam características de outras pessoas e que afetam sua produção -, e o comportamento ilegal, estudos posteriores no mesmo sentido identificaram que o comportamento dos pais, amigos, vizinhos podem afetar o comportamento criminoso¹⁰⁰. Isso significa dizer, que indivíduos detentores de determinadas características pagariam um preço maior ao procederem com determinados tipos de comportamento.

Becker, a partir do cálculo do custo do crime nos EUA, em 1965, data de sua pesquisa, descreveu seu método a fim de quantificar o prejuízo social causado pelos crimes e identificar o montante ótimo de recursos e punições a serem empregados para prevenir e restringir a criminalidade até um nível tolerável.

Institute for Law & Economics Working Paper, n. 614, 2012. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/77/. Acesso em: 8 ago. 2017.

⁹⁸ Cf. OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 120.

⁹⁹ BECKER, Gary S. *Theory of Social Interactions*. **Journal of political economy**, v. 82, n. 6, p. 1063-1093, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w0042.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰⁰ Cf. GLASER, Edward L., SACERDOTE, Bruce. SCHEINKMAN, José A. Crime and social interactions. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 61, n. 2, 1996. p. 507-548. Disponível em: <<https://www.princeton.edu/~joses/pp/crime.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

Em outras palavras, a metodologia perseguiu a mensuração da perda social ocasionada pelos atos criminosos e buscou encontrar a alocação ótima de recursos e punições, a fim de reduzir a referida perda. Nesse sentido, as principais variáveis a serem consideradas para a obtenção do estágio ótimo consistiriam no custo de perseguir e condenar os criminosos, na natureza da punição e na resposta dos agentes às mudanças das duas primeiras.

O modelo proposto pelo economista relacionou as variáveis em cinco categorias: (1) a relação entre o número de crimes, chamados de "ofensas", e o custo das infrações; (2) a relação entre o número de infrações e as penas cominadas; (3) a relação entre o número de infrações, prisões e condenações e as despesas públicas com a polícia e os tribunais; (4) a relação entre o número de condenações e custos de prisões ou outros tipos de punições; e (5) a relação entre o número de ofensas e os gastos privados com proteção e apreensão¹⁰¹.

A decisão pelo cometimento do crime é incentivada quando os benefícios menos os custos são maiores que zero, situação em que há um ganho com o ato criminoso. Por outro lado, quando os custos suplantarem os ganhos, o crime será desincentivado.

Os benefícios do crime consistem nos ganhos monetários e psicológicos advindos do ato criminoso. A ponderação acerca do retorno proporcionado pelo delito leva à comparação com o retorno nas atividades legais (custo de oportunidade). Nesse viés, o criminoso optará pelo crime se concluir que terá uma utilidade maior se comparada a que teria se empregasse seu tempo em atividades lícitas¹⁰².

Assim, quando um sujeito comete uma infração, ele ocupa seu tempo e os recursos que poderiam ser empregados em outras atividades. Ocorre que as recompensas que estimulam as pessoas no cometimento do crime são diversas. Algumas tornam-se criminosas não porque as suas motivações básicas (tempo e recursos) diferem das motivações das demais pessoas, mas porque seus benefícios e custos são diversos.

¹⁰¹ Cf. BECKER, Gary S. op. cit., 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

¹⁰² Ibidem, p. 177. Para Kolm e Singh a decisão de cometer o crime parte da escolha de quanto da sua riqueza o indivíduo deve alocar no mercado legal e ilegal, através do envolvimento no crime, atividade tida como arriscada. Cf. KOLM, S. C. A note on optimum tax evasion. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973; SINGH, B. Makin; Honesty the best policy. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

Veja-se que, por exemplo, conforme a pesquisa realizada por James Q. Wilson e Allan Abrahamse, os criminosos de carreira têm personalidades dispostas a supervalorizar os benefícios do crime e subestimar seus custos, isso porque são incomumente impulsivos ou orientados ao presente¹⁰³. Para usar a linguagem dos economistas, os agentes agem sob “desconto hiperbólico”, concentrando-se nos custos e benefícios imediatos.

Por outro lado, os custos envolvem a probabilidade de ser preso, as perdas de tempo e renda advindas da detenção, os custos de planejamento e execução (instrumentos do crime, por exemplo), além da reprovação moral da sociedade¹⁰⁴.

Isaac Ehrlich, indo além das conclusões de Becker, explorou a noção de custo e benefício, dando ênfase ao primeiro. O economista centrou-se na escolha ótima da alocação de tempo entre as atividades legais e ilegais. Para tanto, especulou o efeito das variáveis de desigualdade de renda, lucro médio advindo do crime e aversão ao risco, e concluiu que a menor renda está diretamente ligada à existência de potenciais criminosos¹⁰⁵.

Assim, quando a renda do indivíduo é baixa, qualquer benefício advindo do crime torna-se significativo e constitui um incentivo à decisão pelo cometimento do crime.

Como se vê, as características individuais têm efeitos sobre os custos, uma vez que envolvem cálculos particulares, que levam em consideração situações peculiares. Os custos também são diversos e envolvem ponderações diferenciadas quando se trata de um criminoso individual ou quando o crime é praticado por uma organização criminosa.

¹⁰³ WILSON, James Q.; ABRAHAMSE, Allan. Does Crime Pay. **Justice Quarterly**, v. 9, n. 3, Sep. 1992. Para aprofundar o assunto cf. SHANE, Frederick; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. Time Discounting and Time Preference: A Critical Review. **Journal of Economic Literature**, v. 40, n. 2, p. 351- 401, jun. 2002.

¹⁰⁴ Cf. EIDE, Erling. Economics of Criminal Behavior. Encyclopedia of Law and Economics. Oslo: [s.n.], 1997, p. 351 – Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/8100-economics-of-criminal-behavior-incl-compliance.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁰⁵ EHRLICH, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/260058>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Stigler, em conjunto com Becker, evidenciou a maior facilidade, se comparada com um indivíduo sozinho, de uma organização criminosa, por suas características de economia de escala e acesso à informação, se engajar em atividades que contemplem a corrupção¹⁰⁶. Aproveitando a abordagem, no livro intitulado *The Laundrymen*, Jeffrey Robinson tratou da “lavagem” de dinheiro e da hierarquia que sustenta o funcionamento do crime organizado. O autor demonstrou que as organizações criminosas possuem mecanismos mais eficientes em relação aos criminosos individuais para evitar a apreensão¹⁰⁷.

Nessa linha, se os custos diferem entre as pessoas, também diferem quando coletivos de pessoas hierarquizadas se unem, tal qual uma empresa, para praticar e viabilizar a continuidade dos crimes.

Em síntese, a atividade criminosa está em função da probabilidade (p) e da magnitude da punição (f). Entre as duas, algumas pesquisas sugerem a maior elasticidade da primeira.

Isaac Ehrlich, em 1974, testou a TEC com pesquisas empíricas e evidenciou que a maior probabilidade de ser pego pode produzir um efeito dissuasivo maior que a magnitude da punição.¹⁰⁸

Partindo de ideia semelhante, James Andreoni afirma que uma melhora nas investigações criminais (redução de incertezas) elimina em maior escala a criminalidade se comparada ao aumento da magnitude das penas. Diz o autor que a eliminação da assimetria de informações nas investigações contribui em larga escala para a redução dos níveis de criminalidade, uma vez que daria mais certeza às sentenças e afastaria a possibilidade de condenar inocentes. Argumentou que os juízes tendem a aplicar com menor frequência penas mais severas, já que nesses casos

¹⁰⁶ BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1- 18, jan. 1974. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724119>>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁰⁷ ROBINSON, Jeffrey. **The Laundrymen: Inside the World's Third Largest Business**. 1. ed. New York: Simon & Schuster, 1994. No mesmo sentido: DICK, Andrew R. When does organized crime pay? A transaction cost analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 15, p. 25-45, jan. 1995.

¹⁰⁸ EHRLICH, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the Economics of Crime and Punishment**. New York: Columbia University Press, 1974, p. 68-134.

tendem a condenar somente quando possuem certeza absoluta da culpa do réu.¹⁰⁹

Garoupa também derivou o modelo de Becker testando as variáveis, como a probabilidade de ser apreendido, a severidade da pena de multa e a aversão ao risco. Argumentou que as punições severas agregadas à baixa probabilidade de punição só funcionam em condições específicas. Evidenciou que a magnitude elevada das penas falha, por exemplo, quando existem custos associados para executá-las ou existe informação imperfeita a respeito da probabilidade de punir¹¹⁰.

Assim, pode-se considerar que a probabilidade de condenação, esta analisada pelo viés do que causa no criminoso ou na perspectiva de como é construída pelo sistema de justiça, gera um desincentivo maior se comparada ao tamanho da punição.

Em sentido contrário, todavia, Kessler e Levitt mediram os efeitos do endurecimento da severidade das penas nos EUA na década de 90 em relação aos reincidentes, fruto das reformas legislativas denominadas “*three strike laws*”, que previam penas severas para os criminosos que recebiam a terceira condenação criminal. Como resultado, estimaram que a redução dos crimes graves foi de 10% no primeiro ano e atingiu o dobro desse percentual nos três anos seguintes. Por outro lado, os crimes de menor potencial ofensivo, não contemplados pelas medidas, não tiveram a mesma queda¹¹¹.

¹⁰⁹ ANDREONI, James. Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime? **Rand Journal of Economics**, v. 22, 1991, p. 385-395. Disponível em: <<http://econweb.ucsd.edu/~jandreoni/Publications/rand1991.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

¹¹⁰ GAROUPA, Nuno. **Crime and Punishment: Further Results**. Universitat Pompeu Fabra Economics WP n. 344, nov. 1998. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=145756>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹¹¹ KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using Sentence Enhancements to Distinguish between Deterrence and Incapacitation. **The journal of law and economics**, v. 42, abril 1999, p. 343-363. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018. Sobre o assunto cf. BOSON, Daniel Silva. Three Strikes and You're Out: uma análise econômica das penas. **RBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 17-37, set./out. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.01.PDF>. Acesso em: 8 ago. 2017.

A experiência empírica, então, parece inclinar-se para a ideia de que as penas devem ser proporcionais e que a alocação ótima de recursos deve direcionar-se para tornar as penas mais certas e, que, em determinadas condições de evidenciada gravidade, as punições mais severas igualmente tem um papel dissuasor relevante.

Até porque, conforme alertado por George Stigler, estabelecer penas severas para crimes que não sejam graves pode incentivar o comportamento criminoso, na medida em pode revelar a ausência de uma escala valorativa agregada aos danos causados à sociedade¹¹².

Os custos e benefícios estão envolvidos em um cenário de riscos e incertezas. Afinal, tanto a detenção e punição quanto os ganhos do crime são incertos. Dessa forma, a probabilidade de punição depende da percepção individual, assim como a incerteza quanto aos retornos monetários e psicológicos do crime se comparados com o que o criminoso obterá se optasse pelo mercado legal.

Partindo dos três tipos de comportamento criminoso frente ao risco (avesso, neutro ou amante)¹¹³, Becker afirma que há maior sensibilidade quanto à repercussão da punição (quantidade da pena) quando o indivíduo possui aversão ao risco. Isso porque, um aumento na probabilidade de ser preso e condenado, compensado por uma redução percentual igual na punição, não alteraria o rendimento esperado de uma ofensa, mas diminuiria a utilidade esperada, porque a quantidade de risco seria alterada¹¹⁴.

¹¹² STIGLER, George, (1970). The Optimum Enforcement of Laws. **Journal of Political Economy**, 3. ed. n. 78, p. 526-536. Disponível em: <<https://EconPapers.repec.org/RePEc:ucp:jpolec:v:78:y:1970:i:3:p:526-36>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹¹³ “Diz-se que uma pessoa é avessa ao risco quando ela considera a utilidade de uma perspectiva certa de renda pecuniária maior do que a utilidade esperada de uma perspectiva incerta de um valor monetário esperado igual”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 67).

¹¹⁴ BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, mar./abr. 1968, p. 180. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017. Contrariando parcialmente Becker cf. CARRERA-FERNANDEZ, José; MALDONADO, Genaro E. C. A economia do narcotráfico: uma abordagem a partir da experiência boliviana. Nova Economia: revista do departamento de Ciências Econômicas da UFMG, v. 9, n. 2, p. 137-173, 1999. Disponível em:

A vertente de que o crime compensa, ou não, depende, então, da postura do criminoso frente ao risco e não perfaz uma relação direta e exclusiva com a eficiência da polícia ou a quantidade de recursos gastos na persecução. Todavia, como defende Becker, na medida em que se manipula a probabilidade de ser preso e condenado e o *quantum* da pena, influencia-se a visão de risco e a escolha individual e, por consequência, antecipa-se a conclusão de que o crime (não) compensa¹¹⁵.

Independente da forma como se identifica o comportamento do criminoso frente ao risco, tanto a alteração da probabilidade de condenação quanto o aumento da pena, remetem ao nível de risco e influenciam a tomada de decisão individual quanto ao cometimento do delito.

Do ponto de vista da sociedade, a quantidade de prejuízo (danos) tende a aumentar com o aumento da atividade criminosa e, portanto, os crimes são um subconjunto importante da classe de atividades que causam deseconomias, cujo nível é medido pelo número de infrações¹¹⁶.

Nessa relação, o custo líquido ou o dano à sociedade é a diferença entre o prejuízo decorrente da atividade criminal e o lucro do criminoso. Possível inferir que, se os criminosos percebem danos marginais decrescentes, a sociedade percebe danos marginais crescentes.

Ao abordar a variável do custo das apreensões e das condenações, o economista afirma que o investimento em tecnologia e na especialização do aparato de persecução viabiliza uma maior probabilidade de descobrir delitos e condenar infratores. Por consequência, um nível elevado na atividade de combate aos crimes será alcançado se forem realizados investimentos na qualificação do material humano e na aquisição de tecnologias, tais como: impressão digital, escutas telefônicas, controle por computador e detecção de mentiras. Com isso, o preço do crime se torna mais elevado para aquele que optar pela atividade ilegal¹¹⁷.

No tocante à punição, pode ser aprimorada através de mudanças na legislação, prevendo penas mais severas, seja no que tange às penas restritivas de direitos, seja relativo às penas privativas de liberdade.

<<http://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2161/1148>>. Acesso em: 29 maio 2017.

¹¹⁵ BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

¹¹⁶ Ibidem, p. 173-174.

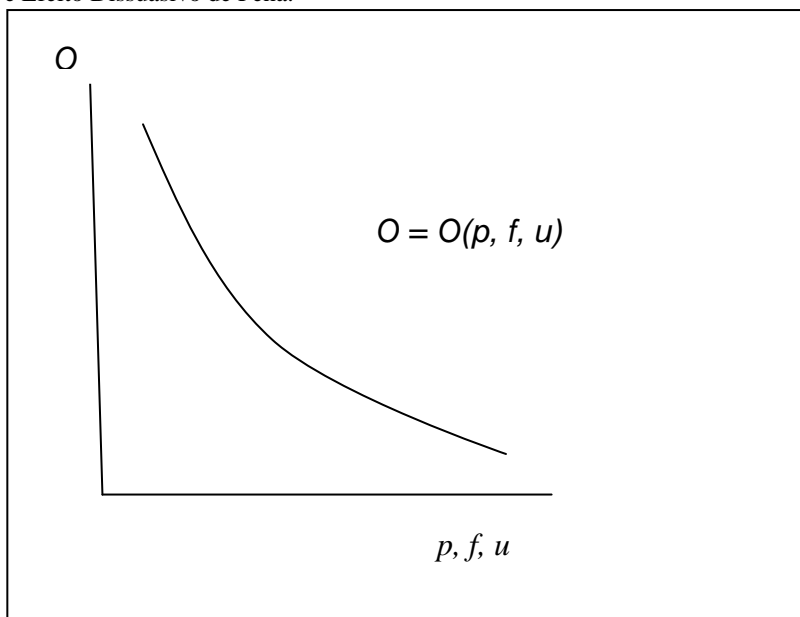
¹¹⁷ Ibidem, p. 190.

Com isso, *ceteris paribus*, um aumento na probabilidade da condenação e punição leva à redução da utilidade esperada de uma infração e, portanto, à redução do número de infrações, diante da probabilidade de pagar o aumento ou o próprio preço do crime.

Segundo Becker, o número total de ofensas (O) pode ser determinado por três variáveis: (1) a probabilidade de detenção e condenação (p); (2) a magnitude da pena (f); e (3) uma última que engloba todas as outras influências exógenas, tais como: os rendimentos das atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e a vontade de se engajar em uma atividade ilegal (u)¹¹⁸.

Rodrigues, ao interpretar o método de Gary S. Becker, obteve uma curva negativa, na medida em que o aumento de p , f e u implica na redução de O ¹¹⁹.

Figura 2 - Curva da Quantidade de Crimes *versus* Probabilidade de Condenação e Efeito Dissuasivo de Pena.



Fonte: Extraído de RODRIGUES, op. cit., 2014, p. 81.

¹¹⁸ Ibidem, p. 177-178.

¹¹⁹ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 80.

Daí porque, diante da hipótese de o criminoso arcar com um preço alto, isto é, ser condenado ou haver um aumento na pena, há uma tendência em reduzir a utilidade esperada de um crime e, por consequência, o número de ocorrências. Com o aumento do preço, a curva de demanda declina. O efeito dissuasor da pena equivale ao princípio econômico de que a elevação do preço dos bens e serviços reduz a demanda dos mesmos, transposto para o Direito Penal.

Existe controvérsia do que venha a ser a penalidade ótima, fruto, por consequência, da política mais eficaz. Nessa polêmica, tomam relevância os efeitos de dissuasão, de reparação e de incapacitação da punição, ou, perfazendo uma questão mais direta: pena de multa *versus* prisão.

Becker adverte que o custo social das punições não é suportado apenas pelos criminosos, mas por toda a sociedade em geral. Para o infrator, esse pode ser medido convertendo o seu equivalente monetário, que é diretamente auferido apenas para multas. O custo do encarceramento é o somatório de todos os ganhos perdidos, descontados os valores devido à restrição da liberdade. Uma vez que o *quantum* dos ganhos e o valor da liberdade variam de pessoa para pessoa, o custo de uma prisão não é fixo, mas geralmente é maior, por exemplo, para os que poderiam ganhar mais se não estivessem detidos¹²⁰.

Portanto, o custo para cada ofensor será maior, quanto maior for a pena de prisão, uma vez que, ambos, os lucros e o consumo perdidos, estão relacionados com a magnitude da pena.

As multas são preferíveis porque produzem um ganho social que equivale ao custo para os infratores, permitem a transferência de pagamento entre o infrator e a vítima e envolvem despesas mínimas na sua cobrança. Por outro lado, o custo social da prisão é maior, porque afeta a sociedade na medida em que utiliza recursos públicos para o seu cumprimento. Além disso, a multa pode ser vista como o “preço de uma ofensa”, assim como qualquer outra pena também pode. A diferença está na unidade de medida: multas são preços medidos por unidades monetárias, enquanto prisões são medidas por unidades de tempo¹²¹.

Para Becker, a prisão não deve ser abolida, mas a sua utilização, para ser eficiente, pressupõe o conhecimento das “elasticidades” relativas à infração e às respostas dos criminosos diante das mudanças

¹²⁰ BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 180 – 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

¹²¹ Ibidem, p. 197.

nas punições, bem como pressupõe o convencimento de que as penas afetam não apenas os infratores, mas também a sociedade. O custo social das punições é o custo para o criminoso mais ou menos o *quantum* do ganho para a sociedade¹²².

Nesse contexto, a perda social poder ser minimizada por meio de uma pena que exceda as vantagens do crime. No caso das multas, como são pagas pelos condenados ao resto da sociedade, há uma compensação pelo dano causado pelo crime. Com relação às demais condenações, como o custo da apreensão e condenação “excede a zero”, a condição ótima terá que incorporar os custos e os danos, de forma que os infratores compensem o custo de apreendê-los e o dano à sociedade.

Nuno Garoupa, em certo grau, contradiz Becker que defende ser a multa uma punição ótima, dizendo que a referida punição não se mostrou inibidora da criminalidade em algumas situações. Afirmou que a substituição entre probabilidade de pena e multa só perdura caso a pena esperada seja próxima ao ganho pelo ato criminoso, caso contrário, a relação prisão e multa deverá ser de complemento¹²³.

Como se vê, Becker e Garoupa fixam como critério da pena de multa ótima o dano causado. Todavia, a condições financeiras do criminoso também compõe o cálculo dissuador para outra parte da doutrina.

Polinsky e Shavell¹²⁴ afirmam que, dada uma probabilidade apropriada de apreensão e punição, seria suficiente, para deter a criminalidade, que as penas de multas fossem as mesmas para indivíduos com certo grau de riqueza, excetuando-se aqueles que possuem renda inferior ao valor da multa, situação em que essa deveria ser equivalente ao rendimento do indivíduo. Atentam, todavia, que, nessa última hipótese, o custo esperado para o indivíduo será inferior aquele projetado pelo legislador, o que poderá levar a perda do efeito de dissuasão se a multa não for completada com algum período de prisão.

¹²² Ibidem, p. 192-203.

¹²³ GAROUPA, Nuno. **Optimal Magnitude and Probability of Fines**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Department of Economics and Business. Working Paper n. 454, 02 abr. 2000. Disponível em: <<https://www.upf.edu/en/web/econ/papers>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹²⁴ POLINSKY, A. Mitchel; SHAVELL, Steven. A note on optimal fines when wealth varies among individuals. **American Economic Review**, v. 81, p. 618-621, 1991. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_Amer_Econ_Rev_618.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2017.

Na visão de Posner, esta relação supletiva também deve incidir quando o réu não possui recursos para arcar com a multa. A pena de prisão deve ser a principal, todavia, nos casos em que o dano à vítima não puder ser mensurado, como no crime de homicídio, já que nessas hipóteses a pena de multa não atingiria um efeito dissuasório eficiente¹²⁵.

Por esta lente, então, as políticas públicas, para atingir a dissuasão, devem investir recursos para o aumento da probabilidade de condenação, assim como as punições devem ser aplicadas de modo a exceder a utilidade do crime. Paralelamente, não é possível desconsiderar que a elevação da probabilidade de condenação aumenta o custo social das infrações por meio do custo de persegui-las.

A partir da medida da perda social das ofensas, chega-se ao nível de recursos públicos e punição que minimizam a perda social e são assimilados em virtude do ganho social decorrente do aumento da dissuasão¹²⁶:

$$L = L(D, C, bf, O)$$

Onde: L - perda social total; D - danos causados pelo crime; C - custos de apreensão e condenação dos criminosos; bf - custo social da pena; e O - número de crimes.

A política ótima, então, advirá da otimização dos investimentos em C e de escolhas eficientes para bf . Em outras palavras, baixo investimento e grandes resultados.

A TEC reconhece particularidades quando a política penal visa enfrentar a macrocriminalidade organizada. Nesse viés, Fiorentini e Peltzman identificaram as características do crime organizado: a) economias de escala e a exploração de preços monopolísticos na oferta de bens e serviços ilegais; b) prática de violência contra outros negócios legais ou ilegais; c) hierarquia criminosa com a internalização de externalidades negativas e administração de um portfólio de atividades de riscos; d) fuga à dissipação de recursos por meio de lobby

¹²⁵ POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1205-1214, Oct. 1985. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&ccd=1&ved=0ahUKewiI5f->. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹²⁶ BECKER, Gary S. op. cit. 1968, p. 182. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

competitivo e corrupção; e) acesso mais fácil aos mercados de interesse¹²⁷.

Entre as medidas para o combate otimizado, apresentaram: a) estratégias baseadas no investimento e em atividades de investigação, interligando o sistema jurídico e o sistema penitenciário, com objetivo de aumentar a probabilidade de apreensão e detenção de crimes relacionados a atividades de organização; b) estratégias de apreensão relacionadas a atividades regulatórias do Estado; c) políticas de apreensão e detenção contra a “lavagem” de dinheiro a fim de impedir o investimento de ganhos ilegais em atividades legais.

Grossman desenvolveu análise em que comparou o modelo da máfia que compete com o Estado na consecução de serviços de interesse público. Nesse contexto de rivalidade, analisou a alocação de recursos e a distribuição de renda. O referido modelo demonstrou que, quando existe um contexto de extorsão e taxaço pela máfia, a competição entre essa e o Estado aumenta a oferta de serviços públicos e os benefícios ao fornecedor mafioso. Identificou uma externalidade positiva na medida em que a Máfia, na qualidade de provedora alternativa de serviços ao setor privado e competindo com o Governo na cobrança de impostos e produção de serviços, aumenta a qualidade na oferta de produtos por parte do ente público e pode até moderar atitudes cleptocráticas advindas da corrupção.¹²⁸

Ainda sobre a temática de crime organizado, porém de maneira inovadora, Buchanan estabelece a relação entre o crime organizado e modelos empresariais de monopólio, pontuando que o crime organizado, com o passar dos anos, passou a ocupar o espaço do governo, na qualidade de ofertante de bens e serviços. Como resultado, a partir da comparação entre os benefícios resultantes do crime praticado em atividades de monopólio em detrimento do crime praticado em um

¹²⁷ FIORENTINI, Gianluca; PELTZMAN, Sam. **The Economics of Organised Crime**. New York: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹²⁸ GROSSMAN, H. I. **Rival kleptocrats: the mafia versus the state**. The Economics of Organised Crime. Ed. Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organised+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt. Acesso em: 10 ago. 2017.

cenário de competição, conclui que a monopolização levaria à diminuição dos crimes. Segundo o autor, se o monopólio na oferta de bens é socialmente indesejável, o monopólio no fornecimento de crimes deve ser socialmente desejável e encorajado pelo governo (ou pelo menos não desencorajado), já que o empresário monopolista tende a maximizar seu lucro, reduzir a quantidade de mercadorias fornecidas e aumentar o preço¹²⁹.

Em outras palavras, o empresário monopolista do crime tende a maximizar seu lucro com a prática de número menor de crimes (restrição da oferta de seu produto) se comparado com os “empresários” que convivem em cenário de competição, no qual a obtenção do lucro maior virá de uma atividade criminosa mais intensa¹³⁰.

Entretanto, o modelo de Buchanan foi questionado por Backhaus, para quem a defesa de monopólio da atividade criminosa - que levaria a um bem estar social porque atinge maior lucratividade com menor oferta de ofensas –, além de ignorar que os lucros advindos da maximização operada podem servir para retroalimentar as empresas criminosas, consiste em uma estratégia política descriminatória¹³¹.

A crítica apresentada por Backhaus é coerente na medida em que a formação e a manutenção do monopólio criminoso só seria possível para além da passividade do Estado, isto é, por meio da atuação positiva e repressiva que comprima o mercado competitivo criminoso.

¹²⁹ BUCHANAN, James M. A Defense of Organized Crime? In: ROTTENBER, Simon. (ed.). **Economics of Crime and Punishment**. Washington, DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research, p. 119-432, 1973. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/78219/1/688814166.pdf>>.

Acesso em: 30 maio 2017.

¹³⁰ A conclusão também foi verificada por Jennings, para quem o funcionamento do crime de maneira organizado acarreta maiores ganhos, especialmente em razão da noção de economia em escala, ou seja, menor custo de produção. JENNINGS, William. A Note on the Economics of Organized Crime. **Eastern Economic Journal**, n. 10, issue 3, p. 315 - 321, 1984. Disponível em: <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:eej:eeconj:v:10:y:1984:i:3:p:315-321>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹³¹ BACKHAUS, Jürgen. Defending Organised Crime? A Note. **The Journal of Legal Studies**. Chicago, v. 8, n. 3, p. 623-631, jun. 1979. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467625>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Nuno Garoupa realizou pesquisa perseguindo o combate ótimo ao crime organizado. O modelo manipulou variáveis como riqueza, externalidades, neutralidade de risco, nível de atuação para evitar ser detectado, corrupção, apreensões e penas criminais em uma estrutura de integração vertical baseada na extração de informações e de ganhos advindos de extorsões. Aduziu que, enquanto os agentes extorquidos forem submissos, a estratégia de combate ao crime deverá ser baseada em uma política mais dura na apreensão e condenação. Do contrário, se as ameaças não forem levadas a sério, o que acarretaria violência por parte do crime organizado para alcançar seus intentos, concluiu que a utilização de leis e políticas de combate mais duras não necessariamente representam escolha ótima, já que a consequência seria o aumento da perda social, advinda da destruição, por parte do crime organizado, dos empreendimentos dos indivíduos que se recusam a pagar a extorsão¹³².

As externalidades negativas, chamadas também de custos adicionais, sempre consideradas pelos economistas, não podem ser negligenciadas pelos operadores do Direito. Veja-se que, no caso do crime organizado, se as políticas de repressão partirem de diagnóstico que não contemple o domínio do conhecimento acerca *modus operandi* do grupo, podem, ao invés de combater, aumentar a criminalidade.

A partir desse histórico do modelo da TEC e de sua extensão, é possível evidenciar que a principal contribuição do ensaio de Becker foi demonstrar que políticas eficientes de justiça penal devem contemplar a alocação ótima de recursos. Os investimentos no aparato de persecução implicam na probabilidade de que dado crime seja descoberto e o criminoso apreendido e condenado. A pena, qualitativa ou quantitativamente, compõe o preço do crime para aquele que pretende cometê-lo. A perda social com a prática de um crime contempla os danos, os custos de apreensão e condenação e os custos para cumprir a pena imposta.

Nesse cenário, as decisões eficientes são aquelas que minimizam a perda social. O número ótimo de infrações, por sua vez, não será igual a zero, mas será alcançado quando o custo marginal de cada medida de prevenção ou execução igualar-se ao seu benefício marginal¹³³. Isso porque, a eliminação total dos crimes só seria alcançada a custos muito

¹³² GAROUPA, Nuno. The Economics of Organized Crime and Optimal Law Enforcement, **Economic Inquiry**, v. 38, issue 2, p. 278-288, 2000.

¹³³ Cf. EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973.

elevados, seja pelo dispêndio de recursos financeiros pelo Estado, seja pela perda de parcela das garantias individuais.

2.2.3 A importância do elemento custo benefício na TEC

Embora existam opositores¹³⁴ à ideia de que a TEC pode contribuir para a análise da atividade criminosa, a fronteira entre a Ciência Econômica e do Direito Penal se torna mais porosa quando se recorda que aquela trata essencialmente do comportamento humano frente às escolhas. Seguindo esta linha de raciocínio, é possível aplicar a Economia, em especial os instrumentos da Microeconomia, para entender a escolha entre praticar ou não o crime (comportamento criminoso).

O aparato econômico apresenta-se, então, como uma das facetas, assim como a psicologia e a sociologia, por exemplo, afirmando que o crime é um comportamento racional, praticado por agente maximizador de utilidade no ambiente da incerteza. Como equacionado por Vipiána, “[...] a teoria econômica do crime procura integrar todos esses elementos num modelo explicativo das decisões dos indivíduos pelo crime e pelo não-crime”¹³⁵.

Ainda que o Direito Penal se volte para o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e não puna os atos de cogitação e preparação, a teoria comportamental do modelo econômico revela-se útil enquanto descrição da escolha criminosa.

O modelo econômico pode ser entendido como uma história sobre as deliberações de um indivíduo racional e amoral que precisa decidir de antemão se vai cometer o crime. No caso dos crimes premeditados, o modelo econômico pode corresponder ao processo de raciocínio real do criminoso. No caso dos crimes espontâneos, nos

¹³⁴ Cf. PRESSMAN, Steven. Expanding the Boundaries of the Economics of Crime. **International Journal of Political Economy**, v. 1, n. 37, p. 78-100. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40471022>>. Acesso em: 2 fev. 2018; e ELSTER, Jon. **Economics: Análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales en la economía de la acción individual y sus desviaciones**. México: Gedisa, 1997. Disponível em: <<http://home.sandiego.edu/~baberg/gender/Elster.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

¹³⁵ VIPIANA, Luís Tadeu. op. cit., 2006, p. 11.

quais não há deliberação, o modelo ainda pode ser compreendido como uma descrição do comportamento criminoso, mas não de seu raciocínio. Em caso de crimes espontâneos os crimes podem não raciocinar tal e qual o modelo prevê, mas ainda agem como se tivessem. Ao dizer que os criminosos agem “como se” tivessem deliberado, dizemos que quando têm a oportunidade de cometer o crime, os criminosos respondem imediatamente aos riscos e benefícios como se os tivessem considerado. Se respondem assim, seu comportamento pode ser explicado pelo modelo econômico, mesmo que seus processos de raciocínio sejam apenas parte da história¹³⁶.

A visão da economia do crime permite, então, que se observe a criminalidade sob um prisma maior de possíveis causas acerca do comportamento criminoso, aproveitando-se de algumas ferramentas de otimização e de análise de equilíbrio, as quais dependem essencialmente da escolha do indivíduo em um ambiente que envolva risco.

Steven Levitt e Thomas Miles indicam quatro peculiaridades da TEC: a) ênfase no papel que os incentivos têm no comportamento dos indivíduos, sejam criminosos, vítimas ou responsáveis pela aplicação da lei; b) uso de instrumentos econométricos para distinguir casos de correlação de causalidade em configurações não experimentais; c) ênfase em políticas públicas e suas implicações, em detrimento de intervenções de pequena escala; d) uso da chamada análise custo-benefício como principal medida de avaliação da eficácia de políticas públicas contra o crime¹³⁷.

¹³⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 481.

¹³⁷ No original: “*These characteristics are (a) an emphasis on the role of incentives in determining the behavior of individuals, whether they are criminals, victims, or those responsible for enforcing the law; (b) the use of econometric approaches that seek to differentiate correlation from causality in nonexperimental settings; (c) a focus on broad, public policy implications rather than evaluation of specific, small-scale interventions; and (d) the use of cost-benefit analysis as the metric for evaluating public policies*”. LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. Economic contributions to the understanding of crime. **Annual Review of Law and Social Science**, n. 2,

Não se trata de um ferramental que tem a pretensão de excluir os demais métodos ou afastar por completo o plano teórico dos princípios e conceitos que compõe o ordenamento jurídico, mas, sim, fornecer informações no momento da tomada de decisões acerca da formulação de uma nova regra ou quando de sua aplicação e interpretação. A relação é de complementariedade, não sendo, em abusoluto, de exclusão.

Nessa perspectiva, o modelo econômico da escolha racional não foca só nos indivíduos em crimes específicos, mas também nas decisões afetas ao sistema jurídico penal.

Para avaliar políticas públicas, os economistas, que não são acostumados com o critério de justiça – que pode apresentar distorções e contemplar apenas o interesse de um número reduzido de pessoas – optam pelo critério do bem estar e pela sua relação de supletividade com a eficiência.¹³⁸

Há críticas, é certo, dessa ótica racional e econômica, cujos argumentos giram em torno de uma suposta idolatria da eficiência em detrimento da “justiça”. Todavia, como alerta Schmidt: “A relação do *homo economicus* não vê disfunção alguma em submeter o egoísmo imanente aos fluxos econômicos ao diálogo com responsabilidade ético-social que também os condiciona”¹³⁹.

O modelo maximizador opera, sim, com margem de erro, pois o comportamento humano, além de variado, está suscetível ao influxo de vários outros aspectos sociais e culturais. Entretanto, isso não retira seu valor e sua funcionalidade já que permite identificar padrões, que se revelam úteis ainda que traduzam apenas uma parte do comportamento observado.

Como no mundo real as causas do crime são múltiplas, o modelo simples da TEC parte de pressupostos simplificadores e reserva à pesquisa empírica as correções necessárias a partir da regressão individualizada de múltiplas variáveis.

Assim, as análises básicas partem de um perfil de criminoso bem informado, que conhece os custos, benefícios e probabilidades

p. 147 – 164, 2006, p. 148.

¹³⁸ Cf. GAROUPA, Nuno. Behavioral economic analysis of crime: A critical review. **European Journal of Law and Economics**, v. 15, n. 1, p. 5-15, 2003.

¹³⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Econômico. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 22, n. 111, p. 61–90, nov./dez., 2014.

associadas ao crime e que é neutro aos riscos¹⁴⁰. Simplifica-se, ainda, considerando-se que os custos e benefícios são monetários, embora muitos crimes tenham penas e ganhos não monetários, tais como a reprovação e prestígio social.

No mercado do crime, então, “[...] as sanções são como preços, e, presumivelmente, as pessoas respondem a elas de forma muito semelhante a como responderiam aos preços. As pessoas respondem aos preços altos com um consumo menor dos bens que estão mais caros, então, presumivelmente, as pessoas respondem às sanções mais pesadas fazendo menos a atividade que é sancionada”¹⁴¹.

Nessa “precificação”, variáveis como o afastamento das atividades lícitas, ganhos provenientes dos atos criminosos, custos incorridos pelos criminosos – atos preparatórios e executórios –, nível salarial no mercado legal, probabilidade de ser capturado e condenado, e a pena cominada ao delito interferem na decisão de praticar o crime e, na mesma proporção, nas opções da sociedade em investir em segurança pública e privada. A manipulação das referidas variáveis leva ao preço do crime e à aferição do nível ótimo de investimentos no combate à criminalidade.

Esse ótimo social, por mais que pareça estranho admitir, não será a eliminação total dos crimes, de forma que a situação ideal surgirá a partir do sopesamento da relação entre a oferta e demanda de crimes *versus* o custo social da segurança pública. Na perspectiva econômica, “[...] certo nível de criminalidade custará menos à sociedade do que mais investimentos em políticas voltadas a erradicar e a, assim, manter o fenômeno do crime”¹⁴².

Por consequência, a dissuasão (*deterrence*) socialmente ótima ocorre no ponto em que o custo social marginal da redução adicional do crime é igual ao benefício social marginal.

Os custos para sociedade incluem não só os prejuízos advindos do crime em si, mas, também, o dispêndio de recursos para prevenir,

¹⁴⁰ Quanto ao risco, é possível afirmar que os criminosos são excepcionalmente dados a correr riscos e, portanto, descontam irrazoavelmente eventos futuros. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 481 e 493.

¹⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 25.

¹⁴² RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Análise econômica da execução penal: ressocialização e regime semiaberto. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3, n. 2, p. 101-124, jul./ dez. 2011. Disponível em: http://www.esmarn.tjm.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/403/433. Acesso em: 5 set. 2017.

investigar, prender e julgar. Nessa esfera, o princípio hedonístico, máximo com mínimo esforço, também orienta os gastos com políticas públicas criminais. Os recursos públicos, que são limitados, são utilizados tanto para prevenir crimes como para restringir ofensores, a fim de alcançar a segurança, que também é um bem escasso. Nesse aspecto, convém pontuar, como adverte Nuno Garoupa, que a “maximização do bem-estar social surge como o objetivo natural da política pública”¹⁴³. (tradução nossa)

Aprofundando o tema, Ivo Gico Junior conclui: “[...] se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda a definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios”¹⁴⁴.

Portanto, a implementação de qualquer política pública criminal deve pressupor a identificação e ponderação de suas consequências para os indivíduos afetados. Isso porque, os agentes respondem aos incentivos ditados pelas medidas de segurança implementadas e mudarão seu comportamento de acordo com esses preços implícitos.

Para a TEC a probabilidade de condenação (p) e o efeito dissuasivo da pena (f) em função dos benefícios do crime, sintetiza a equação realizada pelo criminoso e pauta sua decisão pelo cometimento (ou não) do crime.

Dito de outra forma, quanto maior, na visão do criminoso, for a pena esperada – produto da probabilidade da punição e sua severidade –, mais elevado será o custo do crime, ou, quanto mais o Estado dificultar o recebimento do benefício ilícito, dentro de um limite ideal de gastos, maior será a taxa de eficiência na redução do custo social.

Em suma, o criminoso precisa ter a sua expectativa de ganhos bastante reduzida. Dito de outra forma:

[...] uma atividade para ser extinta precisa passar por um processo de seus ganhos se tornarem decrescentes e seus custos, crescentes. A atividade vai ser, então, gradativamente abandonada, até por motivos de racionalidade pessoal, pois ninguém

¹⁴³ No original: “*Maximization of social welfare comes out as the natural objective of public policy*”. GAROUPA, Nuno. op. cit. 2003, p. 7.

¹⁴⁴ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

trabalha no prejuízo a longo prazo. O maior custo dos criminosos, no curto prazo, é ser pego pela Polícia, e em seguida, ser condenado pela Justiça a cumprir uma pena significativa. Se esta probabilidade for suficientemente alta, os agentes das atividades ilegais vão voltar a avaliar positivamente o seu envolvimento com as atividades legais, mesmo as que momentaneamente não remunerarem de forma ideal, mas que ao longo do tempo podem trazer um benefício líquido maior, e até uma qualidade de vida bem mais interessante, tanto para eles próprios, como para a sociedade.¹⁴⁵

Paralelamente, a alocação de mais recursos à Polícia, ao Ministério Público e ao Judiciário, por exemplo, aumenta a certeza da punição (p). O investimento em vagas no sistema penitenciário, porque permite sentenças mais longas, e a alteração legislativa para o aumento da severidade das penas indicam o incremento da variável (f)¹⁴⁶.

Uma das propostas da TEC, então, afastando-se da simples produção legislativa desenfreada como forma de combate à criminalidade, que vem norteando o mundo contemporâneo, é obter informações a respeito do sujeito que sofrerá a ação do Estado, para, a partir dessas, projetar a atuação do criminoso e, com isso, manipular as variáveis com a inserção de elementos de desestímulo qualitativo e quantitativo¹⁴⁷ ao crime, dentro do contexto de gastos limitados.

Essa estratégia, que necessita de modelos quantitativos para se operacionalizar, encontra barreiras - que se acredita transponíveis em futuro próximo -, visto que os órgãos públicos e, inclusive, o sistema de

¹⁴⁵ BRENNER, Geraldo. A Teoria Econômica do Crime. **Revista Leader**, Porto Alegre, n. 35, fev. 2003. Disponível em: http://www.revistalider.com.br/leader/edicao_35/artigo_02.asp. Acesso em: 6 ago. 2017.

¹⁴⁶ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 492. RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 79.

¹⁴⁷ “A intensão das pesquisas da Análise Econômica do Direito e os seus resultados são atualmente evidentes: investigar a possibilidade de direcionar mudanças qualitativas e quantitativas nos índices de criminalidade, fazendo com que os agentes realizem menos crimes e, quando o realizarem, direciona-los para condutas socialmente menos graves (ou menores riscos)”. OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 113.

justiça, ainda não possuem uma tradição de compilar dados com qualidade¹⁴⁸.

Todavia, cenário propício à TEC – para que este ferramental possa exibir todo seu potencial analítico - se descortina no Brasil. A contribuir, tem-se o aumento do controle formal da macrocriminalidade, como se pode verificar pelos recentes casos da Ação Penal n. 470 - “Caso Mensalão”¹⁴⁹ e da, ainda em curso, “Operação Lava-Jato”¹⁵⁰. Dessa forma, as dificuldades enfrentadas para análise dessa espécie de comportamento criminoso, até então ausente nas estatísticas oficiais, tendem a ser relativizadas.

Além disso, avanços legislativos, como a Lei de Acesso à Informação, auxiliam a romper a “tensão entre o sigilo e a transparência”¹⁵¹ e exigem que órgãos públicos facilitem o acesso às informações da coisa pública e, por via reflexa, aprimorem a gestão documental, os fluxos de trabalho e os sistemas informatizados – instrumentos de trabalho essenciais ao método econômico.

¹⁴⁸ Cf. Relatório Final do projeto Bidal Brasil. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CEGUEIRA+DELIBERADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j5o3n5s>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁵⁰ O nome “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Informação disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁵¹ A expressão foi extraída do artigo: COLSON, Aurélien. Administrar a tensão entre o sigilo e a concorrência: os casos análogos da negociação e das empresas. In: LEMPEREUR, Alain Pekar; SEBENIUS, James; DUXERT, Yann. **Manual de Negociações Complexas**. Tradução de Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGC, 2007, p. 33-47. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Cm46K7RUY4AC&pg=PA33&lpg=PA33&dq=tens%C3%A3o+entre+sigilo+e+transpar%C3%Aancia&source=bl&ots=JgjXNNRDhy&sig=Opj4c8vIleAFclfZe9_b2CwWlk&hl=pt. Acesso em: 10 ago. 2017.

2.3 TEORIA ECONÔMICA DA CRIMINALIZAÇÃO

2.3.1 Um ponto de encontro: Sociologia e Criminologia na Universidade de Chicago

A Criminologia, como a ciência que estuda o fenômeno criminal, sofreu significativas transformações, que vão desde sua aceitação enquanto Ciência até suas vertentes ideológicas e objetos de pesquisa¹⁵². Característica que surge comum a qualquer posicionamento adotado é a feição interdisciplinar, sendo perceptível que, ao longo desse processo evolutivo, a criminologia sempre se valeu de outras Ciências, entre elas, Psicologia, Sociologia e Economia, para sua investigação.

Por muito tempo o crime foi analisado sob um aspecto sobrenatural, moral e religioso. O abandono dessa visão metafísica ocorreu no cenário iluminista com a chamada Escola Clássica. Em reação aos excessos medievais, o italiano Cesare Bonesana, marquês de Beccaria, escreveu, em 1764, “Dos Delitos e das Penas”, oportunidade em que pontuou a necessidade de redução das penas cruéis e da proporcionalidade das sanções¹⁵³. Conforme assinala Baratta, a obra consiste em pressupostos para a reformulação da teoria do delito, das penas e do processo, “[...] baseado no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as ideias do contrato social e da divisão dos poderes”¹⁵⁴.

¹⁵² Acerca da discussão que envolve o marco inicial da Criminologia, Zaffaroni adverte que a questão pode ser resolvida a partir da postura teórica adotada. Dessa forma, para os que consideraram que o criminoso é anormal, por suas características biológicas ou patológicas, ou, ainda, porque estatisticamente é um desviado, o marco inicial será o positivismo de Lombroso ou Quetelet. Por outro lado, para os que entendem que o sistema penal e sua manifestação repressiva de poder devem ser questionadas, deslocam a origem da criminologia para um momento anterior, o de Beccaria e da Escola Clássica. ZAFFARONI, Eugenio R. **Criminologia, aproximacion desde un margen**. Bogotá: TEMIS, 1988, p. 13-15. Disponível em: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/criminologc3ada-aproximaciac3b3n-desde-un-margen-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁵³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁵⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 33.

Em linhas gerais, os penalistas da Ilustração – Beccaria, Francesco Carrara e Giovanni Carmignani – pretendiam racionalizar o castigo, a fim de equalizar a tensão entre ser um instrumento Estatal e, ao mesmo tempo, proteger o cidadão dos poderes do Estado¹⁵⁵. O crime, por sua vez, era visto como produto da decisão livre e racional do infrator, guiada pelo livre arbítrio. Nesse cenário, Jeremy Bentham desenvolveu a filosofia utilitarista, para a qual, a utilidade pública era a soma dos prazeres, descontadas as dores provocadas¹⁵⁶.

A Escola Clássica teve seus postulados confrontados pela Escola Positiva Italiana, no fim do século XIX. O cenário reformista foi fomentado pela crise do penalismo, marcada pelo aumento da criminalidade e da reincidência e, além disso, pelo desenvolvimento das ciências naturais, em especial, a Teoria da Seleção Natural de Charles Darwin¹⁵⁷.

Nesse início científico, Lombroso foi o responsável por uma das abordagens mais difundidas, centrando seus estudos nas patologias individuais como determinantes do fato criminoso¹⁵⁸. Essa Teoria, que

¹⁵⁵ Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 164.

¹⁵⁶ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Acerca da obra de Bentham, Anitua descreve: “[...] sua criação mais importante na área do controle disciplinar foi o mencionado projeto do Panóptico (1791). [...] Ele pretendeu que este modelo, popularizado através da publicação de Princípios de legislação civil e penal, em 1802, fosse um cárcere concreto, desenhado pelo próprio Bentham para aproveitar, como empresário privado, os presos que o rei da Inglaterra não sabia onde alojar”. ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 208.

¹⁵⁷ “Convém advertir que, quando se fala em Escola Clássica, se está usando uma denominação que não surgiu com essa escola. [...] Mas o título de Escola Clássica foi concebido pelos inovadores que a combateram. Quando apareceu a Escola Positiva, lançada por LOMBROSO, é que se sentiu a necessidade de conferir designação global àqueles criminalistas do passado que haviam dominado incontestavelmente a ciência penal. Os positivistas voltavam-se para eles com intenção pejorativa, chamando-lhes — escola de juristas, para sublinhar a contraposição das ideias antropológicas e sociológicas”. GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142.

¹⁵⁸ LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Icone, 2007.

identificava indivíduos com certas características biológicas como portadores da doença da criminalidade, centrou-se na Antropologia.

Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, também representantes dessa Escola, utilizaram-se de duas outras áreas do saber, a Sociologia e a Psicologia, respectivamente.

Enrico Ferri, a quem coube a diretriz sociológica da Escola Positiva, com sua obra de Sociologia Criminal, abordou o delito como causa dos fatores físicos e sociais, contrariando Lombroso, para quem o crime não passava de uma anomalia individual. Nessa abordagem, o livre arbítrio, postulado da Escola Clássica, consistia em mera ficção e a responsabilidade moral deu lugar à responsabilidade social, já que a razão de punir estava centrada na defesa social.

Na visão de Ferri, a pena, para ser eficaz, deveria ser acompanhada por reformas econômicas e sociais. Seria possível antecipar-se aos delitos, se os fatores individuais, físicos e sociais estivessem disponíveis para análise e posterior quantificação dos crimes, a partir do método da Sociologia Criminal integrada, cujos pilares seriam a Psicologia Positiva, a Antropologia Criminal e a Estatística Social¹⁵⁹.

Também influenciado por Lombroso, Raffaele Garofalo, publicou em 1884, a obra intitulada Criminologia, onde se ocupou de definir o que seria delito natural, a partir de postulados da Psicologia. Para ele, para descrever as características do delinquente, seria necessário definir o próprio conceito de crime, como objeto específico dessa nova disciplina. O delinquente natural seria o homem desprovido de dois sentimentos básicos e naturais, a piedade e a probidade.¹⁶⁰

Veja-se, então, que ao invés de justificar a liberdade do indivíduo a partir de uma ordem natural universal, impondo limites ao poder de punir do Estado, a Escola Positiva centrou sua atenção no homem criminoso, que passou a ser o objeto da intervenção Estatal com objetivo de reinseri-lo na sociedade.

As obras de Emile Durkheim e Robert Merton, que introduziram e desenvolveram, respectivamente, a Teoria da Anomia, lançaram as bases para a Sociologia Criminal, cujos pressupostos explicam o fenômeno criminal a partir da forte valorização das metas e do sucesso econômico na sociedade, que, por sua vez, dispõe de possibilidades limitadas para o alcance de tal êxito. A anomia, então, surge nesse contexto de desproporção “[...] entre os fins culturalmente reconhecidos

¹⁵⁹ Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 312-313.

¹⁶⁰ Cf. VIANA, E.. **Criminologia**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 70.

como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los [...]”¹⁶¹.

A Sociologia Criminal, então, dividiu-se em dois ramos: a Microssociologia que, para análise do fenômeno criminal, conjuga a *psique* do indivíduo e sua estrutura social; e a Macrossociologia, que se centrou na estrutura social para explicar o crime e a reação social.

As Escolas Macrossociológicas têm por objeto o estudo do papel da sociedade na perpetração do crime, ou, dito de outra forma, descrevem as instituições que formam a sociedade e como seu funcionamento induz os indivíduos a realizar comportamentos criminosos.

Ao lado da Anomia, a Escola de Chicago, a Teoria da Associação Diferencial, o *Labelling Approach* e a criminologia crítica são teorias classificadas como macrossociológicas.

A chamada Escola de Chicago, radicada no Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, não criou a perspectiva sociológica da criminologia, mas deu-lhe feições e abordagens peculiares, por meio do que se convencionou chamar de Teoria da Ecologia Criminal ou, ainda, Teoria da Desorganização Social.¹⁶²

Partindo de abordagem semelhante à que tinha sido utilizada no estudo das plantas, a Ecologia Criminal desenvolveu o estudo da ecologia humana, estudando as relações dos seres humanos com o seu meio, mais concretamente, as relações que as pessoas têm no seu *habitat* urbano. Nessa perspectiva, “[...] a gênese delitativa relacionava-se diretamente com o conglomerado urbano, o qual, muitas vezes estruturava-se de modo desordenado e radial, o que favorecia a decomposição da solidariedade e das estruturas sociais”¹⁶³.

Mais tarde, nos idos de 1924, Edwin Sutherland desenvolveu a Teoria da Associação Diferencial partindo da ideia de que “[...] o crime não pode ser definido simplesmente como disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas, não sendo ele exclusividade destas”¹⁶⁴. O sociólogo também foi o primeiro a abordar o conceito de “crime econômico”, em discurso que proferiu no encontro entre sociólogos e economistas em 27 de dezembro de 1939.¹⁶⁵

¹⁶¹ BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 63.

¹⁶² Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

¹⁶³ VIANA, Eduardo. op. cit., p. 198.

¹⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. op. cit., p. 176.

¹⁶⁵ SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Tradução

No início dos anos 60 surgiu, nos EUA - não só pela migração de importantes pensadores europeus, mas também porque ali, diante da tranquilidade política e da institucionalização dos centros de investigação, seria possível estabilizar um campo de conhecimento¹⁶⁶ -, a Teoria do *Labelling Approach*, também chamada Teoria da Rotulação ou Etiquetagem, Teoria Interacionista ou da Reação Social.¹⁶⁷

A Teoria do *Labelling Approach* orientou-se por duas frentes: a primeira perseguiu a formação da identidade do desviante e o efeito da aplicação da etiqueta de criminoso; a segunda, em linhas gerais, conduziu-se para a distribuição do poder de definição (agências de controle social).¹⁶⁸

A referida Teoria passou a entender o crime como um conceito construído pela seleção de comportamentos e interpretação desses, realizadas pelos órgãos estatais. A perspectiva da reação social retirou o foco das causas do crime até então centradas no criminoso e passou a analisar o fenômeno da criminalização como fruto de uma realidade dinâmica¹⁶⁹.

Pode-se apontar a obra de Howard S. Becker, *Outsiders*, datado de 1963, como o ponto inicial da Teoria Interacionista. Para o autor, uma das características centrais do crime é que ele é criado pela sociedade, de forma que o “[...] desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aqueles que reagem a ele”¹⁷⁰.

Assim, para entender o comportamento criminoso, é imprescindível que se analisem as reações sociais que dele decorrem. Isso porque somente a partir das respostas negativas que recebe dos membros da sociedade que uma conduta é qualificada adequada ou inadequada.

de Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Processual Penal – UFRGS**, v. 2, n. 2, p. 93 – 103, 2014, p. 93. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁶⁶ Cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. op. cit., p. 405-407.

¹⁶⁷ Cf. PENTEADO FILHO, Nestor S. **Manual esquemático de criminologia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

¹⁶⁸ Cf. BARATTA, Alessandro. op. cit.. p.89.

¹⁶⁹ Cf. CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovoski. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 61.

¹⁷⁰ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 27.

A partir dessas bases teóricas, o desvio passou a ser visto como construção social, a partir de interações ocorridas na sociedade, fazendo com que em algumas situações se definam pessoas como desviantes.

Berger e Luckmann, que inauguraram a expressão construção social da realidade, afirmaram que a “[...] ordem social existe unicamente como produto da atividade humana. Não é possível atribuir-lhe qualquer outro *status* ontológico sem ofuscar irremissivelmente suas manifestações empíricas”¹⁷¹.

Baratta, ao identificar os pontos de transição e superação desse período de rompimento, diz que houve o “[...] deslocamento teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos dos desvios”; e por outro lado “[...] o deslocamento do interesse cognitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a realidade social [...]”¹⁷².

Nesse viés, o processo da criminalização, que se dá em três momentos distintos, tem como ponto de partida a seleção das condutas desviadas, por meio da atividade legislativa, chamada “criminalização primária”. Num segundo momento – “criminalização secundária” –, as definições de desvio interagem com um processo de definição, no senso comum, daquilo que é tido como comportamento “normal”, sendo que “[...] a normalidade é representada por um comportamento predeterminado pelas próprias estruturas, segundo certos modelos de comportamento e correspondente ao papel e à posição de quem atua”¹⁷³. Por fim, na fase de criminalização terciária, identifica-se a repercussão da atribuição de criminoso ao indivíduo.¹⁷⁴

Como adverte Bissoli Filho, o processo de criminalização passa, então, por uma seletividade, que consiste na “[...] filtragem que ocorre em relação às condutas que devem ser tipificadas e das pessoas às quais devem aquelas ser atribuídas”¹⁷⁵.

¹⁷¹ LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985, p. 76.

¹⁷² BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 160.

¹⁷³ Ibidem. p. 96.

¹⁷⁴ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da insegurança jurídica: do controle da violência à violência do controle pena**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁷⁵ BISSOLI FILHO, F. **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 136.

Assim, a despeito da ocorrência diária de delitos, apenas com relação a alguns a sociedade reage, operando-se, então, uma seletividade no aspecto quantitativo, “quando realizada em face da qualidade da conduta ou do bem juridicamente tutelado e da pessoa”, bem como no aspecto qualitativo, “quando realizada em face da incapacidade do sistema diante das inúmeras condutas passíveis de serem definidas como infrações penais e das muitas práticas de tais condutas”¹⁷⁶.

Embora não catalogada na maioria dos manuais de Criminologia como teoria que estuda o comportamento criminoso, o fato é que o movimento da *Law and Economics* (LaE), com sua abordagem econômica acerca dos fatos sociais e jurídicos, ganhou força também na década de 60, servindo de base analítica e interpretativa para os mais diversos ramos do Direito, inclusive a conduta típica.

O berço dessa abordagem também teve como *habitat* a Universidade de Chicago, embora não localizada no Departamento de Sociologia, mas no Departamento de Economia.

Se, para a visão sociológica do crime, foi a Escola de Chicago que se ocupou das questões sociais com maior profundidade, igualmente no campo da Economia os estudiosos lá radicados ganharam especial destaque.

Como descreve Novaes:

Até a década de 30 não havia lá um pensamento relativamente homogêneo, traços de união que pudessem caracterizar uma Escola de Economia. Não era nítida uma metodologia dominante, nem uma visão comum de abordagem do fato econômico. E, no terreno ideológico, coexistiam, no Departamento Econômico, liberais, intervencionistas empedernidos e até socialistas convictos, lembrando que Oskar Lange, professor da Escola, veio a ser ministro no governo comunista polonês do pós-guerra. A partir dos anos 40, no entanto, a influência de Frank Knight, Theodore Schultz e Jacob Viner foi dominante e algumas características comuns a quase todos os professores passaram a marcar a Escola. Destas características, eu destacaria: defesa da economia de mercado e desconfiança em relação a intervenções do governo; uso da Teoria

¹⁷⁶ Ibidem, p. 137.

Neoclássica fundada na lei da escassez, na racionalidade da ação humana e na análise marginalista; utilização do instrumental econômico para a análise de diversos aspectos da vida; Ênfase no teste empírico de hipóteses; Importância da moeda na macroeconomia¹⁷⁷.

A descrição acima, acerca do Departamento de Economia da Escola de Chicago, parece coincidir com a descrição realizada por Howard S. Becker quando da Conferência realizada no Rio de Janeiro, em 1996. Segundo o sociólogo, é comum definir uma Escola de pensamento como um grupo de pessoas que pensam de forma semelhante. Todavia, adverte que, com relação à Escola de Chicago, caracterizava-se mais por uma Escola de atividade, ou seja, um grupo de pessoas dispostas a trabalhar juntas, na qual as ideias “[...] eram compartilhadas pela maioria das pessoas, mas não por todas [...]”¹⁷⁸.

A TEC, diferentemente do Etiquetamento, que se ampara na Sociologia, tem suas raízes na Economia. Essa aproximação do Direito e da Economia ganhou relevo com o Realismo Jurídico, movimento que buscou “[...] aproximar a ciência jurídica da realidade social, na qual o direito se forma e transforma, por meio das ações humanas que criam e destroem as regras de conduta, bem como mediante o juízo daqueles agentes estatais incumbidos da prestação jurisdicional”¹⁷⁹.

As bases da referida Teoria remontam às ideias de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Na obra *Principles of Penal Law*, Bentham afirma que o benefício obtido com o crime é a força que estimula o homem à delinquência: a dor da punição é a força empregada para demovê-lo do crime. “Se a primeira dessas forças for superior, o crime será cometido; se a segunda for superior, o crime não será cometido”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ NOVAES, Rubem de Freitas. A Escola de Chicago através de seus expoentes. **Instituto Ordem Livre**. 17 out. 2014. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/a-escola-de-chicago-atraves-de-seus-expoentes>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹⁷⁸ BECKER, Howard S. A escola de Chicago. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, out. 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131996000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 56.

¹⁸⁰ EIDE, Erling. Economics of crime behavior. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. **Encyclopedia of law & economics**, n. 8100, p. 345-389,

Gary S. Becker, falecido em 2014, ainda hoje considerado o principal expoente da TEC, partiu dessa ideia utilitarista para tratar o crime como resultado da maximização racional dos agentes envolvidos: Estado, delinquente e vítima. O modelo, de forma resumida, consiste em pensar a ação criminosa dentro de um contexto social e econômico, afirmando que o “[...] delinquente, como *homo economicus*, reage racionalmente a incentivos, assim como os não criminosos o fazem. Esses incentivos são delimitados através de uma análise de custos e benefícios entre praticar ou não a conduta criminosa”¹⁸¹.

Nesse contexto, em síntese, o criminoso opta pelo crime, ou não, em decorrência da análise da *probabilidade da condenação* e pelo *efeito dissuasivo da pena*, variáveis de risco comparadas com o benefício que poderá advir do delito.

As lacunas existentes na abordagem realizada até então foram conscientes. Interessa aqui, além de repassar superficialmente os movimentos teóricos mais influentes da história da criminologia, que, inclusive, vão além dos aqui expostos - seguiram, no século XX, por exemplo, com a criminologia crítica¹⁸² e os modelos de resistência e a expansão do Direito Penal¹⁸³ – ressaltar este ponto de encontro, no mesmo aspecto temporal e territorial: Gary S. Becker e Howard S. Becker. Ambos, com suas obras, na Universidade de Chicago, o primeiro com a abordagem econômica e o outro com a abordagem

1999, p. 346. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/8100book.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2017.

¹⁸¹ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Um convite à Teoria Econômica do Crime**. Disponível em: <http://jusliberdade.com.br/um-convite-a-teoria-economica-do-crime>. Acesso em: 29 nov. 2017.

¹⁸² “[...] a atenção da nova criminologia, da criminologia crítica, se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando-se nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprios da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito penal desigual”. BARATTA, Alessandro. op. cit., p. 197.

¹⁸³ “À luz da política-criminal a ciência penal fragmenta-se, essencialmente, em dois blocos: por um lado, aqueles que defendem a ideia de que o Direito Penal, sendo o instrumento mais grave de intervenção do Estado, na esfera do indivíduo deve restringir-se a um núcleo mínimo formado exclusivamente por bens jurídicos individuais; lado outro, há os que defendem a necessidade de modernização do Direito Penal para alcançar os novos interesses do sec. XXI”. VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: Juspodivim, 2017, p. 346.

sociológica, influenciaram decisivamente a forma de pensar a ação criminosa.

Embora tanto a TEC, quanto as teorias da reação social sofram críticas¹⁸⁴, o fato é que serviram e servem de base para o desenvolvimento de inúmeras outras pesquisas. Não há como negar as reflexões trazidas pela criminologia da reação social no sentido de ser repudiado o sistema penal como instrumento de dominação social, política e econômica. Da mesma forma, para os críticos à TEC, que contestam o uso da eficiência em detrimento da “justiça”, “[...] a questão não é substituir a discussão da justiça pela discussão da eficiência, mas sim enriquecer a gramática jurídica integrando a discussão da eficiência na discussão do justo”¹⁸⁵.

Fica evidente, então, a partir das teorias que tentam explicar a criminalidade que se trata de fenômeno complexo e multifacetado e que resultados satisfatórios serão mais facilmente obtidos com a multidisciplinariedade.

2.3.2 Os crimes econômicos e as correntes criminológicas

A primeira abordagem no âmbito da criminologia daquilo que pode ser chamado de “crime econômico” deu-se pelo sociólogo norte-americano, da Universidade de Indiana, Edwin Hardin Sutherland, em discurso que proferiu num encontro entre sociólogos e economistas em 27 de dezembro de 1939¹⁸⁶.

Antes de se debruçar com a questão dos crimes do “colarinho branco”, Sutherland estudou os crimes tradicionais, por meio da

¹⁸⁴ Embora evidente a importância da visão do fenômeno da criminalidade trazida pela teoria do etiquetamento, na medida em que inverte os atores e auxilia na compreensão da atuação da própria sociedade na constituição do crime, há várias críticas direcionadas ao *labelling approach*, em especial, por ter desconstruído o discurso punitivo, sem explicar, por exemplo, as causas da delinquência primária, que seria independente do rótulo. Cf. VIANA, Eduardo. op. cit., p. 273.

¹⁸⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. op. cit., 2008b, p. 2. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 ago. 2017.

¹⁸⁶ SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Tradução de Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Processual Penal – UFRGS**, v. 2, n. 2, p. 93 – 103, 2014, p. 93. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>. Acesso em: 8 ago. 2017.

denominada a Teoria da Associação Diferencial. Para essa linha de pensamento, o comportamento delituoso não é inerente às condições sociais ou à personalidade do indivíduo, surge, na verdade, pelo aprendizado, resultado da interação entre as pessoas¹⁸⁷.

Sutherland criou o termo *white collar crime* para dar ênfase a posição social dos criminosos (que seria o fator determinante do seu tratamento diferenciado), e trouxe para o campo científico o estudo do comportamento de empresários, homens de negócios, e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria.

O comportamento delitivo não é exclusivo de uma classe social determinada, mas se pratica por igual em todas as camadas sociais, e as classes alta e média desenvolvem uma forma particular de delinquência que se relaciona sobretudo com as atividades econômicas e os negócios.¹⁸⁸

Até então, os criminólogos utilizavam as estatísticas provenientes da justiça criminal como principal fonte de dados. Com bases nessas informações, desenvolviam as teorias criminológicas, que, conseqüentemente, ancoravam-se no pressuposto de que o crime se concentrava nas classes mais baixas, e, portanto, associavam a causa da criminalidade à pobreza e às condições sociais dela derivadas.

A pesquisa de Sutherland ampliou o campo de estudo da criminologia para além das estatísticas oficiais e criticou a utilização “cega” dos números. Impulsionou as discussões sobre os crimes do “colarinho branco” e perseguiu a raiz da criminalidade tendo por base não apenas o limitado universo das áreas de pobreza.

Para demonstrar o equívoco das estatísticas criminais que afirmavam ter o crime maior incidência na classe baixa e menor na classe alta, apresentou propostas metodológicas que consistiam em incluir nas pesquisas, além dos juízos criminais, os números constantes em órgãos de controle, como os tribunais, comissões e órgãos administrativos especializados; incluir, na estatística dos crimes, os conflitos que, embora graves e com expectativa razoável de condenação,

¹⁸⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 176.

¹⁸⁸ MARTIN, L. G. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 6.

ficavam restritos à esfera da responsabilidade civil, casos que, em regra, com a satisfação dos prejuízos da parte lesada, eram extintos; incluir como comportamento criminoso aqueles casos em que a condenação foi evitada em função de pressão exercida sobre o juízo criminal ou administrativo, essa entendida como a influência social nos julgamentos e na formulação e aplicação da lei; incluir nas estatísticas todos os indivíduos envolvidos no crime, ainda que apenas o executor direto seja condenado.¹⁸⁹

Nos dez anos seguintes à publicação do artigo, Sutherland coletou dados a fim de fundamentar suas conclusões e reforçar sua argumentação teórica, analisando a conduta das setenta maiores empresas dos Estados Unidos no período. Para tanto, reuniu todas as decisões proferidas contra as referidas empresas que se enquadrassem no seu conceito de *white collar crimes*, utilizando-se de fontes diversas: tribunais cíveis e criminais, órgãos da Administração Pública, de comissões, conselhos profissionais, além de notícias de jornais. A pesquisa de campo comprovou, de forma indiciária, as constatações iniciais, ao verificar que todas as pessoas jurídicas analisadas possuíam contra si, em média, quatorze decisões desfavoráveis.¹⁹⁰

Com esse estudo, o sociólogo detalhou os obstáculos à criminalidade econômica e defendeu a interpretação e sistematização dos crimes cometidos pelas classes mais abastadas.

Segundo aponta Marcelo Almeida Ruivo dos Santos:

A finalidade de Sutherland era chamar a atenção da sociedade para um relevante âmbito de criminalidade pouco lembrado, em virtude de sua privada dinâmica da atuação. Discordava tanto das teorias fundadas sobre estatísticas oficiais de criminalidade, quanto de teorias, cuja explicação das causas da criminalidade, remetiam a fatores bio-psíquicos ou inferioridade do poder econômico. Havia percebido que o mundo do

¹⁸⁹ Cf. SUTHERLAND, Edwin H. op. cit. p. 98 – 99.

¹⁹⁰ SUTHERLAND, E. H. **A Criminalidade de Colarinho Branco**: Versão sem cortes. Trad. de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Disponível em: <https://downloadflix.com/download/book/keyword.html?aff.id=9217>. Acesso em: 11 jan. 2018. Cf. VERAS, Palas Ryanna. Os crimes do colarinho branco na perspectiva da Sociologia Criminal. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Potifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006, p. 44.

delito não estava alheio à realidade velada dos executivos das grandes empresas, mesmo assim, alguns astuciosos procedimentos impediam a punição do que denominou *white-collar crime*.¹⁹¹

A ideia foi evidenciar o equívoco das teorias criminológicas da época, que ignoravam essa criminalidade quase invisível, e trazer à luz as relações antiéticas e ilícitas entre os homens de negócios, pertencentes às classes abastadas, e as autoridades, cuja cooperação era pautada pela implementação especial da lei em relação àqueles com vistas a, além de benefícios diversos, ofuscar a estigmatização do crime.

Edwin H. Sutherland também chegou ao que denominou de “cifras douradas”, que, em linhas gerais, consistem nos crimes praticados por pessoas do alto-escalão e que ficam impunes¹⁹².

Veja-se que, neste ponto, é possível remontar a Adolphe Quetelet, matemático belga, autor da Escola Cartográfica, considerada a ponte entre a Escola Clássica e a Escola Positiva¹⁹³. Em seu ensaio de física social, publicado em 1835, estabeleceu o conceito de homem médio e chamou a atenção para as denominadas cifras negras da criminalidade, que representam os crimes ocorridos e não registrados. “Quetelet tornou-se defensor das estatísticas oficiais para medição dos delitos, com certa cautela, todavia, já que percebeu que uma razoável quantidade de crimes não era detectada ou comunicada aos órgãos oficiais (cifra negra)”¹⁹⁴.

Na contextualização cronológica, importante mencionar que quando do surgimento da Teoria da Anomia, a criminologia não se

¹⁹¹ SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga do fisco é exclusividade do **white-collar**? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais* – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 1207. Disponível em: <<https://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/ruivo-criminalidade-fiscal-e-colarinho-branco.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

¹⁹² PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. op. cit., 2013, p. 182.

¹⁹³ A Escola Cartográfica ou Estatística Moral é tida como a linha divisória entre a escola clássica e a positivista. A ponte de ligação entre as duas escolas está no método utilizado em seus estudos. Garry e Quetelet defendiam que o crime é um fenômeno concreto e deve ser estudado pelas estatísticas, em oposição ao pensamento abstrato da Escola Clássica. Cf. PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. op. cit., p. 70.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 73.

ocupava da questão dos crimes do “colarinho branco”. Os estudos se referiam às causas da criminalidade com base nas estatísticas oficiais, o que se traduzia na análise dos crimes patrimoniais praticados por jovens negros e imigrantes de classe mais baixa.

Num segundo momento, sob a influência da pesquisa de Edwin H. Sutherland, os crimes do “colarinho branco” foram explicados da mesma forma e sob a mesma perspectiva daqueles cometidos pelos pobres. Nessa linha, na Teoria Mertoniana os grandes executivos foram pressionados a aumentar os lucros, sob coerção hierárquica, num ambiente de extrema competitividade e individualismo. “Em tal situação há uma inovação generalizada que eleva a ocorrência de crimes do “colarinho branco”¹⁹⁵.

Na visão de Baratta, os crimes do “colarinho branco” permanecem sem esclarecimento na Teoria de Merton, já que a falta de acesso aos meios legítimos para o alcance do sucesso econômico não tem a mesma função explicativa para esta espécie de criminalidade.

[...] na tentativa de integrar a criminalidade de colarinho branco no esquema do desvio inovador, Merton foi constrangido a acentuar a consideração de um elemento subjetivo-individual (a falta de interiorização das normas institucionais), em relação a de um elemento estrutural-objetivo (a limitada possibilidade de acesso aos meios legítimos para a obtenção do fim cultural, o sucesso econômico).¹⁹⁶

Posteriormente, a Teoria do *Labelling Approach* pouco se referiu aos crimes do “colarinho branco”. A justificativa está no fato de que, para a referida Teoria, o crime apenas existe ao final de um processo de controle. Por outro lado, conforme já evidenciado por Sutherland, essa espécie de criminalidade não se fazia presente nas estatísticas oficiais, pelo fato de raramente receberem uma resposta penal. Dessa forma, embora o paradigma da reação social tenha representado um momento de ruptura metodológica, os representantes dessa Teoria partiam

¹⁹⁵ VERAS, Palas Ryanna. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da Sociologia Criminal**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006, p. 75.

¹⁹⁶ BARATTA, Alessandro. op. cit., 2011, p. 67.

frequentemente dos dados disponíveis nos órgãos oficiais¹⁹⁷, nos quais os *white collar crimes* eram poucos referidos:

Partindo-se da corrente pura do *labelling approach*, que nega qualquer substrato ontológico ou material, apenas existe o crime quando, ao final de um processo de controle social, uma conduta é definida pelo juiz como crime. Antes disso, não se poderia cogitar da existência do crime. Nesse contexto, chegar-se-ia à incômoda resposta de que os crimes do colarinho branco simplesmente não existem, ou são raros, pois não são definidos pelos órgãos de persecução penal como crime.¹⁹⁸

Pelo que é exposto, apesar das críticas diante do não aprofundamento a respeito dos *white collar crimes*, a introdução do paradigma da reação social permitiu que nova fase da criminologia fosse reconhecida cientificamente, bem como foi determinante para o seu desenvolvimento e para a análise da criminalidade do “colarinho branco”.

Mais tarde, a chamada Criminologia Crítica, que defende a contração máxima do Direito Penal e a descriminalização de condutas - essa entendida como o ato pelo qual um comportamento que se encontra dentro do sistema punitivo é colocado fora desse -, distinguiu as estratégias de enfrentamento entre os crimes que se encontram nos extremos, aqui incluídos os crimes do “colarinho branco”, e os crimes que se encontram ao centro da atividade do sistema penal¹⁹⁹.

Segundo Shecaira, para a primeira categoria, a Criminologia Crítica defende “uma maximização da intervenção punitiva” e para a outra “[...] uma minimização da intervenção punitiva, quando não a própria descriminalização, bem como a substituição das sanções estigmatizantes por não estigmatizantes na pequena criminalidade pessoal/patrimonial”²⁰⁰.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 103.

¹⁹⁸ VERAS, Palas Ryanna. op. cit., p. 108.

¹⁹⁹ Cf. HULSMAN, Louk. Descriminalização (relatório apresentado ao Colóquio do XI Congresso Internacional de Direito Penal de 1973). **Revista de Direito Penal**, n. 9/10, jan./jun. 1973, p. 25.

²⁰⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 316.

Nesse viés, essa Teoria consolidou a percepção seletiva e firmou questionamentos acerca das características da criminalidade não convencional representada pelas condutas das classes mais poderosas.

2.3.3 A necessária capacidade de o Estado promover a implementação administrativa da Lei Penal e a gestão ótima dos recursos destinados às políticas de segurança pública

Para se conhecer as conexões entre a criminalidade e suas causas, é preciso considerar não apenas a reação dos criminosos frente às alterações legislativas e às políticas públicas destinadas ao combate dos crimes - embora elas sejam evidentemente importantes e decisivas - mas, também, o papel desempenhado pelas instituições públicas (Polícia, Ministério Público, Justiça e Sistema Prisional).

Uma das estratégias para traçar uma política penal eficiente e que respeite os direitos humanos, apresentada por Alessandro Baratta na obra *Princípios do Direito Penal Mínimo*, conforme o autor, advindas dos resultados alcançados no âmbito das ciências histórico-sociais e da criminologia crítica, é o que denomina de “Princípio de implementação administrativa da lei”²⁰¹.

Segundo Baratta, a seletividade do sistema penal justifica-se por uma origem estrutural que “[...] consiste na grande discrepância que existe entre a previsão de sanções para determinados comportamentos delitivos na lei penal e os recursos administrativos e judiciais que têm por objeto realizar as previsões legislativas”²⁰².

Dessa forma, a produção legislativa revela-se superavitária se comparada com os recursos destinados no orçamento dos entes federativos para incrementar o sistema penal. Disso resulta que a justiça penal para funcionar precisa selecionar seus alvos, que, em geral, consistem em um número irrisório diante da indústria do crime.

Como solução, afirma resultarem duas possibilidades: “[...] adequar os recursos aos programas de ação legislativos, como também redimensionar os programas de ação sobre a base dos recursos disponíveis *no* e para o sistema”²⁰³.

²⁰¹ BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal Mínimo*: Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da Lei Penal. Tradução de Francisco de Assis Bissoli Filho. Florianópolis: [s.n.], 2003, p. 10.

²⁰² *Ibidem*. p. 10-11.

²⁰³ *Ibidem*. p. 11.

O autor, desde logo, rechaça a primeira alternativa, por entender que seria impossível destinar valores adequados ao sistema de justiça, “[...] na medida que seria insustentável o custo social de uma operação de efetiva adequação, que, de todas as maneiras, resulta colocada unicamente como hipótese teórica, isso em uma militarização da justiça penal e do Estado”²⁰⁴. Aponta, então, como melhor alternativa, a “[...] adequação dos programas aos recursos existentes ou adjudicáveis ao sistema. A aplicação correta do princípio da implementação administrativa da lei bastaria por si mesma para reduzir drasticamente ao mínimo a área de intervenção da lei penal”²⁰⁵.

Nesse sentido, diante da reconhecida escassez dos recursos, deve o Estado adequar sua atividade persecutória ao montante reservado aos programas de combate à criminalidade.

Percebe-se, então, um ponto de contato entre o Princípio de implementação administrativa da lei e gestão ótima do orçamento estatal destinado à segurança pública, perseguida pela TEC.

Gary S. Becker e seus sucessores partem da ideia de que, efetivamente, não há recursos para a eliminação de todos os crimes, bem como o nível ótimo de recursos destinados ao combate da criminalidade passa pela identificação do número mínimo de crimes que a sociedade pode e escolhe conviver²⁰⁶.

Segundo esta “lente”, o criminoso, na decisão de cometer ou não o crime, considerará os benefícios do ilícito (dinheiro ou satisfação), a probabilidade de ser punido e a extensão de eventual punição.

O aumento da probabilidade de punição está relacionado com os investimentos em instituições, como a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, e se revela, aqui, o ponto de convergência com o Princípio da implementação administrativa da lei.

O Estado, então, agindo como agente maximizador, deve perseguir a gestão ótima dos escassos recursos que dispõe para combater o crime, distribuindo os investimentos em Polícia ostensiva, Ministério Público e Poder Judiciário, nas vagas em presídios e, também, na escolha da espécie de pena para cada delito.

A partir destes parâmetros – do Direito Penal Mínimo e da TEC - identifica-se que ambos ressaltam a necessidade de o sistema de justiça

²⁰⁴ Ibidem, p. 11.

²⁰⁵ Ibidem, p. 11.

²⁰⁶ BECKER, Gary S. op. cit.. 1968. Disponível em:

<<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

estar bem aparelhado para a atuação eficiente do Estado. Divergem, todavia, nas soluções para o alcance da diminuição da criminalidade.

Para os defensores da primeira teoria – Direito Penal Mínimo – não há como o Estado estruturar-se para o combate de todos os crimes reconhecidos como tal pelo ordenamento jurídico. Aduzem que os “custos econômicos jamais poderiam equilibrar os eventuais efeitos úteis do próprio sistema”. Por consequência, propõem a intervenção mínima, a descriminalização, entre outras medidas.

A TEC igualmente reconhece a necessidade de implementação de políticas públicas de segurança e que o aumento da probabilidade de punição leva à elevação dos custos totais para sociedade, sem que isso signifique, necessariamente, garantia da redução de crimes. As soluções apresentadas pela TEC, todavia, sugerem, por exemplo, investimentos em equipamentos tecnológicos, para diminuir a despesa com pessoal; a utilização, para os casos menos gravosos, da pena de multa, em montante que se sobreponha ao benefício do crime, levando-se em consideração seu baixo custo de execução se comparada com a pena privativa de liberdade; e, ainda, a elevação apenas dos custos dos aspectos percebidos pelo criminoso em relação à probabilidade de punibilidade, direcionando o aparato, por exemplo, para alguns crimes em relação aos quais basicamente não se persegue²⁰⁷.

Nesse contexto, se, por um lado, o Direito Penal Mínimo enxerga na seletividade do sistema penal o seu ponto de vulnerabilidade, a TEC percebe nesta característica uma forma de perseguir a eficiência.

A seletividade, então, vista, *a priori*, de forma pejorativa e perversa pode ser ressignificada a partir de estratégias que levem a uma seletividade ótima, seja na seleção primária (legislativa), seja na seleção secundária (polícia, justiça, etc), conforme defendido por Moro:

O argumento de que todos os crimes devem ser tratados igualmente é falso. Os crimes não são iguais, podendo ser discriminados segundo sua gravidade e mesmo segundo as suas perspectivas probatórias. Do ponto de vista racional, é justificável que os esforços das instituições públicas concentrem-se nos casos mais relevantes.

²⁰⁷ Cf. OLsoon, Gustavo André. Análise econômica no direito criminal: Gary Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45639>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Certamente, não é possível defender uma seletividade perversa dos casos criminais, guiada, por exemplo, por critérios raciais ou político-partidários. O que se faz necessária é a elaboração de estratégias para uma seletividade ótima, guiada por critérios compatíveis com a Constituição, bem como mecanismos de controle sobre as escolhas das autoridades públicas nesta seleção.²⁰⁸

A tarefa, portanto, é compatibilizar a eficiência da persecução penal e o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Conforme Anabela Miranda Rodrigues, “[...] a solução passa, em nosso entender, por uma política criminal racional, pragmática e diferenciada, com contornos bem definidos [...]”²⁰⁹, com a adoção, por exemplo, de técnicas modernas de investigação e produção de provas, além da escolha criteriosa, qualitativa e quantitativamente, das sanções.

Efetivamente, a atual política de repressão direciona-se, prioritariamente, para os delitos clássicos, encarcerando os mais pobres e os praticantes de delitos de baixa danosidade, como evidenciado na Teoria do *Labelling-Approach*. Todavia, o Direito Penal de *ultima ratio*, comprometido em atuar de forma subsidiária a outros ramos do Direito, não pode desconsiderar a periculosidade e reprovabilidade de algumas condutas e, em especial, a necessária tutela dos interesses supraindividuais que, além das garantias individuais, igualmente demandam dever de proteção.

Nesse aspecto, a macrocriminalidade, representada nesta pesquisa pela “lavagem” de dinheiro, legitima a intervenção do Estado para resguardar a liberdade, o livre desenvolvimento e a segurança, pilares da sociedade moderna²¹⁰.

Essa legitimidade, no entanto, exige que o Direito Penal e o Direito Processual Penal, para se livrarem da pecha de simbólicos, tornem-se efetivamente modernos e capazes de enfrentar a

²⁰⁸ MORO, Sérgio F. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75. E-book

²⁰⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 279.

²¹⁰ Cf. PALAZZI, Leonardo. **O caráter preventivo do Processo Penal nos delitos empresariais**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2013, p. 72.

macrocriminalidade - que, até pouco tempo, ocupava verdadeiros “[...] paraísos jurídico-penais [...]”²¹¹ -, cujos representantes mais populares na atualidade brasileira são os crimes de “lavagem” de dinheiro, abordados no Capítulo seguinte.

²¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. Trad. de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81 (Série: As ciências criminais no século 21; v. 11).

3 CAPÍTULO 2 OS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

3.1 ABORDAGEM HISTÓRICA E JURÍDICA

3.1.1 Origens do crime: breve histórico²¹²

Segundo Mandinger e Zalopany a história da “lavagem”²¹³ de dinheiro iniciou na Inglaterra, no século XVII, com as atividades dos navios piratas. Em virtude do significativo custo para a manutenção dos navios (despesas com a tripulação, armas, munição, etc.), os piratas realizavam saques e roubos. Na sequência, entregavam as mercadorias roubadas a mercadores norte-americanos, que realizavam a troca por quantias menores e moedas mais caras. A integração desses valores ou mercadorias ocorria quando os piratas se aposentavam, momento em que aportavam com uma verdadeira fortuna que aparentava ser oriunda de realização de negócios lícitos realizados ao longo da vida²¹⁴.

Peter Lilley leciona que a expressão “[...] surgiu na década de 20, nos EUA. Naquela época, as quadrilhas que visavam transformar o

²¹² O esboço histórico-evolutivo da “lavagem” de dinheiro aqui traçado retoma o contexto internacional no qual seguiu a tipificação desta conduta, passando pelos momentos cruciais até os dias atuais, sem a pretensão, contudo, de uma análise minuciosa de todos os passos trilhados.

²¹³ A expressão “lavagem” de dinheiro já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*). Alguns Países usam o termo “lavagem” de dinheiro, como EUA e Inglaterra (*money laundering*), Alemanha (*Geldwäsche*) e Argentina (*lavado de dinero*). A Itália optou pelo termo reciclagem (*riciclaggio*). O branqueamento foi a opção da Espanha (*blanqueo*), Portugal (branqueamento) e da França (*blanchiment*). A denominação “*branqueamento*” foi afastada porque, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial no Brasil, sugere a inferência racista do vocábulo, o que poderia provocar estereis e inoportunas discussões. Vide Exposição de Motivos n. 692/MJ/1996, item 13. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacaoemnormas/legislacao1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%10613.pdf>.

²¹⁴ Cf. MADINGER, J.; ZALOPANY, S. **Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators**. Third Edition. Washington, DC: CRC, 2011, p. 12-14. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=uvQ7MieWu3YC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q=pirate&f=false>. Acesso em: 8 nov. 2017.

dinheiro obtido de forma ilícita em dinheiro legal, de forma que passasse a integrar a economia formal, o faziam através de empresas de fachada, com giro rápido de dinheiro. A maioria desses criminosos se utilizava de lavanderias e lava-rápidos, o que possibilitava a inclusão do dinheiro “sujo” juntamente com o dinheiro obtido legalmente”²¹⁵.

Embora existam diferentes versões acerca do surgimento da “lavagem” de dinheiro, é consenso que essa espécie de criminalidade despontou no século XX, quando o tráfico de drogas passou a se utilizar em larga escala desse *modus operandi* para fomentar e perpetuar suas ações, desafiando os métodos de persecução tradicionais.

O mundo globalizado logo evidenciou que a “lavagem” atinge pessoas e instituições distantes geograficamente do local de seu cometimento, de forma que seu enfrentamento só poderia se dar de maneira internacional, inclusive, se necessário, com o sacrifício de algumas tradições jurídicas nacionais²¹⁶.

Assim foi que, a primeira iniciativa de caráter internacional, a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa²¹⁷, de 27 de junho de 1980, sem caráter vinculante, além de reconhecer a importância da cooperação do setor financeiro, trouxe medidas contra a transferência e o encobrimento de capitais de origem criminosa.

O texto foi motivado por uma onda crescente de terrorismo e criminalidade violenta e serviu de base para as estratégias desenvolvidas posteriormente nas 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI²¹⁸). Embora não tenha feito referência à

²¹⁵ LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. Tradução de Eduardo Lassere. São Paulo: Futura, 2001, p. 16. No mesmo sentido: Denise Frossard, igualmente, diz que a expressão surgiu nos anos 20, em Chicago, “[...] quando Al Capone entrou no ramo de lavanderias de roupas para justificar a imensa fortuna amealhada em seus negócios ilícitos”. FROSSARD, Denise. A lavagem de dinheiro e a Lei brasileira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, p. 22-30, ago./set. 2004, p. 23.

²¹⁶ Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La dimensión internacional del blanqueo de dinero. In: ARÁN, M. Garcia (Dir.). **El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica**: Estudios de Derecho Judicial, n. 61, C.G.P.J., Madrid, 2005, p. 179 - 270, p. 186.

²¹⁷ Versão em inglês disponível em: <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1358419&SecMode=1&DocId=668574&Usage=2>>. Acesso em: 19 set. 2017.

²¹⁸ Cf. GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de Branqueamento**

criminalização da “lavagem” de dinheiro, já, no preâmbulo, ressaltou que a transferência e a dissimulação do dinheiro ilícito suscitam graves problemas, favorecem o cometimento de novos delitos e possuem extensão nacional e internacional²¹⁹. Dirigiu-se, em especial, às instituições bancárias e pontuou a necessidade da identificação precisa dos responsáveis pela abertura de contas, pelos depósitos e pelas operações que envolvem vultosas quantias em dinheiro, objetivando aumentar a transparência das transações bancárias e identificar os reais responsáveis pelas operações²²⁰.

Em 12 de dezembro de 1988, o Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias, formado pelos representantes dos Bancos Centrais da Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Holanda, Reino Unido e Suécia, além da Suíça, em uma de suas reuniões mensais propôs o texto que ficou conhecido como Declaração de Princípios da Basileia.

O referido documento, também limitado ao âmbito bancário, foi mais abrangente que a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, já que foi direcionado aos bancos e outras instituições financeiras não oficiais²²¹ e ofereceu a definição do que seria “branqueamento” de dinheiro, assim considerando as atividades de transferência ou depósito de fundos de origem criminal com o fim de ocultar sua origem ou a verdadeira identidade de seu proprietário.

O texto ressaltou a importância de sistemas que permitam a identificação dos clientes, a necessidade da conservação dos registros contábeis das operações e o fortalecimento das auditorias internas. Além disso, consignou a necessidade de os bancos, nos limites das normas internas de cada país, dedicarem especial atenção à origem do dinheiro

de Capitais – Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001, p. 66.

²¹⁹ Cf. ABEL SOUTO, Miguel. **El blanqueo de dinero en la normativa internacional**: Especial referencia a los aspectos penales. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2002, p. 59 - 60. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Qtj0iltMafMC&pg=PA36&lpg=PA36&dq=ABEL+SOUTO+MIGUEL+EL+BRANQUEAMENTO+DEL+DINERO&source=bl&ots=6nJOyuqYv&sig=8R0eiAq5KoGXsO9sAGixteAesfs&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwiU8IDYuOjWAhUCNZAKHd8EC3sO6AEIPDAH#v=onepage&q=ABEL%20SOUTO%20MIGUEL%20EL%20BRANQUEAMENTO%20DEL%20DINERO&f=false>. Acesso em: 11 out. 2017.

²²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 188-189.

²²¹ Cf. Ibidem, p. 189.

envolvido em transações financeiras, assim como, ressaltou a relevância da cooperação internacional, ainda que limitada às regras de cada país, referente ao sigilo bancário e profissional, entre as autoridades responsáveis pelo controle da atividade financeira²²².

Embora considerada vaga, a Declaração de Princípios da Basileia alcançou significativa projeção na comunidade internacional, fixando rotinas básicas de conduta que ainda hoje são consideradas imprescindíveis para a repressão e inibição da “lavagem” de dinheiro.

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, redigida em meio a Conferência das Nações Unidas, em Viena, em 20 de dezembro de 1988, foi o compromisso inicial do Brasil²²³, e de outros países signatários, consistente em tipificar as condutas de substituir, converter ou ocultar bens provenientes do tráfico de substâncias psicotrópicas. Ao contrário dos textos anteriores, que se consubstanciavam em recomendações facultativas que objetivavam vigiar a ocultação de bens, a Convenção de Viena, como assim ficou conhecida, pautou-se pelo caráter vinculante acerca da criação, pelos ordenamentos internos dos signatários, de um tipo penal independente.

Pela leitura do documento é possível indicar três pontos principais: 1) a limitação dos crimes antecedentes aos delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes; 2) o compromisso de impor sanções criminais à ocultação de capitais, não sendo suficiente a previsão de sanções administrativas ou civis; 3) a destinação das obrigações aos próprios Estados signatários e não mais às instituições financeiras.

Nesse panorama de diretrizes internacionais para enfrentamento da “lavagem” de dinheiro, outras duas convenções merecem destaque, em especial por terem sido incorporadas ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida.

A primeira, a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, editada em 15 de novembro de 2000, qualificada como conjunto de regras para o combate mais efetivo ao crime organizado, foi ratificada

²²² Cf. *Ibidem*, p. 64 -76.

²²³ BRASIL. Decreto n.154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004²²⁴. Em síntese, o texto trouxe a definição de crime organizado, apontou meios de investigação e conceituou a “lavagem” de dinheiro como a conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produtos de crime, com o propósito de ocultar ou dissimular sua origem ilícita ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração penal a furtar-se da consequência jurídica de seus atos ou outras atividades semelhantes²²⁵.

A Convenção de Mérida, editada pela Convenção das Nações Unidas em 2003 e em vigor no Brasil desde 31 de janeiro de 2006, por meio do Decreto n. 5.687²²⁶, centrou-se no combate à corrupção. No entanto, dedicou espaço à “lavagem” de dinheiro, recomendando a aplicação das disposições penais “[...] à mais ampla gama de antecedentes [...]”²²⁷. Além disso, indicou aos Estados signatários a criação de controles rígidos com relação à atuação das instituições financeiras e não financeiras, além do estabelecimento de medidas de incentivo à cooperação internacional.

Ao lado da “lavagem” de dinheiro, o terrorismo é igualmente uma preocupação internacional, de modo que “[...] as medidas utilizadas para a prevenção da “lavagem” de dinheiro passaram a ser empregadas igualmente em relação ao financiamento do terrorismo”²²⁸. O Brasil promulgou a Resolução n. 1373 do Conselho de Segurança da ONU, por

²²⁴ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei n. 9.613/1998 com as alterações da Lei n. 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.

²²⁶ BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²²⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. O Sistema Internacional Antilavagem de Dinheiro. In: DE CARLI, Carla V. (Org). **Lavagem de dinheiro**: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 219.

²²⁸ Ibidem. p. 48.

meio do Decreto n. 3.976/2001²²⁹, e igualmente a Convenção Internacional para a supressão do financiamento do Terrorismo, assinada em 1999, em Nova Iorque, em 26 de dezembro de 2005, por meio do Decreto n. 5.640/05²³⁰.

Embora sem caráter vinculante²³¹, mas de inegável importância, já que revelam padrões internacionais de medidas de prevenção e combate à ocultação de bens, em fevereiro de 1990, os Estados integrantes do G-7, com a participação de países convidados, Austrália, Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Espanha, Suécia e Suíça, publicaram, por meio do GAFI²³², o documento que foi denominado Quarenta Recomendações²³³. O texto focou-se na melhora dos sistemas legais nacionais, na expansão das funções do sistema financeiro e no fortalecimento da cooperação internacional. Segundo as Quarenta Recomendações, ao contrário da Convenção de Viena que só mencionava o tráfico de drogas, qualquer delito grave pode gerar lucro a ser ocultado criminosamente.

²²⁹ BRASIL. Decreto n. 3.976, de 11 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3976.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²³⁰ BRASIL. Decreto n. 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5640.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

²³¹ Sobre o caráter vinculante das Recomendações do GAFI a partir da Resolução 1.617/2005, do Conselho de Segurança da ONU. Cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013. p. 48.

²³² Com base principalmente no que estipulavam a Declaração de Princípios da Basileia e a Convenção de Viena, em julho de 1989, os representantes dos Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá, os 7 (sete) países mais industrializados, além do presidente da Comissão das Comunidades Europeias, reuniram-se em Paris e criaram o *Financial Action Task Force* (FATF) em inglês, no Brasil Grupo de Atuação Financeira sobre a Lavagem de Dinheiro (GAFI). MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56.

²³³ As recomendações estão disponíveis no site do COAF, em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Em 1999, Brasil, Argentina e México foram convidados para aderir ao GAFI como observadores e em junho de 2000, ingressaram definitivamente no grupo.

O descumprimento das Recomendações, conforme ditado pela Recomendação 21, implica inclusão do respectivo país na lista de países não cooperantes, o que ocasiona, na prática, o recrudescimento das relações econômicas para o país incauto.

Ainda que não incorporadas ao arcabouço Pátrio, guardam notoriedade as Convenções de Estrasburgo²³⁴ e de Varsóvia²³⁵ – ambas do Conselho da Europa – e as Diretivas 91/308/CEE, 2001/97/CEE, 2005/60/CEE e 2015/849/CE, todas do Conselho da Comunidade Europeia, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de “lavagem” de dinheiro.²³⁶

O Ordenamento Jurídico Brasileiro acolheu as diretrizes básicas estabelecidas em tratados e convenções, aderindo às estratégias de política criminal internacional. Em 1998, efetivamente pactuando com os esforços de outros países, com os quais passou a trocar informações e prestar auxílio no combate a esses crimes, foi promulgada a Lei n. 9.613²³⁷.

²³⁴ Em novembro de 1990, o Conselho da Europa firmou a Convenção sobre a “Lavagem” de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, conhecida como Convenção de Estrasburgo. Trata-se de um tratado aberto, cuja aplicabilidade não se restringiu aos Estados membros que participaram de sua elaboração, havendo a possibilidade de outros convidados. O Brasil não assinou este tratado, “[...] que é o principal instrumento regional europeu em matéria de cooperação penal para crimes de lavagem de dinheiro”. DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013. p. 45.

²³⁵ O Convênio de Estrasburgo foi alterado em 2005, pela Convenção de Varsóvia. podendo ser destacada, como principal inovação, a determinação de que os países signatários criassem órgãos de fiscalização e gestão de informações denominadas Unidades de Informação Financeira (FIU). ABEL SOUTO, Miguel. op. cit., p. 151.

²³⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013, p. 45 - 46.

²³⁷ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Conforme a Exposição de Motivos n. 692 do Ministério da Justiça²³⁸, o Brasil optou pelo termo “lavagem” de dinheiro, sob o argumento de que a expressão branqueamento sugeria interferência racista. Dessa forma, todo ato praticado para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, a fim de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude, enquadra-se na reciclagem de dinheiro.

O texto inicial foi alterado pelas Leis n. 10.467/2002²³⁹, 10.683/2003²⁴⁰ e 10.701/2003²⁴¹. Por fim, em 2012, a Lei n. 12.683²⁴² reformulou significativamente a matéria, fazendo com que o País fosse inserido na lista das nações que possuem legislação de terceira

-
- ²³⁸ Exposição de Motivos n. 692/MJ/1996, item 13. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacaoemnormas/legislacao1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%2010613.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- ²³⁹ BRASIL. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002. Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10467.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.
- ²⁴⁰ BRASIL. Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.
- ²⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.701, de 9 de julho de 2003. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.701-2003>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- ²⁴² BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/112683.htm. Acesso em 12 nov. 2017.

geração²⁴³, assim identificada porque admite que a “lavagem” de dinheiro se concretize com capital proveniente da prática de qualquer infração penal, conforme será analisado no terceiro Capítulo, em especial, nos aspectos relativos à tipologia, à punição, ao *criminal compliance* (mecanismo de controle), à colaboração premiada (Técnica Especial de Investigação) e às medidas assecuratórias para recuperação de ativos.

O histórico jurídico ora narrado teve como “pano de fundo” a economia brasileira que, em períodos de alta inflação e desvalorização da moeda, não era atrativa para os “lavadores”. A estabilização da moeda e a elevação das taxas de juros, aliadas a outras características geográficas, políticas e sociais compõe atualmente um ambiente no qual se verifica a proliferação dessa prática ilícita. Barros explica:

O país passa a ser visto como um ambiente propício à proliferação da prática de lavagem de dinheiro por diversos fatores, instando destacar alguns, tais como: possuir fronteiras desguarnecidas; economia informal mais desenvolvida, tolerada e cercada por escassa regulamentação e fiscalização; desfrutar de sofisticada tecnologia operacional no Sistema Financeiro Nacional; contar com múltiplo sistema legal de câmbio e sistemas paralelos de câmbio altamente desenvolvidos, que propiciam a ação de doleiros e tornam-se fonte de remessa ilegal de

²⁴³ “Na chamada primeira geração das legislações, a maioria dos países criou um rol de crimes antecedentes taxativo-vinculativo de forma a restringir os delitos apenas a casos graves [...]. Em um segundo momento histórico, ou em reformulação legislativa de segunda geração, percebendo-se a amplitude do espectro de possibilidades que geram limpeza de dinheiro por eles obtido, em muitos países esse rol foi remodelado para abranger, de forma genérica, ‘todos’ os crimes que se encaixavam em determinados critérios de punição, como por exemplo ‘com pena mínima acima de 1 (um) ano de reclusão’. Na mais atual, vale dizer, na terceira geração legislativa, acabou-se por estender, ou na verdade extinguir, qualquer relação figurativa e restritiva do crime anterior, ampliando-se a configuração do crime de lavagem de dinheiro para qualquer que seja a infração penal antecedente – entende-se, desde que configurada a circunstância central e nevrálgica da tipificação, a ocultação ou dissimulação dos valores obtidos, desde que compatível com a sua natureza”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 98.

dinheiro para o exterior; existência de agências de câmbio nas fronteiras do país etc.²⁴⁴

Entre escândalos noticiados e avanços ditados pelo sistema repressivo, o Brasil seguiu com significativas mudanças no arcabouço legal, como será visto a seguir.

3.1.2 Conceituação e aspectos jurídicos

A concretização do Princípio da Legalidade, no Direito Penal, passa pela exigência de que os crimes estejam previstos em leis anteriores, bem como que essas “sejam claras e o mais possível certas e precisas”²⁴⁵ quanto aos fatos puníveis e suas penas.

Como pressuposto da legitimação da intervenção penal há a necessidade da caracterização da lesividade da conduta²⁴⁶, aspecto que não mais se discute com relação aos crimes de “lavagem” de dinheiro, em especial em virtude das distorções causadas pela inserção de valores ilícitos na economia legal²⁴⁷.

No Brasil a expressão utilizada para definir os delitos de “lavagem” de dinheiro está vinculada à tipicidade penal inscrita no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/98, cujo elemento subjetivo de todos é o dolo – direto ou eventual -, consistente na consciência (real ou potencial) de que os bens, direitos ou valores têm origem criminosa e na vontade de ocultar ou dissimular sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade.

Outra característica comum aos tipos penais aqui tratados é que são acessórios e, portanto, dependem da ocorrência de uma infração penal em momento anterior. Significa dizer que, a configuração típica

²⁴⁴ BARROS, Marco Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de Dinheiro: Ensaio Sobre Uma Cultura Em Formação. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 95, n. 854, p. 743, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89039>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

²⁴⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p.18.

²⁴⁶ Cf. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 141.

²⁴⁷ Cf. DE CARLI, Veríssimo. Dos crimes: Aspectos Objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro**: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 227.

dos crimes de “lavagem” de dinheiro impõe a presença de uma infração penal antecedente, qualificada como elemento normativo do tipo²⁴⁸.

Afora a questão jurídica, importante ressaltar que os crimes de “lavagem” de dinheiro estão inseridos numa espécie de criminalidade que vem recebendo as mais variadas designações da doutrina: criminalidade econômica, criminalidade empresarial, criminalidade do “colarinho branco”, crime corporativo, criminalidade da globalização, entre outros.

Dentre essas designações, aflora a original concepção, *The White Collar Criminal*, do sociólogo norte-americano Edwin Sutherland, em 1939, da Universidade de Indiana (EUA), apresentada no 34º Encontro da Sociedade Americana de Sociologia²⁴⁹.

Desde logo reconhecendo que o termo não se tratava de algo definitivo, mas afirmando que o objetivo do artigo era chamar a atenção para aqueles crimes que ordinariamente são excluídos da criminologia, o sociólogo definiu *White Collar Crimes* a partir das características do sujeito ativo, quais sejam, crimes cometidos por pessoa de respeito e *status* social elevado no exercício de sua ocupação²⁵⁰.

Segundo Hermann Mannheim é possível sistematizar quatro características do que nominou crimes do “colarinho branco”: a) trata-se de um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) com elevado *status* social; d) no exercício de sua profissão; e) geralmente constituem uma violação de confiança²⁵¹.

²⁴⁸ Cf. BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 58; WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. **Infrações Penais Antecedentes**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 326.

²⁴⁹ SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Tradução de Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Processual Penal – UFRGS**. Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 93 – 103, 2014, p. 93. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/3398>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984, v. 2, p. 724.

A partir deste estudo, vários outros seguiram, com designações diferenciadas e agregando traços que são verificados a partir das alterações qualitativas e quantitativas dessa espécie de criminalidade.

Silva-Sánchez além de apontar a “organização” e o pertencimento aos “sujeitos poderosos” como sendo as duas principais características mais significativas da criminalidade da globalização, acrescenta a “[...] capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes [...]”²⁵².

Uma abordagem também contemporânea e a conclusão de que as lições iniciais ainda são atuais, podem ser extraídas da obra de David O. Friedrichs, para quem, em síntese, os crimes do “colarinho branco”: são praticados por ofensores que não possuem a imagem tradicional de criminoso; não incluem formas típicas de crimes violentos; envolvem violação de confiança privada ou pública; são cometidos por instituições e indivíduos que ocupando um *status* legítimo e respeitável; são motivados pela vantagem financeira ou pelo desejo de manutenção e extensão de poder e privilégio; não recebem na Justiça Criminal a resposta tradicional²⁵³.

Factível que, ainda hoje, o conceito não evoluiu a ponto de ser possível listar com precisão quais crimes estão inseridos nesta categoria. Todavia, latente que os crimes de “lavagem” de dinheiro estão aí inseridos e que, mesmo após quase oito décadas do artigo inicial, as características básicas ainda estão presentes.

3.1.2.1 Natureza e bem jurídico tutelado

Embora não exista taxatividade quanto aos imperativos categóricos do conceito de bem jurídico, tão pouco não se desconheça a respeito da celeuma que envolve a falência do termo²⁵⁴, o que contribui para dificultar sua precisão, neste trabalho, adota-se a defesa

²⁵² SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80 (Série: As ciências criminais no século 21; v. 11).

²⁵³ FRIEDRICHS, David O. **Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society**, 4th Edition, 2010, p. 1 - 8. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=ZQGmgHjovawC&printsec=frontcover&hl=ptBR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁵⁴ Cf. JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal – Parte General: Fundamentos Y teoria de la imputación**. Tradução de José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 44/57.

apresentada por Claus Roxin, para quem, o conceito subsiste e pode ser definido como “[...] as circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis da cada sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”²⁵⁵.

É da natureza de qualquer área do Direito a proteção a bens jurídicos. No Direito Penal esta proteção encontra maior cautela, já que, pelas suas características – fragmentariedade²⁵⁶ e subsidiariedade²⁵⁷ – só devem ser tutelados os interesses individuais ou coletivos de maior relevância, assim entendidos os essenciais para o desenvolvimento da personalidade do ser humano e para seu convívio pacífico em sociedade²⁵⁸.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos com função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18. Sobre as controvérsias acerca do conceito de bem jurídico cf. PRADO, L. R. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28-61.

²⁵⁶ “O significado do princípio da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos”. CAVALCANTI, E. M. **Crime e sociedade complexa: Uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. Campinas: LZN, 2005, p.302.

²⁵⁷ “[...] o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. [...] Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 53.

²⁵⁸ José de Faria Costa adota três níveis de lesividade. O primeiro configura o dano propriamente dito a um bem jurídico. Em segundo plano, a lesividade se revela como exposição do referido bem a um perigo concreto. Num terceiro momento, lesividade significa a criação de um perigo abstrato. Para este autor, a incriminação de condutas abstratamente perigosas, dada a distância em relação ao efetivo dano ao bem jurídico, só seria legítima em algumas condições, dentre elas a descrição minuciosa da conduta proibida na Lei penal, bem como a necessária relação da conduta sancionada com um bem jurídico concreto dotado de dignidade e carência penal. COSTA, José de Faria. **O perigo em Direito penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 641. Sobre as críticas à postura do Direito Penal que visa satisfazer fins de prevenção e precaução cf. HASSEMER, Winfried. *Límites Del*

Em última análise, é a Constituição de cada País que impõe “[...] a constelação de valores ou interesses susceptíveis de integrar o sistema dos bens jurídico-penais e, como tais, servir de referentes teleológico-materiais das incriminações a pôr de pé pelo legislador ordinário”²⁵⁹. Afinal, se por um lado compete ao Direito Penal a proteção de determinados bens jurídicos, que refletem os valores eleitos e culmina por restringir a liberdade com o estabelecimento de normas proibitivas, por outro, na mesma medida, não pode oferecer proteção deficiente, “[...] deixando sem relevo criminal condutas a que a vida moderna conferiu outra roupagem, outro significado”²⁶⁰.

Por ser a intervenção do Direito Penal a única que tem a força de desestimular o delinquente econômico²⁶¹, há que se buscar o equilíbrio entre a necessidade de proteção dos indivíduos e o dever de intervir na liberdade preservando os direitos fundamentais.

Fruto dessa realidade social marcada pelo risco, tem-se, então, a tipificação de condutas que não reconhecem os limites das fronteiras e afetam “[...] bens coletivos e intangíveis de notória essencialidade nos dias atuais [...]”²⁶², como é a ordem econômica.

Até pouco tempo atrás, a sociedade sofria os efeitos perversos das operações ilegais, enquanto as condutas que configurariam a “lavagem”

Estado de Derecho para El Combate Contra La Criminalidad Organizada. Tesis Y Razones. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ed. Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, jul./set 1998, p. 25-30.

²⁵⁹ ANDRADE, Manuel da C. Constituição e Legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio J. Avelãs; COUTINHO, Jacinto N. de M. (org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/ Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54.

²⁶⁰ WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 190.

²⁶¹ Cf. CORCOY, Bidasolo M. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 371. Cf. também: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximacion Al Derecho Penal Contemporaneo**. Barcelona: Bosch, 1992. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/228797515/Silva-Sanchez-Jesus-m-Aproximacion-Al-Derecho-Penal-Contemporaneo>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁶² RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e direito penal econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 284.

de dinheiro eram dissipadas pela inexistência de um tipo penal específico. O grande abalo social fez com que “[...] aquela então existente inércia do legislador nacional chegasse a um ponto de ruptura, levando-o a criminalizar a conduta até então alinhada entre aquelas de *white collar crimes*, cuja danosidade social era evidente, mas impossível de punição, uma vez que inexistia tipificação legal”²⁶³.

Especificamente nos casos de ocultação de capital, a doutrina apresenta três possibilidades para identificação da lesividade: a) o bem jurídico é aquele tutelado na norma penal do crime antecedente; b) o bem jurídico é a administração da justiça; c) o bem jurídico é a ordem econômica.

Por questões de ordem metodológica²⁶⁴, une-se à corrente que entende o bem jurídico tutelado como sendo a Ordem Econômica Brasileira, na medida em que os valores derivados das práticas de “lavagem” afetam os fenômenos econômicos: produção, repartição, circulação e consumo.

A CRFB/88 fixou a Ordem Econômica como bem jurídico, na medida em que lhe destinou o Título VII, além de mencioná-la genericamente em outros artigos, como por exemplo: no artigo 1º, IV (livre iniciativa), artigo 3º (desenvolvimento social), artigo 3º, III (erradicação da pobreza e da marginalização), artigo 5º, XXII (proteção do consumidor), e artigo 219 (mercado interno)²⁶⁵.

Afinal, como pontua Luiz Regis Prado, que adota esta corrente, é “[...] a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade,

²⁶³ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edison Mougenot. op. cit., 2008, p. 14.

²⁶⁴ Considerando a linha de pesquisa, concentrada na Análise Econômica do Direito, optou-se por abordagem acerca dos efeitos da prática do crime em estudo na Ordem Econômica.

²⁶⁵ Na visão de Schmidt, que, sem muito esclarecer, desde logo nega a aproximação da sua proposição à Análise Econômica do Crime, o diálogo entre Economia e Direito Penal é convergente e fornece o conceito material de “crime econômico”, qual seja, as condutas que afetem cada uma das subpolíticas que delineou emanarem da esfera maior, “política econômica *lato sensu*”: política monetária, política fiscal, política financeira, política cambial, política econômica *stricto sensu* e política de rendas. “Este é o irrenunciável diálogo que propomos entre direito penal e economia: cada delito tem de concentrar na proteção de um recorte específico de cada uma dessas subpolíticas”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Penal Econômico. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**, ano 22, v. 111, nov./dez. 2014, p. 61-156.

regularidade e credibilidade do mercado econômico) que propicia a circulação e concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais”²⁶⁶.

Essa também foi a linha adotada pelo preâmbulo da Diretiva 91/308/CEE: “A utilização das entidades de crédito e das instituições financeiras, na ‘lavagem’ dos produtos de atividades delitivas, pode pôr seriamente em perigo tanto sua solidez e estabilidade quanto à credibilidade do sistema financeiro em seu conjunto, ocasionando com isso a perda de confiança do público”²⁶⁷.

Entre os devastadores reflexos desse ramo da criminalidade no sistema econômico financeiro, estão: a concorrência desleal, as oscilações nos índices de câmbio, o ingresso de capitais especulativos, a instabilidade econômica, a criação de monopólios ou grupos dominantes, o abuso do poder econômico e a facilitação da corrupção²⁶⁸. Além disso, existem os efeitos sentidos pelo setor privado, que acabam concorrendo com as empresas de fachada, “[...] que tem acesso a substancial capital ilícito, permitindo que possam subsidiar os produtos da empresa a preços inferiores ao custo do próprio produtor”²⁶⁹.

Numa perspectiva macro, essa espécie de criminalidade extrapola o âmbito econômico e afeta a sociedade como se fosse crime praticado com violência. Nesse sentido, Marcelo Batlouni Mendroni:

O custo social do dinheiro lavado com sucesso é sempre muito alto. Deve-se aqui alertar que o dinheiro “roubado”, por exemplo, dos cofres públicos, deixa de ser utilizado para a melhoria das questões sociais, como educação de base, saúde, transporte, emprego, moradia, que, juntos,

²⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 375.

²⁶⁷ Directiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de Junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0308>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: Aspectos Objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). op. cit., 2013, p. 227.

²⁶⁸ Cf. BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas**. 5. ed. São Paulo: Juruá, 2017, p. 45; LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: JusPodivm, 2017, p. 481.

²⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 481.

diminuem a desigualdade social, conseqüentemente, os crimes que dela decorrem. E o dinheiro sujo ingressa e circula no sistema financeiro dos países, tal como o vírus entra e circula na corrente sanguínea das pessoas, causando graves conseqüências à sua saúde²⁷⁰.

A ideia de Carrera-Fernandez, quando aborda o tráfico ilícito de entorpecentes, pode ser transportada para os crimes de “lavagem” de dinheiro: “[...] embora ‘sem vítima aparente’, como ocorre com a corrupção e o contrabando [...] isso não significa que não haja vítimas nem violência nas relações entre os empresários e os traficantes”²⁷¹.

Assim, percebe-se que, se até pouco tempo apenas os crimes praticados com violência e grave ameaça causavam medo, repugnância e intolerância, atualmente a sociedade, que preza a alteridade e o futuro nas novas gerações, já enxerga a criminalidade econômica como conduta inibidora da paz social e catalizadora da escassez de bens tidos como primordiais, sejam eles: saúde, educação e segurança.

Estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo conclui que o custo anual da corrupção no Brasil é de 1,38% do PIB²⁷².

²⁷⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 1 - 2. No mesmo sentido: “Partindo-se do fato de ter a ordem constitucional vigente projetado um modelo econômico capaz de concretizar os direitos sociais (nela sensivelmente alargados) e implementar a justiça social (por ela almejada), não é difícil concluir que a criminalidade contra a ordem econômico-financeira solapa a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social. Enquanto a criminalidade clássica, em níveis endêmicos, é forma enfurecida de protesto, é patologia social, como demonstrado pelo citado psicanalista, a criminalidade econômica gerada pela ânsia de lucros desmedidos, pelo individualismo egoístico, pela falta de solidariedade social é, sem dúvida, causa sociológica desses protestos criminosos, por aumentar a marginalização social”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1992, p. 92.

²⁷¹ CARRERA-FERNANDEZ, José; MALDONADO, Genaro Emílio Carrión. A economia do narcotráfico: uma abordagem a partir da experiência boliviana. **Nova Economia**: revista do departamento de Ciências Econômicas da UFMG, v. 9, n. 2, 1999. p. 137-173, p. 148. Disponível em: <<http://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2161/1148>> Acesso em: 29 maio 2017.

²⁷² Disponível em: <http://az545403.vo.msecnd.net/uploads/2012/05/relaorio_corrupcao-

Numa perspectiva de comparação, os Procuradores da República, que atuam na “Operação Lava Jato”, dizem que “Os 200 bilhões desviados por ano no Brasil (estimativa da Organização das Nações Unidas) triplicariam o investimento federal em educação ou em saúde”²⁷³.

Apesar das dificuldades de mensuração, é certo que a “lavagem” de dinheiro gera custo social (direto e indireto) de larga extensão, motivo pelo qual o “estrangulamento” financeiro das organizações criminosas tem sido a escolha das políticas-criminais de combate.

3.1.2.2. Infrações penais antecedentes

A ocorrência dos crimes de “lavagem” de dinheiro pressupõe a prática de uma “[...] infração produtora, ou seja, aquela capaz de gerar bens, direitos ou valores passíveis de mascaramento”²⁷⁴.

Assim, embora classificado como derivado, parasitário, secundário é, por outro lado, crime autônomo, já que possui “[...] estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica, conteúdo de culpabilidade própria e não constitui uma forma de participação *post delictum*”²⁷⁵.

Nessa cadeia, os crimes que rendem resultados aos agentes e reverterem ganhos econômicos, que precisam ser “lavados” para adentrar no mercado formal, são chamados de ilícitos antecedentes.

A indicação das chamadas infrações antecedentes constitui-se em opção político-criminal pelo legislador de cada país. No plano mundial são encontradas legislações que possuem rol taxativo de infrações antecedentes (chamadas de primeira geração), outras possuem um rol abrangente, que incluem todos os crimes que se inserem em determinados critérios (chamadas de segunda geração) e, por fim, outras que optaram por um rol indefinido (chamadas de terceira geração).

Pela redação inicial da Lei n. 9.613/98, constavam dos incisos do artigo 1º o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e seu financiamento, o contrabando, tráfico de armas, munições ou

custos-economicos-e-propostas-de-combate.jpg>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²⁷³ COSTA, Athayde de R.; DALLAGNOL, Deltan; POZZOBON, Roberson. **A prisão dos réus da Lava Jato**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/214368-a-prisao-dos-reus-da-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., 2017, p. 475.

²⁷⁵ CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian T. de. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33.

material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, o crime contra a administração pública, o crime contra o sistema financeiro nacional, o crime praticado por organização criminosa e o crime praticado contra a administração pública estrangeira.

Em resposta ao relatório de avaliação apresentado pelo GAFI em 2011²⁷⁶ e para tornar mais eficiente a persecução dos crimes de “lavagem” de dinheiro, foi promulgada a Lei n. 12.683/2012. Considerada de terceira geração, a nova legislação eliminou a taxatividade, de forma que qualquer infração penal será considerada como delito produtor para fins de “lavagem” de dinheiro, inclusive o próprio crime “lavagem”.

O elemento normativo em questão não encontra adequação quando os valores forem provenientes de ilícitos civis, como nos casos de improbidade administrativa, por exemplo. Estará caracterizado, todavia, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente²⁷⁷, o que respalda a “relação de acessoriedade limitada” imputada pela doutrina²⁷⁸.

No campo processual, há a autonomia procedimental, também conferida expressamente pelo artigo 2º, II, da Lei n. 9.613/98²⁷⁹, ao estabelecer que o processo e julgamento dos crimes de “lavagem” independem do processo e julgamento das infrações antecedentes, ainda que ocorridas em outro país.

²⁷⁶ Informação disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/linksexternos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>. Acesso em 13 nov. 2017.

²⁷⁷ BRASIL. LEI n. 9.613/98. Art. 2º, § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

²⁷⁸ WEBER, Patrícia Maria N.; MORAES, Luciana Furtado. *Infrações Penais Antecedentes*. In: DE CARLI, Carla V. (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 360.

²⁷⁹ Art. 2º, II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento.

3.1.2.3 Fases da “lavagem”: *iter criminis* (conversão, dissimulação e integração)

Para alcançar o objetivo de encobrir a origem ilícita e apagar os vestígios que permitem a identificação, o dinheiro “sujo” transita por setores regulares da economia. Esse complexo de operações que visam à “limpeza” vem sendo dividido pela doutrina em fases ou etapas.

O modelo trifásico é o que encontra mais aceitação na doutrina, até porque referendado pelo GAFI. Nesse aspecto, a perpetração dos crimes de “lavagem” de dinheiro envolve pelo menos 3 (três) fases, sem que, necessariamente, todas sejam percorridas ou que sigam uma ordem específica. Isso porque, a “lavagem” pode ocorrer por meio de uma única conduta ou por sucessivos atos que integram uma mesma fase ou, ainda, que percorram total ou parcialmente a trílogia²⁸⁰.

Segundo as publicações do COAF²⁸¹, então, os mecanismos mais utilizados no processo de “lavagem” de dinheiro envolvem teoricamente: a fase de colocação (*placement stage*), a fase de transformação (*layering stage*) e, por fim, a fase de integração (*integration stage*).

O primeiro passo, a Colocação, objetiva incorporar o ativo à economia formal e distanciá-lo da origem, de modo que não gere suspeita. Para dificultar a identificação da procedência do dinheiro são aplicadas técnicas sofisticadas e cada vez mais dinâmicas, tais como a movimentação do dinheiro em países com regras mais permissivas e naqueles que possuem um sistema financeiro liberal, o fracionamento

²⁸⁰ Essas três fases são mencionadas em praticamente todos os livros que se dedicam à análise da ocultação de bens. Nesse sentido, apenas para exemplificar: BARROS, Marco Antonio de. op. cit., 2017, p. 38-42; LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., 2017, p. 476-477; MADINGER, John. **Money Laundering: A Guide For Criminal Investigators**. 3. ed. Washington, DC: CRC press, 2011, p. 7 - 10. Disponível em: <<https://www.download-geek.com/download/Money%20Laundering:%20A%20Guide%20For%20Criminal%20Investigators.%20Third%20Edition.html?aff.id=8923>>. Acesso em: 25 out. 2017; MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., p. 180-183. Sobre outras classificações cf. CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Aranzandi, 2012.

²⁸¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Cartilha Lavagem de dinheiro: Um problema mundial, p. 4. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

dos valores que transitam pelo Sistema Financeiro Nacional²⁸², procedimento conhecido como *smurfing*²⁸³, a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, a troca por moeda estrangeira e outros modos de alteração qualitativa do bem.

Nessa fase, o sujeito ativo fica evidentemente exposto e, não por outra razão, tem se percebido uma migração para esferas que possuem brechas regulatórias, em detrimento das instituições financeiras, justamente por essas estarem entre os setores mais regulados pelos órgãos de controle²⁸⁴.

A segunda fase é a Dissimulação, que consiste em condutas para disfarçar a origem ilícita do capital antes colocado no mercado. Nesse estágio, os sujeitos utilizam artimanhas, como movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas, em especial nos países amparados por lei de sigilo bancário, realizando depósitos em contas de terceiros, “laranjas”, ou de empresas de fachada. Nessa fase de pulverização, ainda é comum a compra de bens de valores elevados, tais como metais preciosos, aviões e imóveis, aplicações financeiras, cheques de viagem, ordens de pagamento ou bens que são de difícil valoração, como obras de arte.

Na etapa da Integração, como indica a expressão, há a reinserção dos ativos na economia oficial. Cumpridas as duas fases anteriores, o dinheiro encontra-se inserido e desvinculado da atividade criminosa antecedente. Como adverte Lilley: “A ‘lavagem’ de dinheiro baseada na troca de bens e serviços, e não no sistema bancário, ocorre no mundo todo, em transações tão diversificadas quanto aquelas envolvendo produtos agrícolas, armas, eletrodomésticos e pedras preciosas²⁸⁵”.

As organizações criminosas, igualmente, costumam investir em empreendimentos que facilitem o desenvolvimento de suas atividades,

²⁸² Cf. BACEN. Carta Circular n. 3.641, de 4 de março de 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v7_P.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

²⁸³ Renato Brasileiro explica que essa denominação ocorre “[...] em alusão aos pequenos personagens da ficção na cor azul”. LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., 2017, p. 476.

²⁸⁴ CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

²⁸⁵ LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. Trad. de Eduardo Lassere. São Paulo: Futura, 2001, p. 85.

inclusive prestando serviços entre si. “Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal”²⁸⁶.

Pela lei brasileira, não é necessário percorrer todas as etapas acima citadas ou ocorrer a integração do dinheiro “sujo” à economia legal para a tipificação da conduta de “lavagem” de dinheiro. Basta, por exemplo, a ocultação, acompanhada do elemento subjetivo, qual seja, a vontade de “lavar” o capital.

3.1.2.4 Elemento objetivo: tipificação do crime (ocultar e dissimular)

Os crimes de “lavagem” de dinheiro possuem íntima ligação com os crimes de Receptação e Favorecimento Real, sendo recorrente o argumento de que constituem uma evolução desses, que se mostraram insuficientes para impedir o gozo dos lucros ilícitos por parte dos criminosos.

Na doutrina brasileira, Mendroni afirma que a “lavagem” de dinheiro constitui-se no “[...] método pelo qual o indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer aparência de legalidade para como se fossem obtidos licitamente”²⁸⁷.

Na mesma linha, o COAF define nos seguintes termos:

Lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal. Essa prática geralmente envolve múltiplas transações usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos.²⁸⁸

²⁸⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Cartilha Lavagem de dinheiro: Um problema mundial, p. 5. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁸⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 25.

²⁸⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Cartilha Lavagem de dinheiro: Um problema mundial, p. 1. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

Embora conhecido popularmente como “lavagem” de dinheiro, as ações típicas, na legislação brasileira, incluem, além de moeda, a ocultação de bens e direitos. O legislador, então, estabeleceu o rol de produtos dos crimes que podem se tornar objeto desse crime. Pelo artigo 2º, alínea *d*, do Decreto n. 5.015/2004, bens são “os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos”²⁸⁹. Segundo Badaró, “[...] o conceito abrange valores e direitos, tornando-se a menção aos dois últimos desnecessária”²⁹⁰.

Identificam-se 4 (quatro) formas básicas de cometimento dos crimes na Lei n. 9.613/98: a) atos de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, direitos, valores, que são provenientes direta ou indiretamente, de infração penal (art. 1º, *caput*); b) a conduta dirigida a converter em ativos lícitos, adquirir (receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar, transferir), importar ou exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; c) utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; d) participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na citada Lei.

Como menciona Marco Antonio de Barros “[...] se observa a existência de um tipo penal formado por vários núcleos, ou seja, regido de tal forma que permite declarar a configuração da infração por mais de um modo, não há falar tão-somente em ‘crime de lavagem de dinheiro’, mas sim em ‘crimes de lavagem’”²⁹¹.

As condutas descritas no *caput* do artigo 1º da Lei preveem a ocultação ou dissimulação. Ocultar consiste no ato de esconder, encobrir, silenciar, abafar e sonegar. Dissimular significa disfarçar, camuflar, mascarar, ocultar com astúcia e fingir. Diferenciando os dois

²⁸⁹ BRASIL. Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁹⁰ BADARÓ, Gustavo H.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2013, p. 70.

²⁹¹ BARROS, Marco Antonio. Crimes de Lavagem de Dinheiro e o devido processo legal. Revista dos Advogados de São Paulo. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 5, v. 9, p. 237-246, jan./jun. 2002, p. 238.

verbos que aparecem como sinônimos, Costa diz que dissimular é a “[...] ocultação com fraude ou garantia de ocultação”²⁹².

Os verbos em análise não exigem para tipificação da conduta complexidade ou sofisticação. “Ainda que simples, precário e primário, o mascaramento pode materializar ‘lavagem’ de dinheiro”²⁹³.

Pelo artigo em análise, constitui crime ocultar ou dissimular a natureza - qualidade ou atributo -, a origem - a procedência ou fonte -, a localização - a posição física ou o lugar em que se encontram -, a disposição - a estruturação ou o arranjo -, a movimentação - circulação ou o deslocamento físico, jurídico ou contábil - e a propriedade - titularidade ou qualidade de dono - de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal²⁹⁴.

O § 1º do artigo 1º, assim como o § 2º, que será visto adiante, traz forma derivada de “branqueamento”, ampliando as hipóteses de incidência do tipo básico. Assim, incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

- I - os converte em ativos lícitos (que pode ser entendido como patrimônio legítimo)²⁹⁵;
- II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
- III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Alerta Mendroni, que o dispositivo alcança especialmente os “testas-de-ferro”, terceiras pessoas que agem em nome do criminoso que, por meio da infração antecedente, obteve bens, direitos ou valores.

²⁹² COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33.

²⁹³ BADARÓ, Gustavo H.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 121.

²⁹⁴ DE CARLI, Carla Veríssimo. O Sistema Internacional Antilavagem de Dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro**: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 233.

²⁹⁵ Cf. MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca T. **Lavagem de Dinheiro**. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 96.

A redação de “incorre na mesma pena quem” nos leva a realizar a interpretação lógica e sistemática no sentido de que, em dispositivo específico, se busca punir aquele que auxilia materialmente, nas formas estabelecidas nos incisos, a “ocultar” ou “dissimular” a respectiva utilização dos bens, direitos ou valores.²⁹⁶

Carla Veríssimo De Carli extraiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça exemplos que bem ilustram a ocorrência do tipo penal:

Assim, a intensa movimentação financeira e patrimonial de pessoas ligadas aos criminosos, notadamente da ex-esposa da pessoa apontada como chefe da quadrilha; a movimentação bancária de valores de modo a simular operação financeira lícita; saques em espécie na conta em que os recursos públicos haviam sido depositados a título de patrocínio e transferências bancárias triangulares e complexas entre os acusados.²⁹⁷

O inciso II contempla tipo mais amplo, em decorrência dos diversos verbos empregados. Maia expõe que a norma evidencia a fase da dissimulação propriamente dita, por meio de condutas que atingem “[...] especialmente o sistema financeiro nacional, já que estas “poupanças”, pelas especificidades decorrentes de sua origem ilícita, contaminam o regular funcionamento de todo o sistema”²⁹⁸.

Na sequência, o inciso III prevê um dos disfarces mais comuns para a remessa de ativos ao exterior, a conduta de quem importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

Moro traz o seguinte exemplo:

[...] subfaturando o valor da operação de exportação, o exportador transfere valor ao importador, que receberá mercadorias de valor superior ao pago. Ao contrário, superfaturando a operação de exportação, o exportador receberá

²⁹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 110.

²⁹⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013. p. 248.

²⁹⁸ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. op. cit., 1999, p. 97.

valor superior ao das mercadorias recebidas pelo importador²⁹⁹.

No âmbito do § 2º estão as condutas de quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (inciso I), bem como a de quem participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes de “lavagem” de dinheiro (inciso II).

Maia, ao comentar o inciso I, enfatiza que o tipo foi criado com intuito de coibir um dos efeitos mais graves da “lavagem”, qual seja, “[...] a infiltração de dinheiro “sujo” (e, *a fortiori*, ganho de controle) na atividade econômica legítima”³⁰⁰.

Em torno dessa figura típica, gira a discussão a respeito da necessidade ou não da ocultação ou dissimulação, já que a redação do aludido inciso silenciou a respeito. Há duas hipóteses de interpretação: a) as condutas de ocultar e dissimular são inerentes a qualquer forma de “lavagem”, sendo cabível uma interpretação em consonância com o *caput*³⁰¹; b) basta a utilização na atividade econômica ou financeira, de bens ou valores provenientes das infrações penais antecedentes ainda que inexistia a intenção de ocultar ou dissimular³⁰².

Por fim, o inciso II revela-se bastante abrangente, na medida em que abarca qualquer pessoa que faça parte de organização ciente de que a atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes de “lavagem” de dinheiro.

Moro alerta que “[...] aparentemente, o objetivo de tal tipo penal foi coibir a existência de grupos, associações ou escritórios detentores de tais serviços especializados e dedicados à lavagem de dinheiro”³⁰³.

Os crimes de “lavagem” de dinheiro ocorrem por meio dos variados setores e atividades econômicas. Algumas atividades, todavia, são mais atraentes. Segundo o COAF, entre os setores mais visados,

²⁹⁹ MORO, Sérgio. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34. E-book

³⁰⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. op. cit., 1999, p. 98.

³⁰¹ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 163.

³⁰² Cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013. p.259.

³⁰³ MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 37-38. E-book. Em sentido contrário cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 165.

destacam-se: as instituições financeiras, os paraísos fiscais – países que oferecem oportunidades vantajosas para depósitos em suas instituições financeiras e que normalmente são protegidos pelo sigilo bancário –, os centros *offshore* – centros bancários extraterritoriais, que não são submetidos ao controle de qualquer país –, as bolsas de valores, o mercado imobiliário, os jogos e sorteios, como bingos e loterias³⁰⁴.

Embora os exemplos sempre levem a melhor compreensão de um tema, o fato é, em se tratando de “lavagem”, os métodos de perpetração dos delitos são diversificados e estão em constante mudança, em especial, por conta do desenvolvimento de técnicas repressivas, o que culmina na migração para setores da economia cuja regulação inexistente ou é menos intensa.

3.1.2.5 Elemento subjetivo: a autoria e o dolo

Os crimes de “lavagem” de dinheiro classificam-se como de natureza comum, de forma que, por não ter o legislador brasileiro mencionado qualquer sujeito ativo qualificado, pode ser cometido por qualquer pessoa física, desde que imputável, seja um terceiro ou o próprio agente, autor, coautor ou partícipe da infração antecedente.

A autolavagem, *selflaundering*, ocorre quando o sujeito ativo da infração antecedente também efetua a reciclagem de seu produto. A lei brasileira não veda expressamente a autolavagem, como ocorre, por exemplo, no crime de favorecimento real³⁰⁵, e o Supremo Tribunal Federal (STF) admite imputar ao mesmo sujeito, que pratique ambas, a conduta da “lavagem” de dinheiro e a conduta antecedente³⁰⁶. Isso porque, o bem jurídico protegido pelo tipo penal do “branqueamento” de capitais difere daquele tutelado na norma do crime antecedente. Por tutelarem objetos jurídicos distintos, afirma-se ser possível a incidência do concurso material de crimes.

³⁰⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Cartilha Lavagem de dinheiro: Um problema mundial, p. 6 - 8. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

³⁰⁵ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.471, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 29 de setembro de 2011. Dje, 29 fev. 2012.

A Lei n. 9.613/98 manteve-se silente quanto à responsabilização penal da pessoa jurídica, embora a CRFB/ 88, no artigo 173, § 5º, tenha autorizado a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, quando da prática de “atos praticados contra a ordem econômica e financeira”³⁰⁷.

O elemento subjetivo da referida lei é o dolo, não havendo previsão do crime na modalidade culposa³⁰⁸. O dolo, então, consiste na vontade livre e consciente dirigida ao “branqueamento”. Visto dessa forma, se os tipos penais da “lavagem” contêm elementos que fazem referência ao produto da infração antecedente, possível afirmar que o elemento subjetivo contempla a consciência do ilícito antecedente.

Nessa perspectiva, todavia, o grau de consciência exigido do agente acerca da procedência dos bens não é o mesmo daquele que praticou a infração antecedente. O dolo, nesses casos, “[...] abrange a consciência do crime antecedente, ou, mais propriamente, que a lavagem tem por objeto o produto do crime antecedente, bem como a vontade de lavar o produto do crime antecedente”³⁰⁹.

Em outras palavras, não há necessidade do conhecimento específico acerca dos elementares e circunstâncias da infração antecedente – tempo, local, modo de execução, autores e instrumentos utilizados -, bastando a consciência de que os bens, direitos ou valores objeto da “lavagem” são provenientes, direta ou indiretamente, de uma infração penal³¹⁰.

³⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). Art. 173, § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³⁰⁸ “Dolo é a vontade realizadora do tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 519. (Tradução nossa).

³⁰⁹ MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 45. E-book

³¹⁰ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 85; CALEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. op. cit., 2014, p. 94; PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: Aspectos Subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 278; PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 381.

Demonstrando que há razoabilidade neste posicionamento, sob pena de deixar o agente locupletar-se de sua própria torpeza (silêncio) e de se comprometer a eficácia da Lei, Moro descortina a relação entre o terceiro lavador e o autor da infração antecedente:

A terceirização do crime de lavagem de dinheiro tem como consequência certo distanciamento entre o seu agente e o agente do crime antecedente. O primeiro é apenas a pessoa encarregada das manobras necessárias para dissimular ou ocultar o produto criminoso. Não há motivo para que lhe sejam revelados detalhes sobre a origem ou a natureza dos valores, bens ou direitos envolvidos, nem ele tem motivo para realizar amplas indagações a esse respeito. A regra nesta espécie de transação é o silêncio, só sendo revelados os fatos necessários à realização do serviço pretendido³¹¹.

Ainda no campo do elemento volitivo, a doutrina brasileira diverge sobre a admissão do dolo eventual na “reciclagem”³¹².

No que concerne às condutas descritas nos §§ 1º e 2º, II, da Lei n. 9.613/98, há certa unanimidade no sentido da impossibilidade do dolo eventual. Explica Prado: “Sendo formais os injustos em voga, a única assunção de risco que com eles se coadunaria refere-se à ciência de que seus objetivos são oriundos da prática de ilícitos antecedentes”³¹³.

Isso porque, o § 1º condiciona a tipicidade da conduta ao objetivo do autor de ocultar ou dissimular a utilização dos ativos, finalidade que se revela incompatível com incerteza da natureza criminosa. Quanto ao § 2º, II, exige literalmente que o sujeito ativo saiba efetivamente que o grupo, associação ou escritório de que participa se dedica à reciclagem. Daí surge a conclusão de que são incompatíveis com o dolo eventual.

Inúmeros argumentos, por outro lado, justificam a conclusão de que o art. 1º, *caput*, comporta o dolo eventual³¹⁴. Primeiro, porque, no

³¹¹ MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 47. E-book

³¹² Ao distinguir o dolo direto do dolo eventual, Bitencourt sintetiza afirmando: “[...] o primeiro é a vontade por causa do resultado; o segundo é a vontade apesar do resultado”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1, p. 364.

³¹³ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., 2013, p. 282.

³¹⁴ Em sentido contrário à aceitação do dolo eventual: BADARÓ, Gustavo H.;

âmbito internacional, a Convenção de Varsóvia indicou a possibilidade da prática dos crimes de “lavagem” de capitais a título de dolo eventual ou imprudência, autorizando os Estados-membros a realizarem a delimitação das disposições penais dos casos de “lavagem” ao sujeito que suspeito ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens³¹⁵. Segundo, porque a Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, na parte final do item 40, assim fez referência³¹⁶. Terceiro, usando o mesmo argumento já utilizado, mas em sentido inverso, porque pela redação dos §§ 1º, I a III, e 2º, II, todos do artigo 1º, percebe-se que as condutas previstas possuem vedação ao dolo eventual – por conterem um fim específico - o que não ocorre com o *caput* e com o inciso I do § 2º, no qual não se encontra qualquer intencionalidade específica.

Veja-se que, com relação ao § 2º, I, a supressão da expressão “que sabe”, pela Lei n. 12.683/2012, teve o claro objetivo de agregar a punição por dolo eventual no caso do uso de bens de origem “suja”. Desse modo, ampliou-se drasticamente o risco proibido, mas a alteração legislativa responde às críticas mais severas feitas pelo GAFI ao Brasil na avaliação mútua ocorrida em setembro de 2009 e vai ao encontro do regime antilavagem global³¹⁷.

Por consequência, o dolo eventual estará evidenciado quando o agente, percebendo o perigo de agir, mesmo assim, assume o risco de realizar um ato de “lavagem”. Sendo impossível conhecer o íntimo do “lavador”, o elemento subjetivo será extraído de elementos objetivos, o que consiste na admissão da “prova indireta”³¹⁸, conforme preconizam

BOTTINI, Pierpaolo C. op. cit., 2016, p. 142; CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. op. cit., 2014, p. 89.

³¹⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013, p. 219/220.

³¹⁶ Exposição de Motivos n. 692/MJ/1996, item 40. Equipara o projeto, ainda, ao crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inextratos (art. 1º, § 1º, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do caput do artigo. (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacaoemnormas/legislacao1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%2010613.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

³¹⁷ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., 2013, p. 292.

³¹⁸ Cf. DE CARLI, Carla Veríssimo. op. cit., 2013, p. 227; MORO, Sérgio Fernando. A autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. **Revista CEJ**, Brasília, ano 12, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

as Convenções de Viena, Estrasburgo, Palermo, Mérida e Varsóvia, reverberando a antiga Recomendação n. 2 do GAFI³¹⁹.

A conclusão pela admissibilidade do dolo eventual dá margem à utilização da Teoria da Cegueira Deliberada (*willful blindness*). Também conhecida por doutrina das Instruções do Avestruz (*Ostrich Instructions*), ou da Evitação da Consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*) ou da Ignorância Deliberada (Direito Espanhol), a Cegueira Deliberada trata-se de construção da *Common Law*³²⁰ e consiste na equiparação ao dolo eventual nos casos em que o agente, “[...] desejando cometer um crime ou supondo que poderá vir a fazê-lo, opta, a fim de prevenir futura responsabilidade, por não aperfeiçoar a compreensão sobre a eventual subsunção de sua conduta a um tipo penal”³²¹.

A aceitação da doutrina da Cegueira Deliberada ganhou adeptos ao longo dos anos e passou a constar expressamente no Estatuto de Roma, que entrou em vigor em 1º de julho de 2002 e foi ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto n. 4.388, em 25 de setembro de 2002³²².

Como ensina Moro, “[...] a doutrina tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas quando há prova de: a) que o agente possuía conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou

³¹⁹ Cf. PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., 2013, p. 293.

³²⁰ Não há consenso acerca do momento de surgimento da Teoria. Conforme narrado por Marcus, em 1861, na Inglaterra, no caso “Regina versus Sleep”: Sleep, um ferrageiro, foi acusado pelo desvio de bens públicos, por ter embarcado em um navio com produtos navais que continham a marca real do Império Britânico. No caso, foi mencionado que o réu não poderia ser condenado por posse de “depósitos navais” a não ser que se provasse que ele “sabia que os bens eram do governo ou dolosamente fechou os seus olhos para este fato”. (Tradução livre). Cf. MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. **The Yale Law Journal**. Yale University, School of Law. 1993. Disponível em: <<https://www.highbeam.com>>. Acesso em: 27 out 2017.

³²¹ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., 2013, p. 295.

³²² BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 28. a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

valores envolvidos eram provenientes de crime; e b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento³²³.

No Brasil, a doutrina da Cegueira Deliberada ganhou projeção em 2007, quando serviu de fundamentação na sentença que julgou o furto ocorrido no Banco Central do Brasil, em Fortaleza, em agosto de 2005, oportunidade em que os réus, escavando um túnel de 89 (oitenta e nove) metros, lograram êxito em subtrair cerca de R\$ 163.000.000,00³²⁴. Recentemente, a teoria foi utilizada no julgamento da Ação Penal n. 470, conhecida nacionalmente como “Caso Mensalão”³²⁵, e em inúmeras ações penais oriundas da “Operação Lava Jato”³²⁶.

³²³ MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 52. E-book

³²⁴ Segundo narra a sentença proferida em primeiro grau, com a finalidade de “lavar” o dinheiro oriundo do referido fundo, dois dos acusados, sócios de uma empresa revendedora de veículos, venderam a terceiros, por intermédio de J.C, onze veículos no valor de R\$ 730.000,00, deixando um saldo de R\$ 230.000,00 para aquisição futura de veículos na revenda, perfazendo a monta de R\$ 980.000,00, que foram levados ao estabelecimento pelo próprio intermediador, em notas de R\$ 50,00, armazenadas em sacos plásticos. O magistrado singular, ao proferir a sentença, considerou que o acusado J.C, de fato, possuía conhecimento quanto à origem ilícita do numerário utilizado para a aquisição dos automóveis. No que se aos sócios da revendedora de automóvel, o julgador entendeu que, embora não tivessem conhecimento da origem ilícita dos valores, tinham elementos suficientes para desconfiar da origem do dinheiro, aplicando, desta forma, a doutrina da Cegueira Deliberada. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao apreciar a apelação interposta pelos réus, considerou que o conjunto probatório existente contra o réu J.C era suficiente para condená-lo pelo delito de “Lavagem” de Dinheiro. Quanto aos sócios da revendedora de carros, sustentando que as provas constantes nos autos são insuficientes para a condenação dos então recorrentes; “Entendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual. [...] No que tange ao tipo de utilizar “na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (inciso I do § 2º), a própria redação do dispositivo exige que o agente SAIBA que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes [...]. Disponível em: BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (5ª região). Apelação Criminal 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Relator Rogério Moreira. 09 nov. 2008. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf>. Acesso em: 27 out 2017.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Minas Gerais.

Quando do julgamento da Ação Penal n. 470, o Ministro Celso de Mello admitiu a utilização da Cegueira Deliberada e a configuração dos crimes de “lavagem” de valores com dolo eventual na circunstância em que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, com isso, atingir a vantagem pretendida³²⁷.

Adotando posição mais restritiva, a Ministra Rosa Weber entendeu necessária a fixação de critérios para a aplicação da Teoria: (a) a ciência do agente quanto a elevada probabilidade de que bens, direitos ou valores provenham de crimes; (b) o atuar de forma indiferente a esse conhecimento; (c) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.

O Juiz Federal Sérgio Fernando Moro vem reproduzindo nas sentenças da “Operação Lava Jato”, parte de sua obra:

[...] prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e da origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos, quiça, de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta³²⁸.

Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CEGUEIRA+DELIBERADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j5o3n5s>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

³²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280, ago. 2016. (Volume Especial). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104984>>. Acesso em: 27 out. 2017.

³²⁷ Sobre o assunto cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Cegueira Deliberada no julgamento da Ação Penal 470. **Revista Consultor Jurídico**, Direito de Defesa, 30 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³²⁸ MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 54. E-book

Como se percebe, o cenário nacional caminha para a aceitação da Teoria das Instruções do Avestruz, admitindo a configuração dos delitos de “branqueamento” ainda que o agente não tenha pleno conhecimento da origem ou natureza dos bens, direitos e valores provenientes da infração antecedente, sendo suficiente que, tendo ciência da probabilidade da origem espúria, aja de forma indiferente quanto à perpetração do delito.

3.1.3 Pena e efeitos da condenação

A Lei n. 9.613/98 estabeleceu a mesma sanção para todas as modalidades dos crimes de “lavagem”, qual seja, de 3 (três) anos a 10 (dez) anos de reclusão e multa. Tal pena é bem menor do que aquela prevista inicialmente no substitutivo ao Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 209/2003³²⁹, de 3 (três) a 18 (dezoito) anos³³⁰, e manteve enorme elástico entre o patamar mínimo e o patamar máximo. Segundo a Exposição de Motivos do texto original, a razão para este *quantum* de pena mínima está na equiparação da “lavagem” ao crime de tráfico³³¹.

Moro sustenta, invocando o Princípio da Razoabilidade, construção jurisprudencial que evite que a pena de “lavagem” seja superior à pena pelo crime antecedente, flexibilizando as críticas quanto

³²⁹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/58211>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³³⁰ A título de exemplo cita-se que na Alemanha a pena privativa de liberdade é de 3 (três) meses a 5 (cinco) anos; na Itália, o crime de *riciclaggio* comina a pena de 4 (quatro) a 12 (doze) anos e multa, prevendo o ordenamento uma causa especial de diminuição da pena em um terço quando os delitos antecedentes forem punidos com pena de prisão inferior a cinco anos; e, por fim, na Argentina, o crime de *lavado* de dinheiro comina pena de 2 (dois) a 10 (dez) anos de prisão e multa.

³³¹ 36. Quanto à pena mínima (três anos), é importante ter em consideração que, segundo a doutrina penal, em interpretação dos arts. 59 e 61 do Código Penal, o juiz, na aplicação da pena, parte do mínimo legal para aumentá-la em função das circunstâncias judiciais e das causas especiais de aumento. Além da pena mínima guardar correlação com a prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>.

à fixação de única sanção para os crimes de “lavagem”, em detrimento da distinção, gravidade e variação dos crimes antecedentes³³².

Bottini e Badaró lembram que a previsão da mesma pena em abstrato para todas as modalidades de delito guarda coerência na medida em que o bem jurídico tutelado por um e outro é distinto³³³. Em outras palavras, seja qual for a infração antecedente, os crimes de “lavagem” de dinheiro sempre afetarão a Ordem Econômica e Financeira³³⁴.

A pena mínima de três anos não permite a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95, mas permite, em tese, a substituição por pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 44 do Código Penal³³⁵.

Por outro lado, há previsão de causas de aumento da pena, dispostas no § 4º do artigo 1º da Lei de “Lavagem” de dinheiro, se o crime for cometido de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa³³⁶.

³³² MORO, Sérgio. op. cit., 2010, p. 37. E-book

³³³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 208.

³³⁴ Vide 2.1.2.1 desta Dissertação.

³³⁵ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

³³⁶ Lei n. 12.850/2013. Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. A única diferença entre as tipologias nas referidas leis, ambas em vigência, é exclusivamente que a primeira considerava associação criminosa a reunião de 3 (três) ou mais pessoas, enquanto a segunda, que deve ser aplicada, fixou o número mínimo de 4 (quatro) ou mais pessoas.

A pena pecuniária será fixada de acordo com os parâmetros dos artigos 49 e seguintes do Código Penal, sem qualquer outra particularidade.

O artigo 7º da Lei trata dos efeitos da condenação pelos crimes de “lavagem” de capitais e traz peculiaridades em relação àqueles previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal³³⁷. Prevê, inicialmente, a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança. Como a referência é a todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, percebe-se que recai também sobre os ganhos com a infração penal antecedente.

Ainda como efeito extrapenal da condenação, a lei prevê, no artigo 7º, II, pelo dobro da pena de liberdade imposta, a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de direito, de membro de conselho de administração ou da gerência das pessoas jurídicas indicadas no artigo 9º. Por se tratar de penalidade acessória e facultativa, deverá ser motivadamente declarada na sentença, em analogia ao artigo 92 do Código Penal³³⁸.

3.2 SISTEMA ANTILAVAGEM DE DINHEIRO

O sistema antilavagem nacional operacionaliza-se na esfera administrativa, principalmente, em duas frentes: a primeira, composta pelos órgãos de inteligência financeira, notadamente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nos termos dos artigos 14 a

³³⁷ Art. 91. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso [...].

Art. 92. São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [...] Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

³³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., 2017, p. 640.

17 da Lei de “Lavagem”, e demais entes supervisores; a segunda, pelo compartilhamento de responsabilidade e difusão do sistema de gestão de *compliance* (denominado de Mecanismo de Controle no artigo 9º da Lei n. 9.613/98).

Evidentemente, que o êxito no controle dessas atividades sensíveis à “lavagem” não depende exclusivamente dessas duas vertentes, mas, também, por exemplo, de pessoal especializado na prevenção e na repressão, da cooperação nacional e internacional das autoridades judiciais, policiais e financeiras e, para que o dinheiro lavado tenha outro destino que não retroalimentar a atividade criminosa, de um sistema eficiente de recuperação de ativos ilícitos, tanto no Brasil quanto no exterior.

3.2.1 – O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e demais entes reguladores

Por ser um problema que ameaça o mundo de forma generalizada, inúmeros países e organizações internacionais envolveram-se na luta contra a ocultação de ativos, principalmente a partir da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Os países signatários comprometeram-se a tipificar os crimes de “lavagem” de dinheiro, bem como criar agências governamentais, conhecidas mundialmente como Unidades Financeiras de Inteligência – FIU (*Financial Intelligence Unit*), responsáveis pelo seu combate.

No caso do Brasil, a Lei n. 9.613/98 criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)³³⁹, unidade de inteligência

³³⁹ Lei n. 9.613/98, art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. Cf. BRASIL. Decreto n. 9.003, de 13 de março de 2017. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9003.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

financeira do sistema nacional de prevenção, subordinado ao Ministério da Fazenda, cujas finalidades, sem prejuízo da competência de outros órgãos, são: disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nessa Lei.

Por meio da sistemática de obrigatoriedade de comunicação das operações suspeitas disciplinada pelo artigo 11 da Lei n. 9.613/98, o COAF detém rede de informações hábeis a detectar situações suspeitas, que podem configurar condutas típicas de “lavagem” de dinheiro. Na prática, o órgão de inteligência financeira nacional realiza a análise das informações recebidas e confecciona o denominado Relatório de Inteligência Financeira (RIF)³⁴⁰, enviando-o, posteriormente, ao Ministério Público e às Polícias para aprofundamento das investigações, nos termos do artigo 15 da Lei n. 9.613/98³⁴¹.

O COAF também exerce função de órgão regulador e expede instruções referidas no artigo 10 da Lei n. 9.613/98³⁴², destinadas às pessoas obrigadas, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, como as *factoring*, bingos, administradoras de cartões de crédito, loterias e sorteios, bolsas de valores e seus corretores³⁴³.

A partir da listagem das pessoas obrigadas, constante no artigo 9º da Lei de “lavagem”, é possível identificar no patamar de entes supervisores: O Banco Central do Brasil (BACEN) - para os bancos e instituições financeiras não bancárias, incluindo casas de câmbio -, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC), o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) - para o mercado de capitais-, o Departamento da Polícia Federal (DPF), o Departamento de Registro Empresarial e Interação (DREI), o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), a

³⁴⁰ Cf. <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/relatorio-de-inteligencia-financeira-rif>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁴¹ Lei n. 9.613/98, Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

³⁴² Lei n. 9.613/98, art. 14, § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

³⁴³ Cf. Resoluções em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) - seguros e planos de previdência -, e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Para ilustrar, no campo das instituições financeiras, as atividades suspeitas, de acordo com a Carta Circular BACEN n. 3.542/2012³⁴⁴, consistem nas alterações substanciais na rotina bancária, grande atividade por *wire transfer*, operações sem lastro econômico, uso de várias contas simultaneamente, movimentação incompatível com o negócio ou profissão, relações com paraísos fiscais, estruturação de operações com fracionamento de depósitos ou remessas, recusa em informar a origem de recursos ou a própria identidade e inconsistência documental.

Quanto ao BACEN, importante delimitar que, embora seja ente regulador e, portando, expeça os atos para que as operações definidas como suspeitas sejam comunicadas à Unidade de Inteligência Financeira, não é, contudo, um ente obrigado. Quem integra o rol de pessoas obrigadas são as instituições financeiras, a quem cabe conhecer seus clientes, manter atualizados os cadastros e, por consequência, informar as operações suspeitas.

Vale ressaltar, todavia, que pela letra do artigo 10-A da Lei de “lavagem”, o BACEN manterá registro centralizado, formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. O denominado Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) está em vigor desde 2005.³⁴⁵

Cavalcanti agrega, ainda, ao COAF, além da prevenção e regulação, a função repressiva, afirmando que a atividade do aludido órgão não difere, em fundamento, daquelas desenvolvidas pelos demais órgãos envolvidos na persecução aos crimes de “lavagem” de dinheiro. Segundo o autor, as unidades de informações financeiras foram criadas para o fim específico de combate aos crimes de “lavagem” de dinheiro, de modo que, para tanto, coletam e processam informações para que sejam distribuídas às autoridades competentes. Nesse sentido, afirma a possibilidade de os Relatórios de Informação Fiscal (RIFs) serem incorporados aos cadernos apuratórios criminais, em contraposição ao

³⁴⁴ BACEN. Carta Circular n. 3.542/2012. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=C_Circ&ano=2012&numero=3542. Acesso em: 23 nov. 2017.

³⁴⁵ Cf. <<http://www.bcb.gov.br/pre/portalCidadao/cadsis/ccs.asp?idpai=PORTALBCB>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

que denomina “[...] equívoco grave e insistente do corpo técnico do COAF, persistir em orientar, ademais por escrito, a não utilização dos relatórios e informes como prova”³⁴⁶.

A construção doutrinária realizada pelo Procurador da República José Robalinho Cavalcanti parece ter objetivo claro, qual seja, insurgir-se com relação à impossibilidade, segundo o corpo técnico do COAF, de juntar o RIF aos inquéritos policiais ou Procedimentos Investigatórios Criminais (PIC). A questão, todavia, restou resolvida pela Recomendação n. 4/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabeleceu diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público Brasileiro, dos dados oriundos dos Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Embora sem caráter cogente, mas revelando a consagração de um entendimento, o artigo 6º expressamente consignou que todos os RIFs devem ser autuados em caderno apenso ao procedimento apuratório, com observância das normas de tramitação sigilosa dos dados.³⁴⁷

O artigo 16 da Lei de “Lavagem” determina a composição do COAF, que terá seu presidente nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Fazenda, por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados pelo mesmo Ministro, abrangendo agentes públicos do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado.³⁴⁸

³⁴⁶ CAVALCANTI, José R. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 150.

³⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 4, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.cntp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_04-2017_-_PEP_05-2017_-_assinada.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

³⁴⁸ O Decreto n. 2.799/1998, alterado pelo Decreto n. 5101/2004, aprovou o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, aprovado pelo Decreto n. 2.799, de 8 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2799.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

3.2.2 O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)

A estratégia de combate à “lavagem” é dirigida à prevenção e à repressão da “ocultação de ativos”, estando incluída neste conjunto de ações a retirada do produto ilícito, bem como do perdimento do patrimônio adquirido de forma ilegal.

Nesse contexto, papel importante é destacado ao Departamento de Cooperação Jurídica Internacional e de Recuperação de Ativos (DRCI), criado em 2003, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.³⁴⁹ Consiste no primeiro Órgão cuja atividade fim é recuperar, principalmente no exterior, recursos provenientes de atividades criminosas, além de atuar como autoridade central do sistema de cooperação internacional na quase totalidade dos tratados bilaterais e multilaterais de caráter penal, firmados pelo Brasil, com exceção do acordo Brasil-Portugal, caso em que a autoridade central é o Centro de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria Geral da República. Esse Departamento colabora com os órgãos de persecução criminal e com as demais entidades encarregadas de recuperação de ativos para a efetividade de medidas de recuperação do patrimônio da União Federal e de seus entes.

Além dessa função, outras duas têm relevância quando o assunto é o sistema nacional antilavagem: a) articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e o Ministério Público para o enfrentamento da corrupção, da “lavagem” de dinheiro e do crime organizado transnacional, inclusive no âmbito da ENCCLA; b) coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro - Rede-Lab.³⁵⁰

³⁴⁹ BRASIL. Decreto n. 9.150, de 4 de setembro de 2017. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE Decreto Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9150.htm#art12>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁵⁰ BRASIL. Decreto n. 9.150, de 4 de setembro de 2017. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das

A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi criada em 2003, em Pirenópolis (GO), a partir da reunião de autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público, com objetivo de adotar atuação coordenada para prevenção e combate à “lavagem” de capitais. Mais tarde, em 2007, passou a incluir o combate à corrupção entre seus objetivos centrais.

A ENCCLA, coordenada pela Secretaria Nacional de Justiça³⁵¹, órgão do Ministério da Justiça, embora não seja instância decisória ou executiva, “[...] notadamente em um País e em uma máquina pública com a extensão da brasileira, vem permitindo um progresso nas ideias e iniciativas em “lavagem” de dinheiro que dificilmente seria de outra forma obtido”³⁵².

Como produto da ENCCLA, foram elaboradas 32 Metas a serem cumpridas no ano de 2004 pelos órgãos que formam o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. As Metas referem-se à apresentação de projetos de mudanças na legislação brasileira, à elaboração de sistemas de informação e banco de dados para auxílio dos agentes públicos que atuam no combate à “lavagem” de dinheiro, à criação de cursos de capacitação e treinamento relacionados ao tema e à ampliação da coordenação internacional.

Em execução à Meta 16, da ENCCLA, o primeiro Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD) foi criado, em 2007, por meio de cooperação técnica firmada entre o Ministério da Justiça e o Banco do Brasil, no âmbito da DRCI.³⁵³

Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPEDecreto Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9150.htm#art12>.

³⁵¹ Vide atribuição da Secretaria Nacional de Justiça no art. 11 do Decreto n. 9.150/2017: II - coordenar, em parceria com os órgãos da administração pública, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA e outras ações do Ministério relacionadas com o enfrentamento da corrupção, da “lavagem” de dinheiro e do crime organizado transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9150.htm#art11>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁵² CAVALCANTI, José Robalinho. op. cit., 2013, p. 140.

³⁵³ A Meta 16 da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA 2006) previa a implantação de laboratório modelo para

Com o desenvolvimento de metodologia avançada, a DRCI iniciou, em 2009, a replicação do modelo para outros órgãos estaduais e federais, criando, por meio de Acordos de Cooperação Técnica, a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (RedeLab).³⁵⁴

Instituída, oficialmente, pela Portaria n. 242, de 29 de setembro de 2014³⁵⁵, a Rede-Lab tem como principais características o compartilhamento de experiências, técnicas e soluções voltadas para a análise de dados financeiros e para a detecção da prática da “lavagem” de dinheiro, corrupção e crimes relacionados.

O Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), no ano de 2015, em cumprimento a Meta n. 16 da ENCCLA, firmou o Termo de Cooperação Técnica n. 65 e implementou o Laboratório Técnico de Lavagem de Dinheiro.

3.2.3 Mecanismo de controle: obrigações de *criminal compliance*

O desenvolvimento de novas tecnologias de informática e a facilidade de acesso à rede mundial de computadores são fatores que após terem sido incorporados ao *modus operandi* da criminalidade econômica, trouxeram novos paradigmas de proteção penal. Nesse contexto, o *criminal compliance* apresenta-se como estratégia do sistema antilavagem, que consiste na transferência subsidiária a determinadas pessoas físicas ou jurídicas da vigilância em relação àqueles atos que possam constituir “lavagem” de dinheiro.

Na lição de Lima, *compliance*:

[...] é o conjunto de regras jurídicas que impõe aos sujeitos expressamente nela listados duas obrigações em essência: I) a de instruir filtros em suas atividades cotidianas, consistentes em controles sobre movimentação financeira de bens e serviços, de seus clientes, funcionários e sócios, de modo a perceber indícios do uso de sua

a aplicação de soluções de análise tecnológica, em grandes volumes de informações e para a difusão de estudos sobre as melhores práticas em hardware, softwares e a adequação de perfis profissionais.

³⁵⁴ Fonte: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/laboratorio-de-tecnologia-contra-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁵⁵ Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=275259>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

profissão ou indústria para a transformação de bens econômicos de origem ilícita em bens econômicos aparentemente lícitos; II) a de comunicar às autoridades responsáveis a ocorrência desses indícios.³⁵⁶

Passando a exigir maior colaboração das entidades particulares, então, o Estado impôs, inicialmente, ao sistema bancário, e após, a outros ramos, a obrigação de coadjuvar com a persecução penal, comunicando às autoridades competentes transações que ultrapassem o limite estabelecido ou operações que possam construir-se em indícios de “lavagem”.

Como afirma Marco Antonio de Barros, nessa lógica do enfrentamento preventivo compete aos sujeitos, em síntese: a) promover a identificação dos clientes; b) manter os registros das operações e transações; c) efetuar as comunicações necessárias à autoridade administrativa competente.³⁵⁷

Esse sistema de compartilhamento no combate às atividades ilícitas, que atua na fase anterior ou concomitante à ocorrência do crime, estendida às pessoas físicas ou jurídicas privadas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória as listadas no artigo 9º da Lei n. 9.613/98, está amparado pelo artigo 144 da CFRB/88³⁵⁸, na medida em que esse estabelece ser a segurança pública dever do Estado e, também, direito e responsabilidade de todos.

³⁵⁶ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações do Compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 61. Conforme Pierpaolo Cruz Bottini: “São diversos os modelos de *compliance*, mais ou menos abrangentes ou estruturados de acordo com o setor e com a complexidade das atividades da empresa. Há setores de *compliance* voltados para assegurar o cumprimento de normas trabalhistas, outros direcionados à regulação tributária, ambiental, do consumidor, etc. Nesse contexto, surge o *criminal compliance*. BOTTINI, P. C. O que é *compliance* no âmbito do Direito Penal? **Revista Consultor Jurídico**, 30 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁵⁷ BARROS, Marco Antonio de. op. cit., 2017, p. 200.

³⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Além disso, justifica-se porque determinados setores da economia, pela proximidade que têm com seus clientes, possuem maiores condições de detectar operações ilícitas.

A adesão pelos particulares ocorre, então, seja pelo temor às medidas administrativas, seja pelo risco de ver a reputação do estabelecimento envolvido em práticas criminosas, o que pode gerar “[...] perda em potencial na reputação, que poderia levar à publicidade negativa, perda do rendimento, litígios caros, declínio na base de clientes e falência”³⁵⁹.

Dessa forma, a motivação para a ação compartilhada – risco de efeitos patrimoniais negativos e eventual abalo reputacional – vem ao encontro da necessidade de o Estado suprir sua incapacidade de rastrear sozinho todo o dinheiro “sujo”, apenas com a utilização dos métodos tradicionais.

Como alerta Cardoso:

Por certo, não se pretende mediante esse raciocínio esvaziar as funções do Estado, sendo evidente que a segurança pública é aprioristicamente de responsabilidade pública e assim deve permanecer, diferentemente disso, tratar-se-ia de permitir ao Poder Público, diante dos novos desafios surgidos em razão da criminalidade do poder, alcançar meios alternativos para atingir com maior sucesso seus fins.³⁶⁰

Nessa linha, a Lei n. 9.613/98 listou, no artigo 9º, *caput* e parágrafo único, as espécies de atividades sujeitas a obrigações administrativas e fiscalização permanente por parte da correspondente pessoa física ou jurídica, que fica obrigada a comunicar ao COAF as

³⁵⁹ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. op. cit., 2013. p. 63.

³⁶⁰ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 134. No mesmo sentido: “Em outras palavras, é absolutamente equivocado, senão injusto, pretender-se dar resposta clássica a uma criminalidade como, hoje, se mostra a econômica. Empresa e indivíduo, portanto, devem ser pensados em termos sucessivos. Nunca de forma independente”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 979, 2017, p. 31 – 52, maio 2017. DTR\2017\1045.

operações suspeitas, para posterior investigação, se for o caso, da situação evidenciada.

Além das instituições financeiras, as bolsas de valores e de mercadorias e futuros, as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização, as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito compõe o rol. Da mesma forma, estão sujeitas as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços, as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*), as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado, as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades, entre outras.

Efetuada a comunicação, as pessoas obrigadas não devem dar ciência ao cliente³⁶¹ e assim também agirem quando fornecerem informações em atendimento às requisições do COAF.³⁶²

Esses chamados setores mais sensíveis à “lavagem” têm obrigação, também, de identificar seus clientes, além da criação e manutenção de cadastro e registros atualizados desses e das transações que ultrapassem os limites fixados pela autoridade competente³⁶³.

Especial cautela, merecem, na esfera das medidas batizadas de “conheça seu cliente”, as pessoas politicamente expostas que se utilizam dos serviços desses entes obrigados a prestar informações.³⁶⁴

³⁶¹ Lei n. 9.613/98. Art. 11, II deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização.

³⁶² Lei n. 9.613/98. Art. 10, V deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

³⁶³ Lei n. 9.613/98. Art. 10. I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

³⁶⁴ O BACEN editou a Carta Circular n. 3.654, de 27 de março de 2013, em que trata das “Pessoas Politicamente Expostas”. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arq>

Para que possam cumprir com as referidas obrigações, deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, denominados pela Lei de Mecanismo de Controle e, pela doutrina, de *criminal compliance*.³⁶⁵

O Brasil, embora tenha aderido à implementação dos programas de integridade na Lei de “lavagem”, não fez como alguns países que criaram e incrementaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, fixando como parâmetro para a diminuição da pena a existência de sistemas de *compliance* eficazes, como ocorreu na Espanha por exemplo.³⁶⁶

[uivo=/Lists/Normativos/Attachments/48975/Circ_3654_v1_O.pdf](#)>. Acesso em: 25 nov. 2017. Igualmente o COAF editou a Resolução COAF n. 29, de 7 de Dezembro de 2017. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas reguladas pelo COAF, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, relativamente a pessoas expostas politicamente. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/resolucao-coaf-no-29-de-7-de-dezembro-de-2017>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁶⁵ Lei n. 9.613/98. Art. 10, III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes. “Dentro do âmbito de medidas e esforços intrassocietários direcionados a prevenir descumprimentos da legislação penal, a implantação de sistemas de *whistleblowing* é uma ferramenta cada vez mais comum nos programas de *criminal compliance*. Os sistemas de *whistleblowing* tratam dos canais de recebimento de informes e delações da prática de irregularidades, ilegalidade e crimes praticados dentro e fora das organizações empresariais. A expressão *whistleblowing* designa o ato de informar o cometimento de um ilícito. Aquele que ‘denuncia’ é chamado de *whistleblower*, isto é, a pessoa que ‘assopra o apito’, delatando a irregularidade perpetrada”. LOBATO, José Danilo T. Notas críticas acerca da relação entre *criminal compliance* e *whistleblowing*. **Boletim IBCCRIM**, n. 275, v. 23, 2015, p. 4. Cf. CASTILHO, Diego G. *Whistleblowing*: principais características e vantagens - o que o Brasil está efetivamente perdendo? In: BARBUGIANI, Luiz Henrique S. (coord.). **Corrupção como fenômeno suprallegal**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 73-97.

³⁶⁶ Lei orgânica n. 5/2010. Novo Código Penal espanhol (reformado pela Lei Orgânica n. 5/2010), em vigor desde 24 dez. 2010: Art. 31 bis. Cf. FURTADO, Regina H. F. F. A importância do Compliance no novo direito Penal Espanhol. **Boletim IBCCrim**, ano 20, n. 235, jun. 2012, p. 11-12.

Essas obrigações não se confundem com os controles e auditorias internos. Os controles e auditorias internas são realizados periodicamente por empresas que buscam elevar o desempenho no mercado, enquanto o *compliance* faz parte da rotina diária e possui um responsável determinado, o *chief compliance officer*, que detém o poder de tomar as decisões vinculadas aos deveres impostos pela Lei.

Zapater ressalta a ambiguidade dessa função que, em um ambiente marcado pela lucratividade e competitividade, deve exercer a vigilância e atividades investigativas originais do Estado.³⁶⁷

Nesse contexto, a rotina do *compliance officer* está permeada pela necessidade de equilíbrio entre o perfil empreender e arrojado na defesa dos interesses da instituição que faz parte e, paralelamente, manter-se atento às operações suspeitas, sem falar nas dificuldades de estabelecer parâmetros e critérios mínimos para identificar essas últimas.

A Resolução BACEN n. 4.595/17, que regulamentou a política de conformidade das instituições financeiras, trouxe, em seu artigo 5º, II, a necessidade de ser definida a divisão de responsabilidades das pessoas envolvidas no desempenho da função. Isso para que sejam evitados possíveis conflitos de interesses, principalmente com as áreas de negócios das instituições.³⁶⁸

Sob essa perspectiva, a referida Resolução trouxe reflexos quanto à autoria e ao dolo na esfera penal. Em especial, quanto à figura do garante, nos termos do artigo 13, II, do Código Penal. Isso porque, os prejuízos podem ultrapassar a esfera das multas e colocar, ainda, o *compliance officer* na posição de coautoria, já que é um garante, conforme abordado no voto Joaquim Barbosa.³⁶⁹

³⁶⁷ ZAPATER, Enrique B. **Compliance y derecho penal**. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 17. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Compliance_y_derecho_penal.htm?id=TSFNXwAACAAJ&redir_esc=y. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁶⁸ BACEN. Resolução n. 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>. Sobre o assunto cf. CARDOSO, Débora M. Compliance das instituições financeiras e a nova regulação do BACEN. **Compliance Review**, 12 dez. 2017. Disponível em: <<http://compliancereview.com.br/regulacao-instituicoes-financeiras-bacen/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência, p. 55024 – 55025. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2>

A fim de identificar modelos que espelhem a realidade dinâmica da “lavagem” de dinheiro e, em certa medida, para diminuir a carga de subjetividade imposta aos obrigados na identificação de operações suspeitas, o COAF criou uma tipologia de crime e seus respectivos sinais de alerta.³⁷⁰

Ciente de que nem sempre será possível identificar com clareza as suspeitas - afinal não raras vezes a fraude não estará escancarada a ponto de não deixar margem ao *compliance officer* - a Lei n. 9.613/98 prevê, no artigo 11, § 2º, a isenção da responsabilidade civil e administrativa no caso da comunicação de boa-fé.

A apuração de infrações administrativas atribuídas a pessoas físicas ou jurídicas sob a ação fiscalizadora do COAF dá-se por meio de processos administrativos punitivos (PAP), conduzidos na forma prevista nos artigos 14 a 23 do Decreto n. 2.799, de 8 de outubro de 1998³⁷¹, bem como nos Capítulos III a VI da Portaria MF n. 330, de 18 de dezembro de 1998³⁷².

8CEGUEIRA+DELIBERADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j5o3n5s>. Acesso em: 15 nov. 2017. Em sentido contrário: “Em se admitindo 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*” GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: **XXI Congresso Nacional do COMPEDI**, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 75 – 102, p. 92.

³⁷⁰ CASOS E CASOS: Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro/Ministério da Fazenda, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Brasília: COAF, 2016. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/livro_publicacao-casos-e-casos-coaf_final_web1-3.pdf>. Sobre o assunto também cf. BLANCO CORDERO, Isidoro. La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 15, diciembre 2001, p. 7 – 38, p. 30. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174323/Eguzkilore+15-3.+BLANCO.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁷¹ BRASIL. Decreto n. 2.799. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2799.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁷² Informação disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links->

Como pena administrativa às pessoas referidas no artigo 9º da Lei n. 9.613/98, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas, serão aplicadas, de forma cumulativa ou não, pelas autoridades competentes, sanções como advertência, multa pecuniária, inabilitação temporária pelo prazo de até dez anos para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas indicadas e a cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento.

A pena de advertência, a menos grave das sanções, é aplicada às pessoas referidas no artigo 9º, por irregularidade no descumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do artigo 10, quais sejam: identificação dos clientes e manutenção de cadastro atualizado; registro de todas as transações em moeda nacional e estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de créditos, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente.

Relevante, a multa de até R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) contida no artigo 12, II, c, da Lei, aplicável na hipótese de dolo ou culpa, sempre que as pessoas obrigadas deixarem de sanar as irregularidades do objeto de advertência, no prazo estabelecido; não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do artigo 10 da Lei; deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do artigo 10 (atender as requisições formuladas pelo COAF na periodicidade e formas por ele estabelecidas); descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o artigo 11.

Por sua vez, a inabilitação temporária, pelo prazo de até 10 (dez) anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas referidas no artigo 9º, será aplicada quando verificados fatos graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes da Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. Nesse ponto, o problema que se apresenta é que a Lei não trouxe o conceito de fatos graves, abrindo espaço para a subjetividade nessa aferição.

Por fim, a cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena de inabilitação temporária.

O *criminal compliance* ainda constitui um tema novo no Brasil, mas já sinaliza a necessidade de mudança de postura das pessoas

jurídicas, a fim de prevenir riscos e a responsabilização penal da empresa e das pessoas físicas que a compõe, e, paralelamente, dos órgãos de persecução, que precisam dispor dos novos meios de prova postos à disposição com foco nos vetores da eficiência e do respeito aos direitos e garantias individuais.

3.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DESTACADOS

O *modus operandi* marcado por atos que ignoram as fronteiras, pluralidade de agentes, utilização da estrutura empresarial para neutralizar as ações, hierarquia e compartimentação, rotinas de segredo, linguagem cifrada e destruição das provas, implicaram mudanças não só no aspecto material, mas, também, nas normas processuais que se propõe ao enfrentamento dessa espécie de criminalidade.

Neste aspecto, com vista à abordagem do terceiro Capítulo, serão destacados três pontos: as técnicas especiais de investigação, as medidas assecuratórias e os aspectos procedimentais específicos da ação penal relativa aos crimes de “lavagem” de dinheiro.

3.3.1 Técnicas Especiais de Investigação

Os meios de prova tradicionais logo se revelaram inúteis frente à complexidade das técnicas utilizadas pela macrocriminalidade. Assim, a rotineira prova testemunhal, o interrogatório e a juntada de documentos cederam espaço às chamadas Técnicas Especiais de Investigação (TEIs).

A expressão foi utilizada na Convenção da Organização das Nações Unidas contra o crime organizado, no artigo 20³⁷³, e,

³⁷³ Art. 20. Técnicas especiais de investigação: I. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado-Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

posteriormente, referida no artigo 50, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção³⁷⁴.

A partir desses marcos legislativos, as TEIs podem ser conceituadas como procedimentos sigilosos de investigação utilizados para a colheita de provas da materialidade e da autoria dos crimes praticados por organizações criminosas, aqui utilizada em *sentido latu*.

Vladimir Aras traz o conceito a partir do qual é possível extrair as principais características dessa modalidade probatória:

[...] são as ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para a apuração e persecução de crimes graves, que exijam o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais, que se baseiam normalmente em prova documental ou testemunhal.³⁷⁵

Com evidente natureza jurídica de meios de obtenção de prova³⁷⁶, as TEIs apresentam as características de serem sigilosas, destinam-se à apuração de crimes graves e, em regra, postergam o contraditório para depois da colheita.

³⁷⁴ Art. 50. I. A fim de combater eficazmente a corrupção, cada Estado Parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno e conforme as condições prescritas por sua legislação interna, adotará as medidas que sejam necessárias, dentro de suas possibilidades, para prever o adequado recurso, por suas autoridades competentes em seu território, à entrega vigiada e, quando considerar apropriado, a outras técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica ou de outras índoles e as operações secretas, assim como para permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais. BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³⁷⁵ ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 505.

³⁷⁶ Cf. ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada e devida investigação criminal. In: **Polícia judiciária no estado de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155-161.

Embora a designação “crime grave” não possua conceito jurídico, a Convenção de Palermo oferece referencial teórico quando se refere às infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não seja inferior a 4 (quatro) anos.³⁷⁷

O desconhecimento por parte do investigado, que marca os traços de sigilo e clandestinidade, é essencial para a coleta da prova que só é encontrada nos bastidores e ainda permite que os órgãos de persecução, em alguns casos, se antecipem interceptando o *iter criminis*.³⁷⁸

O contraditório diferido, embora cause discordâncias, faz-se necessário para dar concretude à aptidão de sigilo antes referida. Note-se que não haverá ausência de contraditório, o que é uma disposição Constitucional (sem menção ao momento), apenas esse será garantido em momento posterior.

Não existe rol taxativo dessas técnicas, sendo possível, a partir do Ordenamento Brasileiro, citar a quebra de sigilo fiscal (Lei complementar n. 104/2001), a quebra sigilo financeiro (Lei Complementar n. 105/2001), a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/2006), a escuta ambiental, a ação controlada e a infiltração de agentes (Leis n. 9.613³⁷⁹ e 11.343/2006³⁸⁰, 12.850/2013³⁸¹), além da

³⁷⁷ Art. 2º, b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior. BRASIL. Decreto n. 5015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁷⁸ Cf. ANSELMO, Márcio Adriano. op. cit., 2017, p. 149-154.

³⁷⁹ Art. 4º B. A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸⁰ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem

delação premiada (Leis n. 7.492/86³⁸², 8.072/90³⁸³, 9.807/99³⁸⁴, 9.613/98, 11.343/2006³⁸⁵ e 12.850/2013³⁸⁶).

prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸¹ Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. § 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada. § 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. § 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á autocircunstanciado acerca da ação controlada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸² Art. 25. § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸³ Art. 8º Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

³⁸⁵ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25 nov. 2017.

Especificamente com relação à Lei de “Lavagem”, existem duas menções rápidas às TEIs. Uma delas que se refere à ação controlada, no artigo 4º-B, e outra, quando trata dos critérios de aplicação da pena, relativa à colaboração premiada (art. 1º, § 5º).

Segundo artigo 4º-B da Lei n. 9.613/98, “a ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações”.

Em outras palavras, relativiza-se a regra do artigo 301 do Código de Processo Penal (CPP), segundo o qual os policiais são obrigados a prender em flagrante, e retarda-se a intervenção, mantida a observação e acompanhamento do fato ilícito, a fim de que a prisão se concretize no momento “ótimo” à colheita das provas.

A colaboração premiada, por sua vez, segue o caminho de premiar o arrependimento e o auxílio. Com o incremento da macrocriminalidade, o ordenamento pátrio evoluiu da previsão da mera atenuante de pena decorrente da confissão espontânea (art. 65, III, *d* do Código Penal), passando a recompensar o autor, coautor ou partícipe que colabore com a aplicação da lei em troca de alguma retribuição.

Isso porque, a característica de “mosaico” – “montado a partir de várias fontes diversas, para permitir chegar-se a uma conclusão”³⁸⁷ - da prova colhida em sede dos crimes de “lavagem” tornou a investigação complexa e dispendiosa. A negociação revela-se, então, útil e valiosa na medida em que, não raras vezes, só com a “informação que vem de dentro” é possível alcançar o sucesso do desmantelamento da prática criminosa.

[...] O detalhe relevante é que praticamente não há como descobrir essa forma sofisticada de lavagem de dinheiro sem que alguém de dentro do esquema abra o jogo, daí a importância do regramento que

³⁸⁶ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³⁸⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proteção de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 170. Cf. TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.

permite promover acordos de delação/colaboração premiada nesse nicho de crime organizado.³⁸⁸

Parte da doutrina diferenciava a ‘colaboração premiada’ da ‘delação premiada’ afirmando que a primeira ocorre quando não há delação de terceiros, enquanto a segunda exige que se apontem comparsas do crime³⁸⁹. Atualmente, a distinção não se justifica, uma vez que a Lei n. 12.850/2013 denomina a Colaboração Premiada como conduta do réu que adere às investigações de crimes praticados por organizações criminosas, regulamentando o procedimento. Além disso, a Lei de “lavagem” desde sua versão inicial utilizou o verbo colaborar.³⁹⁰

³⁸⁸ CHEMIN, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho**. Porto Alegre: CDG, 2017. p. 121. No mesmo sentido: “O caráter multiforme do crime organizado não repercutiu apenas no plano material, pois também no processo penal a tendência verificada, sobretudo na última década, é para que se desenvolvam estratégias diferenciadas para regulamentar com mais eficácia a obtenção da prova e o tratamento dispensado aos investigados e acusados pela prática de infrações relacionadas à criminalidade organizada, na busca da eficiência penal. Tal orientação foi motivada igualmente pela constatação de que os instrumentos processuais tradicionais para a apuração da criminalidade individualizada não se mostram suficientes para o tratamento do fenômeno da criminalidade organizada, que, em razão de suas características peculiares, tem comprometido a atividade estatal de persecução criminal”. SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

³⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, v. 6, n. 34, p. 18-19, out./nov. 2005. Também disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12208-12208-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³⁹⁰ Importante aqui pontuar, suscitadamente, a diferença entre a colaboração premiada e *whistleblower*: “O instituto não se confunde com a chamada delação premiada, prevista em diversas leis brasileiras. A delação premiada é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato processual. Ao contrário do delator, o agente *whistleblower* não está envolvido na organização criminosa. É um terceiro sabedor de informações relevantes, seja por decorrência do exercício direto do seu trabalho, seja por razões eventuais”. OLIVEIRA, J. M. F. **A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2015 (Texto para Discussão n. 175). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 nov. 2017.

A mudança de nomenclatura objetivou, também, afastar críticas acerca do instituto, por alguns desprezado, segundo o argumento de que incentiva a traição e a deslealdade.³⁹¹

O STF afastou a controvérsia acerca da inconstitucionalidade do instituto ainda em 2015, oportunidade em que os Ministros, por unanimidade, reconheceram que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova constitucionalmente admitido no Direito pátrio.³⁹²

A previsão da colaboração premiada está especificada no § 5º do artigo 1º da Lei 9.613/98, no qual é autorizada a redução da pena, de um a dois terços, e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se, ainda, ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, ao colaborador que espontaneamente auxiliar, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Questão que se apresenta ainda não definida pela doutrina e jurisprudência, e que de certa forma antecede à análise dos requisitos à concessão do benefício, consiste na aplicação das disposições relativas à colaboração premiada constantes na Lei n. 12.850/2013 que definiu “organização criminosa”, já que, além de mais recente, apresenta-se de forma mais abrangente e completa.³⁹³

³⁹¹ Sobre as críticas ao instituto cf. CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009; AMARAL, Augusto J. do; GLOECKNER, Ricardo J. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 25, n. 128, p. 65- 89, mar. 2017.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 127.483/PR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27 ago. 2015. DJE, Brasília, 4 fev. 2016.

³⁹³ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de

eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. § 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações. § 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. § 15. Em todos os atos de

Mendroni diz que as disposições da Lei que definiu organização criminosa devem ser aplicadas no caso de acusação a integrantes de organização criminosa com imputações de “lavagem” de dinheiro, que se prontifique a estabelecer um acordo de delação.³⁹⁴

Numa postura mais abrangente, Marco Antonio de Barros afirma que nos casos de “lavagem”, com fulcro na interpretação analógica (CPP, art. 3º), deve-se aplicar também o regramento estabelecido pela Lei que define organização criminosa, independentemente de haver conexão com esse crime.³⁹⁵

Rosa atenta quanto ao silêncio da legislação acerca das etapas e procedimentos de uma negociação que culmine da colaboração premiada, aduzindo que existe um “[...] trajeto estratégico, em que o comportamento racional dos envolvidos possa ser induzido pelo ambiente normativo/negocial”³⁹⁶.

O *déficit* legislativo parece indicar, com maior justificativa, a possibilidade de aplicação do procedimento regulamentado pela Lei das organizações criminosas também aos demais delitos que permitam o benefício, entre eles, a “lavagem”. Isso porque na Lei n. 9.613/98 não há qualquer menção ao procedimento a ser adotado na negociação nem aos direitos do Colaborador, por exemplo.

Posterga-se, todavia, a análise mais detalha a respeito da aplicação e sobreposição dessa legislação para o terceiro Capítulo, oportunidade em que se pretende verificar se a colaboração premiada, da forma posta, constitui incentivo ao rompimento do silêncio e, por consequência, estratégia rumo à efetividade da persecução penal.

negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor. § 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

³⁹⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 126.

³⁹⁵ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas**. 5. ed. São Paulo: Juruá. 2017, p. 95.

³⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 20.

3.3.2 Medidas assecuratórias

Tradicionalmente as sanções de natureza penal sempre tiveram mais atenção e as medidas patrimoniais foram relegadas ao segundo plano. Todavia, atualmente, essas ganharam projeção, porque cada vez mais evidente que a macrocriminalidade, como qualquer empresa, existe e sobrevive às próprias pessoas que as integram. Assim, o estrangulamento da atividade só ocorrerá com a retirada dos meios que permitem o desenvolvimento das práticas ilícitas.

Daí exsurge a conclusão de que a recuperação de ativos é ferramenta fundamental no combate a certas espécies delitivas “[...] sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios”³⁹⁷.

Nas afirmações de Marco Antonio de Barros, entre as principais finalidades da Lei de “lavagem” estão as medidas assecuratórias, “[...] instrumentos legais necessários à recuperação de ativos “sujos”, de bens e direitos, que tenham sido obtidos por criminosos mediante práticas delituosas”³⁹⁸.

Nos termos do artigo 4º da Lei n. 9.613/98, o juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. Ainda, pelo § 4º do referido artigo, as medidas assecuratórias poderão recair sobre bens, direitos ou valores objetivando a reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Pela leitura conjugada dos dispositivos, possível concluir que as medidas assecuratórias recairão sobre: a) bens de natureza ilícita, ou seja, instrumento, produto ou proveito dos crimes de “lavagem” ou das infrações antecedentes; b) bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista na Lei de

³⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., 2017, p. 579.

³⁹⁸ BARROS, Marco Antonio de. op. cit., 2013, p. 113.

“lavagem” ou, ainda, para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas processuais.

No Código de Processo Penal, o sequestro (CPP, arts. 125 a 132) é o instrumento hábil a assegurar o cumprimento dos efeitos da condenação, consistentes na perda dos instrumentos e produtos do crime. Por sua vez, as medidas cautelares patrimoniais que visam à reparação do dano causado pelo delito são a hipoteca legal (CPP, arts. 134 e 135), o arresto de bens imóveis, prévio à especialização e registro da hipoteca legal, (CPP, art. 136), e o arresto subsidiário de bens móveis (CPP, art. 137)³⁹⁹.

Nesses termos, Bottini e Badaró sintetizam o quadro das medidas cautelares patrimoniais admissíveis no âmbito da lei de “lavagem”:

1) o sequestro do Código de Processo Penal, a incidir sobre bens, direitos e valores que sejam produto direto ou indireto da infração penal antecedente ou do crime de lavagem (art. 4º, *caput*), visando assegurar o efeito da condenação penal consistente na perda do produto direto ou indireto da infração (art. 7º, *caput*, da Lei 9.613/98 cc art. 91, *caput*, II, *b*, do CP); 2) o sequestro subsidiário de “bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime”, previsto no § 2º do art. 91 do CP, para assegurar o efeito da condenação da perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime (art. 91, § 1º, do CP); 3) a inscrição e registro da hipoteca legal, para assegurar o efeito da condenação penal consistente em tornar certo o dever de reparar o dano (art. 4º, § 4º, da Lei 9.613/98 cc art. 91, *caput*, I, do CP); e, com esse mesmo objetivo, 4) o arresto.⁴⁰⁰

³⁹⁹ BRASIL, Lei n. 9613, de 3 de março de 1998. Art. 17-A. Aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), no que não forem incompatíveis com esta Lei. (Incluído pela Lei n. 12.683, de 2012)

⁴⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 343. Perceba-se que os autores defendem, acertadamente, a posição de que o sequestro de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime, previsto no § 2º do art. 91 do Código Penal, acrescido pela Lei n. 12.964/92, é cabível no âmbito dos crimes de “lavagem” de dinheiro.

Ainda que não constante no rol das medidas assecuratórias do CPP, a busca e apreensão também se revela como importante instrumento de combate à “lavagem” de dinheiro, especial para alcançar o produto e os instrumentos do crime (CPP, art. 240, § 1º, alíneas “b” e “d”).

Mendroni ressalta a inversão do ônus da prova constante no § 2º do já referido artigo 4º⁴⁰¹, dizendo que se trata de “[...] entregar ao acusado o ônus de comprovar a licitude dos bens”⁴⁰², em qualquer momento processual, mas desde que compareça pessoalmente”.

Dessa forma, a medida vem em socorro ao autor da ação penal, a quem seria praticamente impossível comprovar a origem ilícita dos valores e bens que compõe um patrimônio adquirido ao longo da atividade criminosa do agente e que, quase sempre, estrategicamente, estão mesclados com aqueles adquiridos legitimamente.

A Lei também prevê a alienação antecipada, sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação ou, ainda, quando houver dificuldade para sua manutenção⁴⁰³ e, ainda, possibilita que possam ser destinados ao uso dos órgãos de repressão penal, Ministério Público e Polícia.⁴⁰⁴

Pelo que se percebe, o objetivo da redação dos dispositivos que ocupam detalhada e minuciosa disciplina na Lei é operacionalizar, da forma mais eficaz possível, a retirada dos bens das mãos dos criminosos,

⁴⁰¹ Art. 4º, § 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. § 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o *caput* deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

⁴⁰² MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 153.

⁴⁰³ Art. 4º, § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

⁴⁰⁴ Art. 4º, § 12. O juiz determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades a que se refere o **caput** deste artigo. Em sentido contrário cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 406.

evitando que o “lavador” desfrute dessas vantagens e, o que é mais danoso, reintroduza na atividade criminosa.

3.3.3 Procedimentos

Reservou-se para o Capítulo II da Lei n. 9.613/98 o que se denominou de Disposições Processuais Especiais, alertando que se aplicam, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal no que não forem incompatíveis com esta Lei. Pelo teor do artigo 2º, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei dos crimes de “lavagem” de dinheiro obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular.

A Lei brasileira contemplou tanto a autonomia material, quanto a autonomia processual. Quanto a esta última, equivale dizer, que o processo e julgamento dos crimes de “lavagem” de dinheiro independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticadas em outro país, cabendo a decisão sobre a unidade do processo e julgamento ao juiz competente, observadas as regras processuais sobre competência, conexão e continência.

Sendo a ação penal que apura os crimes de “lavagem” de dinheiro de natureza pública incondicionada (CP, art. 100), a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente⁴⁰⁵. Embora a expressão “indício” possibilite alguns questionamentos, possível se socorrer ao conceito trazido pelo artigo 239 do CPP: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

A fim de facilitar a *opinio delicti* e o requerimento das medidas cautelares, o artigo 17–B da Lei estipula o acesso do Ministério Público e da autoridade policial aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores da internet e pelas administradoras de cartões de crédito.

⁴⁰⁵ Art. 2º, § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Na linha das diferenças estabelecidas entre a legislação comum e a especial aqui tratada, a Lei de “lavagem” afasta a aplicação do artigo 366 do CPP, ditando que o acusado por “branqueamento”, que não comparecer nem constituir advogado, será citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo.

A partir da abordagem dogmática dos crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil ora apresentada, no próximo Capítulo se verificarão os custos e benefícios das escolhas legislativas introduzidas pela Lei n. 12.683/2012.

4 CAPÍTULO 3 - VISÃO JURIDICO-ECONÔMICA DAS ESCOLHAS LEGISLATIVAS TRAZIDAS PELA LEI N. 12.683/2012 COM BASE NO CUSTO E BENEFÍCIO

A dogmática jurídica não é capaz de fornecer todas as respostas às celeumas jurídicas. Nessa perspectiva de complementariedade, a TEC, com sua teoria comportamental, propõe auxiliar o Direito a enfrentar novos fenômenos, além de trazer hipóteses a antigas questões que não encontram respostas no método jurídico. Isso a partir da modulação do comportamento humano, para que seja possível ao profissional do Direito captar os prováveis efeitos das normas e das políticas públicas.

Pela “lente” do Direito, o estudo dos textos legislativos e das políticas públicas embrenha-se pelos Princípios, pela constitucionalidade, pela legalidade e pela boa técnica legislativa.⁴⁰⁶

Na proposta da TEC, no entanto, a norma jurídica penal é vista sob a ótica da eficiência, a partir da visão do custo e benefício, assim como se fossem “preços implícitos”⁴⁰⁷, ou seja, como incentivos que alteraram condutas.

Ainda que o Direito Penal volte-se para o elemento subjetivo do crime (dolo ou culpa) e não puna os atos de cogitação e preparação, a teoria comportamental do modelo econômico revela-se útil enquanto descrição da escolha criminosa.

A visão econômica do crime permite, então, que se observe a criminalidade sob um prisma maior de possíveis causas acerca do comportamento criminoso, aproveitando-se de algumas ferramentas de otimização e da análise de equilíbrio.

A teoria comportamental da Microeconomia, em síntese, funda-se na escolha do indivíduo racional em um ambiente que envolve riscos,

⁴⁰⁶ COMIN, Fernando da Silva. A objeção da reserva do possível na ponderação de Direitos Fundamentais. In: BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro, et al. **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 217-259; GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 6. ed. 2014. OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas*. 2014. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2014 (Texto para Discussão n. 151). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁴⁰⁷ COOTER, R.; ULEN, T., op. cit., 2010, p. 25.

advindos da probabilidade de ser selecionado pelo Sistema Penal e das incertezas quanto aos benefícios da conduta ilícita.

Nesse cenário, a TEC também se dedica às decisões afetas ao sistema jurídico penal, na busca da alocação ótima de recursos. Em outras palavras, objetivando atingir o estado em que o custo final para a sociedade, compreendendo despesas com o sistema de justiça, bem como os danos líquidos causados pelas ações criminosas, seja mínimo.

4.1 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.683/2012

As alterações trazidas pela Lei n. 12.683/2012, que modificaram a Lei n. 9.613/98, segundo o próprio preâmbulo, objetivam tornar eficiente a persecução penal dos crimes de “lavagem” de dinheiro. A menção à eficiência já demonstra uma clara abertura para a análise econômica da norma.

Eficiência é uma ideia muito próxima à de economicidade. Almeja-se atingir os objetivos, traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, elevando a relação custo/benefício do trabalho público⁴⁰⁸.

No campo do Direito Penal, pode-se dizer que a eficiência será alcançada quando for possível antecipar o comportamento criminoso, impedir a expansão da criminalidade e proporcionar a reparação dos danos sociais provocados pelas infrações, com o mínimo custo e máximo respeito às garantias individuais.⁴⁰⁹

Definidos estes parâmetros, é preciso verificar se as escolhas legislativas materializadas pela Lei n. 12.683/2012 consistem em “combinações ótimas”.

⁴⁰⁸ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., 2011. p. 32. Neste ponto importante que se estabeleça a diferença entre eficiência, eficácia e efetividade: “Enquanto a eficiência se preocupa com a relação ótima de custos-benefícios para o alcance do resultado programado, a eficácia limita-se à obtenção do resultado devido e a efetividade restringe-se à decisão política na comunidade demandante. A abordagem eficiente, ao ser programada para atingir demandas de eficácia e efetividade, abrange-as e agrega o elemento da economicidade – tratando-se, pois, de uma abordagem mais sofisticada”. RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., 2014, p. 181.

⁴⁰⁹ Sobre o assunto cf. RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., 2014, p. 79.

Na equação da TEC⁴¹⁰, na visão do criminoso, a eliminação do rol de crimes antecedentes e o *quantum* da pena privativa de liberdade e de pena de multa guardam relação com a intensidade da punição (*f*). O alargamento do criminal *compliance* identifica-se com a variável (*p*). A ampliação das possibilidades de colaboração premiada e das medidas assecuratórias para recuperação de ativos ilícitos influenciam o grau da probabilidade de ser perseguido, apreendido e condenado (*p*), na intensidade da punição (*f*) e nos benefícios do crime (utilidade).⁴¹¹

Para a Sociedade, igualmente, as referidas escolhas legislativas podem traduzir gastos (públicos e privados), além de diminuir, ou não, o custo social do crime, que é composto pelo prejuízo causado pelo crime e pelos recursos utilizados para tentar preveni-lo.⁴¹²

A situação ótima é obtida com base em duas forças contrárias entre si: a redução da criminalidade, a partir do incremento em *p* e *f*, e do seu custo. A elevação de *p* e *f* proporciona benefícios crescentes de níveis mais baixos de criminalidade, mas repercute em custos maiores de prender e condenar.

As análises que seguem, tem como “pano de fundo”, predominantemente, as ideias advindas da Teoria Neo-institucionalista⁴¹³ e, em raros momentos, da *Public choice*⁴¹⁴ – a partir

⁴¹⁰ Para relembrar: Segundo Becker, o número total de ofensas (*O*) pode ser determinado por três variáveis: (1) a probabilidade de condenação (*p*); (2) a magnitude da pena (*f*); e (3) uma última que engloba todas as outras influências exógenas, tais como: os rendimentos das atividades legais e ilegais, a frequência de prisões e a vontade de se engajar em uma atividade ilegal (*u*). BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 177-178. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴¹¹ No original: “*The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become "criminals", therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 179. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴¹² Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 489.

⁴¹³ Relembrando: A Teoria Neo-Institucionalista é chamada de “neo” para destacar a oposição às teorias institucionalistas pautadas nos custos de produção. Na Teoria Neo-Institucionalista o conceito central são os “custos de transação” (ao invés dos “custos de produção” da Teoria Institucionalista original. Cf. WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: Free Press,

da vertente positiva da AED - estudo das construções hermenêuticas que podem tornar eficiente o arcabouço jurídico-normativo – e, em menor escala – da frente normativa ou prescritiva – em que se estuda a causa geradora da norma.

4.1.1 Alterações na tipologia dos crimes de “lavagem” de dinheiro

Os crimes de “lavagem” de dinheiro pressupõem a prática de conduta típica, apta a gerar ativos passíveis de “branqueamento”.

Objetivando responder ao relatório de avaliação apresentado pelo GAFI em 2011⁴¹⁵ e visando tornar eficiente a persecução dos crimes de “lavagem” de dinheiro, foi promulgada a Lei n. 12.683/12, que excluiu o rol taxativo dos crimes antecedentes e substituiu o vocábulo “crime” por “infração penal”.

Pela redação inicial da Lei n. 9.613/98, constavam dos incisos do artigo 1º o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, o terrorismo e seu financiamento, o contrabando, tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, extorsão mediante sequestro, crime contra a administração pública, crime contra o sistema financeiro nacional, crime praticado por organização criminosa e crime praticado contra a administração pública estrangeira.

Agora, identificada de “terceira geração”, tendo em vista que estabelece tipos penais abertos, a Legislação Brasileira é capaz de englobar toda e qualquer infração penal, desde que compatível com a prática de “lavagem” de dinheiro.

1985, p. 85-163; SALAMA, Bruno Meyerhof. op. cit., 2008b, p. 15-16. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁴¹⁴ Relembrando: A Escola chamada Eleição Pública ou *Public choice* debruçou-se sobre a forma como os agentes políticos tomam decisões. A vertente, ligada, essencialmente, à noção de ciência política, baseou-se nos seguintes pressupostos: a) sistema fechado de habilidades no mercado; b) individualismo metodológico voltado às eleições; c) critério do consenso unânime que determina que os valores sociais dependem dos individuais. Cf. MONTEIRO, Jorge Viana. op. cit., 2004, p. 15.

⁴¹⁵ Relatório GAFI. Sumário Executivo Brasil 2010. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/link-externos/Sumario%20Executivo%20Brasil%202010.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

4.1.2 Alterações na pena privativa de liberdade e pena de multa

Um segundo ponto de análise dentre as opções do legislador, quando da edição da Lei n. 12.683/2012, foi o de manter o *quantum* da pena privativa de liberdade, em 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, apesar do clamor popular pelo aumento da pena mínima.

Tal pena é bem menor do que aquela prevista inicialmente no substitutivo ao PLS 209/2003⁴¹⁶, de 3 (três) a 18 (dezoito) anos⁴¹⁷, e manteve um enorme elástico entre o patamar mínimo e o patamar máximo.

Pequena alteração adveio, no entanto, em decorrência da causa de aumento prevista no § 4º do artigo 1º, de um a dois terços, que foi modificada por meio da substituição da palavra “habitualidade” - ou seja, quando se revelasse essa espécie de crime modo de vida do agente -, pela expressão “reiteração”, que incide, agora, quando o criminoso praticar mais de uma “lavagem” de dinheiro.

Pela simples leitura do novo dispositivo e do seu antecessor, verifica-se, no que tange ao *quantum* do aumento da pena, que não houve qualquer alteração, continuando a sua variação sendo de um a dois terços. Neste sentido, a lição de Marcelo Rodrigues da Silva:

Entendemos que a circunstância prevista neste parágrafo 4º não diz respeito à habitualidade imprópria. Na habitualidade imprópria haveria um crime único realizado através de várias operações e várias manobras. E na realidade as etapas da lavagem de capitais podem ser cumuladas e sobrepostas, havendo assim uma pluralidade de crimes. Assim, no momento em que o legislador substituiu a expressão “de forma habitual” por “de forma reiterada” dirimiu-se a polêmica, reconhecendo-se uma forma de repetição, ou seja,

⁴¹⁶ Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/58211>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴¹⁷ A título de exemplo cita-se que na Alemanha a pena privativa de liberdade é de 3 (três) meses a 5 (cinco) anos; na Itália, o crime de *riciclaggio* comina a pena de 4 (quatro) a 12 (doze) anos e multa, prevendo o ordenamento uma causa especial de diminuição da pena em um terço quando os delitos antecedentes forem punidos com pena de prisão inferior a cinco anos; e, por fim, na Argentina, o crime de lavado de dinheiro comina pena de 2 (dois) a 10 (dez) anos de prisão e multa.

se o crime de lavagem é praticado de forma repetida (reiterada) teremos a incidência da causa de aumento.⁴¹⁸

Assim, basta verificar que o agente praticou mais de uma “lavagem” de dinheiro, sem a necessidade de demonstrar que agiu como um estilo de vida, que incidirá a nova causa de aumento de pena. Se por um lado a referida alteração trouxe mais clareza ao texto legal, a nova redação passou a envolver uma polêmica, qual seja, o conflito aparente de normas com as regras do crime continuado (art. 71 do CP).

No “Caso Mensalão”, ainda sob a égide da antiga redação da Lei n. 9.613/98, que falava de “habitualidade”, o Plenário do STF sufragou, com voto divergente do Ministro Marco Aurélio, o entendimento de se afastar o aumento do § 4º do artigo 1º da Lei de “lavagem” quando da aplicação do artigo 71 do CP, para se evitar a ocorrência do *bis in idem*.⁴¹⁹

Além disso, também inovando, a Legislação fez constar o acréscimo quando os crimes forem praticados “por intermédio de organização criminosa”. A lacuna descritiva que existia quando do advento da alteração foi suprida pela promulgação das Leis n. 12.694/2012 e n. 12.850/2013.

A situação é diferente do concurso material entre o crime de organização criminosa e o crime que venha a ser praticado por membros da referida organização. Refere-se ao crime praticado quando os valores provêm de uma organização, oportunidade em que incidirá a majorante do § 4º do artigo 1º da Lei n. 9.613/98⁴²⁰.

⁴¹⁸ SILVA, Marcelo Rodrigues da. Causa de Aumento de Pena na Lei de Lavagem de Capitais. Parte III. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942300/causa-de-aumento-de-pena-na-lei-de-lavagem-de-capitais-parte-iii>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CEGUEIRA+DELIBERADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j5o3n5s>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 210.

⁴²⁰ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 216. BARROS, Marco Antonio de, op. cit., 2017, p. 92.

No que tange à pena de multa, não houve alteração direta, de forma que continua seguindo os parâmetros do Código Penal, no modelo bifásico⁴²¹. Diz-se direta, por que reflexamente foi alterada pela extinção do rol de crimes antecedentes e pela possibilidade, então, da incidência do concurso material de crimes (art. 69, CP)

A fixação da reprimenda, então, ocorre em duas fases. A primeira fase, que consiste na escolha do montante de dias-multa, obedece ao critério da culpabilidade. Não raras vezes, acompanha o mesmo *quantum* de elevação experimentado pela pena privativa de liberdade, quando ambas são aplicadas cumulativamente. O Magistrado, então, leva em conta, para fixar entre 10 a 360 dias-multa, as circunstâncias judiciais, nos termos do artigo 59 do CP: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Após, atendendo à situação econômica do réu, nos termos do artigo 60 do CP, fixa o valor do dia-multa, que não poderá ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário (art. 49, § 1º, CP), valor que deverá ser atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º, CP). No dizer de Nucci:

⁴²¹ “Com efeito, o Código Penal ao cominar a pena de multa, agora com caráter aflitivo, considerou dois aspectos absolutamente distintos: (i) a renda média que o condenado auferir em um dia, de um lado, e (ii) a gravidade do delito e a culpabilidade do agente, de outro, priorizando, contudo, aquela. Para que se possa aplicar a pena de multa com equidade, entendemos que o seu cálculo, de regra, deve ser feito em duas fases, como regra, ou seja, em duas operações, e, excepcionalmente, em três fases, aliás, semelhante a pena de prisão, cuja terceira fase somente ocorrerá se houver causas de aumento ou de diminuição de pena”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Cálculo da Pena de Multa de acordo com a Reforma Penal de 1984. **Revista Consultor Jurídico**, 27 jul. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/cezar-bitencourt-calculo-pena-multa-segundo-reforma-penal>>. Acesso em: 5 jan. 2018. Em sentido contrário, entendendo pela aplicação do sistema trifásico na aplicação da multa: : STJ. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.113.688. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900650666&dt_publicacao=02/12/2013>. Acesso em: 19 abr. 2018.

Quanto ao valor do dia-multa, leva-se em consideração apenas a condição econômica do réu: quanto mais abonado, maior será o valor do dia-multa; quanto menos afortunado, menor será o mesmo valor⁴²².

Atendo-se a necessidade de “eficácia”, consignou o legislador, no § 1º do artigo 60 do CP, que a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.⁴²³

O processo de aplicação da pena, ditado pelo Princípio Constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, LXVI, da Constituição Federal, é complexo e exige fundamentação detalhada por parte do julgador (art. 93, inc. IX, CRFB/88).

Considerando o número de crimes cometidos e o número de réus, o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no “Caso Mensalão”⁴²⁴

⁴²² NUCCI, Guilherme. **O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo Supremo Tribunal Federal no caso do mensalão**. Página web do autor. Publicação de 28 fev. 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/o-principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-e-sua-aplicacao-concreta-pelo-supremo-tribunal-federal-caso-mensalao>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴²³ “O disposto pelo art. 60, § 1º, do Código Penal, pode ser interpretado de duas maneiras: a) aplica-se o aumento de até o triplo da pena de multa no tocante ao total, vale dizer, atinge-se o montante de 360 dias-multa, calculado cada dia em cinco salários; b) aplica-se o aumento de até o triplo apenas no tocante ao valor do dia-multa, incidindo sobre o montante de cinco salários mínimos. [...] Em nosso entendimento, para que a pena de multa possa ser realmente eficiente, embora aplicada no máximo, cuidando-se de réus muito ricos, parece-nos que se deve considerar as duas faixas igualmente: número de dias-multa e valores do dia-multa. O STF, porém, adotou a posição de somente elevar a pena – em até o triplo – no contexto do valor do dia-multa”. NUCCI, Guilherme. op. cit., 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/o-principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-e-sua-aplicacao-concreta-pelo-supremo-tribunal-federal-caso-mensalao>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Minas Gerais. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CEGUEIRA+DELIBERADA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j5o3n5s>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

serve de baliza para os operadores do Direito, já que fornece amplo arsenal da dosimetria da pena, delineado passo a passo pela Suprema Corte.

4.1.3 Alterações no *criminal compliance*

No que tange aos mecanismos de controle, no sistema nacional antilavagem, previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 12.683/2012, e que consistem, em linhas gerais, na cooperação que atua na fase anterior ou concomitante à ocorrência do crime, estendida às pessoas físicas ou jurídicas privadas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória as elencadas no artigo 9º, também se observam significativas alterações.

As modificações buscaram prevenir a prática do crime, impondo às pessoas ou às instituições que atuem em setores considerados sensíveis aos crimes de “lavagem”, obrigações que consistem em: guardar e sistematizar as informações sobre os usuários de seus serviços, dentro da filosofia “*know your customer*”, informar as autoridades competentes sobre as atividades suspeitas de “lavagem” realizadas por meio de seus serviços e desenvolver sistemas de *compliance* que facilitem o cumprimento das obrigações impostas.

Inicialmente, o legislador alterou o quadro das “atividades sensíveis”, ampliando o rol dos setores obrigados, que antes só contemplava pessoas jurídicas e número reduzido de pessoas físicas.

No *caput* do artigo 9º incluíram-se pessoas físicas em maior número, sendo que antes, apenas estavam obrigadas, aquelas que operassem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou representantes de ente estrangeiro que atuassem nos setores “sensíveis”; as que comercializassem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades, bens de luxo ou de alto valor, ou exercessem atividades que envolvessem grande volume de recursos em espécie.

Com as modificações, todas as pessoas físicas que atuem em qualquer das atividades referidas no rol do artigo 9º devem observar as normas de vigilância e comunicação previstas nos artigos 10 e 11 da Lei de “lavagem”.

Além disso, outros setores passaram à condição de obrigados, ou seja, que atuam em ramos de negócios comumente usados pelos agentes de “mascaramento”: as juntas comerciais e registros públicos, as pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção e intermediação,

comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares, as empresas de transporte e guarda de valores, as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização, e as dependências no exterior das entidades mencionadas no artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residente no País.

O dispositivo mais polêmico é aquele que passou a obrigar as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, de investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

Isso porque, a interpretação permite a incidência sobre atividades nas quais há dever de sigilo quanto às informações no exercício da profissão, englobando-se, num primeiro momento, inclusive os advogados. Quanto a esses, a Resolução n. 24/2013 do COAF acabou por excluir do rol os referidos profissionais.⁴²⁵

Ampliou-se, também o leque de regras administrativas que passaram a abranger essas novas áreas, inserindo-se no artigo 10, III:

⁴²⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Resolução n. 24, de 16 de janeiro de 2013. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do § 1º do artigo 14 da Lei n. 9.613, de 1998. Disponível em: http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/normas-do-coaf/copy_of_coaf-resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013. Acesso em: 5 jan. 2018.

- a) o dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender as obrigações na forma disciplinada pelos órgãos competentes;
- b) dever de cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no COAF, na forma e condições por eles estabelecidas;
- c) 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.

As regras de *compliance* foram melhor delimitadas em 2013, por meio da promulgação da Lei Anticorrupção (n. 12.846/2013), que consagrou, por exemplo, no artigo 7º, inciso VIII, que, para a fixação de sanções na esfera administrativa, devem ser levadas em consideração, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Assim, de acordo com as novas regras, fazendo referência expressa aos programas de *compliance*, a existência dos mecanismos e programas de integridade deve ser considerada para a redução de sanções administrativas, quando da prática de corrupção e, igualmente, do descumprimento das obrigações constantes na Lei de “lavagem”.

Não se pode perder de vista que a Lei de “lavagem” tem tripla natureza: penal, processual penal e administrativa. Por outro lado, a Lei Anticorrupção tem natureza civil e administrativa.

O *compliance*, em ambas, possui aspectos administrativos comuns, o que permite que as regras trazidas pela Lei Anticorrupção sejam aplicadas pelos órgãos de controle elencados na Lei de “lavagem”. Assim, parece não haver óbice, que o COAF, quando da aplicação de multa administrativa, valha-se da causa de diminuição no artigo 7º, VIII, da Lei n. 12.846/2013, por exemplo.

4.1.4 Alterações na colaboração premiada

A Lei de “lavagem” desde a edição inicial previu a expressão ‘colaborar espontaneamente’ e assim manteve com a Lei n. 12.683/12. A partir da Lei n. 12.850/2013, o termo ‘delação premiada’, criticado e algumas vezes utilizado de forma preconceituosa para ressaltar o caráter

de traição e deslealdade, passou a ser designado de colaboração premiada.

Na redação original da Lei de “Lavagem”, a colaboração premiada previa dois resultados: a) conduzir à apuração das infrações penais e de sua autoria; b) conduzir à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

As novidades advindas com a Lei n. 12.683/2012 trazem três produtos, alternativamente: a) apuração das infrações penais; b) identificação dos autores, coautores e partícipes; c) localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Embora mantida a redução de até dois terços, houve a ampliação dos regimes de penas, com a possibilidade de efeitos mais severos para o colaborador, sendo possível agora o cumprimento da pena privativa de liberdade também em regime semiaberto, quando antes necessariamente seria cumprida em regime aberto.

Outra alteração diz respeito ao aspecto temporal da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, que poderá ocorrer “a qualquer tempo”.

Como adverte Badaró:

Surge, assim, a possibilidade de um novo incidente na execução penal, o incidente de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em razão da colaboração espontânea. Neste caso, o acordo se dará entre o Ministério Público e o condenado por crime de lavagem, cabendo ao juiz da execução aplicar os efeitos da colaboração espontânea, no caso, a substituição da pena⁴²⁶.

Posteriormente, a Lei de combate às Organizações Criminosas, em seus artigos 4º a 7º, trouxe maior regulamentação ao instituto em comento que, por aplicação analógica, incide nos casos de “lavagem”⁴²⁷.

⁴²⁶ BADARÓ, Gustavo H.; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 220.

⁴²⁷ Cf. MENDRONI, Marcelo B. op. cit., 2015, p. 126; BARROS, Marco Antonio de. op. cit., 2017, p. 94. **Em sentido contrário:** ROSA, Alexandre M. da. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos:** táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EMdara, 2018, p. 241. Aqui adotar-se-á esta corrente, mais benéfica ao acusado, para num ambiente de custos e benefícios marginais proceder-se a análise jurídico-econômica das escolhas legislativas quanto ao instituto da colaboração premiada.

Isso, não só por ser mais recente, mas porque atende aos reclamos e supre parcialmente as lacunas existentes acerca do procedimento, além de ser mais abrangente e favorável ao acusado.

Mais abrangente porque, por exemplo, traz os direitos do colaborador, garante ao delatado a possibilidade de questionar o depoimento do delator, trouxe esclarecimentos para a concretização do acordo - escrito, com assessoria de advogado e dependente da homologação judicial. Favorável, porque permite, por exemplo, a possibilidade de não oferecimento da denúncia, o que faz encerrar a investigação com menos dispêndio de tempo e dinheiro para o acusado.

De acordo com essa nova disciplina, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Dessa colaboração deverá advir um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Além disso, dependendo da relevância da colaboração prestada, o Ministério Público (MP) poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Nesse ponto, a novidade consiste na concessão da imunidade ao primeiro que falar.

Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão do regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para tal.

Sem adentrar na polêmica acerca da constitucionalidade do instituto, mas por permitir o não oferecimento da denúncia pelo MP em troca da confissão e da reparação do dano, em casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, tal qual nos crimes de “lavagem”, é de se mencionar o

“acordo de não-persecução penal”, regulamentado pela Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público⁴²⁸.

Trouxe a nova disciplina, ainda, parâmetros para a concretização do acordo, que deverá ser escrito, com assessoria de advogado, e submetido à homologação judicial.

O STF vem, paulatinamente, desenhando o instituto, e a consolidação de posicionamentos pode ser extraída do Mandado de Segurança (MS) n. 34.841⁴²⁹:

1) a colaboração premiada é constitucional, amplia os espaços de consenso e privilegia a “autonomia da vontade”;

2) a colaboração premiada é técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova (e não meio de prova), advindo de negócio jurídico processual personalíssimo⁴³⁰. Essa normativa também foi assim delineada no plano internacional pelas convenções de Mérida (art. 37) e

⁴²⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018. Sobre o assunto cf. ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.831. Distrito Federal – Relator Ministro Celso de Mello. DJE n. 175, divulgado em 8 ago 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5193562>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴³⁰ Neste ponto ver sobre a denominada “colaboração unilateral”: “Desde que as informações disponibilizadas, unilateralmente, pelo colaborador atinjam os resultados previstos em lei para a premiação, faz-se mister a concessão do prêmio pelo juiz, independentemente da existência de qualquer acordo previamente firmado com o Ministério Público. Tal constatação é decorrência natural dos postulados constitucionais do devido processo legal, da separação entre os Poderes da República, da ampla defesa e da razoabilidade, sob o ângulo da proporcionalidade”. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 131-166, 2017, p. 160.

Palermo (art. 26). Da mesma forma, assim foi acolhida pelo artigo 3º da Lei n. 12.850/13.

3) os terceiros não têm legitimidade ativa para impugnarem o acordo de colaboração premiada, já que gera obrigações e direitos apenas entre as partes celebrantes. Possível, todavia, que o delatado conteste, em juízo e no procedimento em que constar como investigado, o depoimento do agente colaborador e as provas que se produzirem por efeito da cooperação;

4) a condenação penal não pode ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador, sendo vedada a “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor-se condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores (art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/13)

5) as regras da colaboração premiada, definidas pela Lei n. 12.850/2013, estabelecem mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, tanto que tipifica a conduta de quem, falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, imputa a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente ou daquele que revela informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas (art. 19 da Lei n. 12.850/2013);

6) o juiz não participa da etapa de negociação (§ 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013) e constitui arbitrariedade decretar a prisão preventiva como mecanismo para obter a colaboração premiada, que deve ser voluntária;

7) a homologação do acordo é ato jurisdicional em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado;

8) a decisão homologatória consiste no juízo acerca da regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013), não havendo exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo (§§ 8º e 11 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013);

9) compete ao Relator formular o juízo homologatório concernente a referido acordo, sem obediência ao Princípio do Colegiado;

10) os benefícios do acordo serão suscetíveis de efetiva outorga se e quando o órgão judiciário competente, por ocasião do julgamento final da ação penal, verificar que o agente colaborador realmente

cumpriu as obrigações definidas no pacto negocial celebrado com o Ministério Público (§ 11 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013);

Por fim, a nova Lei incluiu a possibilidade de o acordo ser realizado pelo Delegado de Polícia, com a manifestação do Ministério Público⁴³¹. Com relação a este último ponto, tramita a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5508, na qual a Procuradoria-Geral da República questiona trechos de dispositivos da Lei n. 12.850/2013 que atribuem a Delegados de Polícia o poder de realizar acordos de colaboração premiada. O julgamento encontra-se suspenso, havendo sinalização, pelos votos já proferidos, que a decisão será pela possibilidade dessa atribuição ao Delegado de Polícia, limitada à fase de investigação e vinculada à concordância do MP⁴³².

Embora as alterações legislativas e as modulações operadas pelo STF supram pontos que há muito tempo os operadores do Direito apontavam, nada disse o legislador quanto às etapas do acordo.

Veja-se que esse silêncio exige que o método jurídico seja auxiliado por outras áreas do saber, relevando-se a teoria do comportamento humano na análise do custo e benefício, objeto da Microeconomia, um ferramental valioso⁴³³.

4.1.5 Medidas assecuratórias e recuperação de ativos

No campo das medidas assecuratórias, que levam à recuperação dos ativos, também houve mudanças. Nos termos do artigo 4º, o Juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do Delegado de Polícia, ouvido o Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá

⁴³¹ Lei n. 12.850/2013. Art. 4º, § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5508&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴³³ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. op. cit., 2018; FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

A nova redação, com as alterações trazidas pela Lei n. 12.683/2012, indicou a necessidade dos “indícios suficientes de infração penal”, fazendo referência ao crime ou contravenção penal antecedente, não sendo exigido desse os indícios de autoria.⁴³⁴

O Legislador inovou ao substituir os termos “apreensão e sequestro”, por “medidas assecuratórias”, o que desde logo afastou a celeuma a respeito do cabimento da hipoteca e do arresto.

Ampliou-se o rol de pessoas atingidas, quando se utilizou dos termos investigado - para se referir ao momento processual que antecede o início da ação penal - e acusado - assim entendido aquele contra quem já há denúncia recebida - além de também contemplar os bens que se encontrarem em nome de interposta pessoa. Ainda, especificou que o alvo das medidas podem ser os instrumentos, produtos ou proveito dos crimes de “lavagem” de dinheiro, alargando a disciplina da Lei anterior que falava tão somente de objeto do crime.

Nada mudou quanto à inversão do ônus da prova para a liberação total ou parcial dos bens apreendidos, mas agora é possível manter a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

No regime anterior não havia qualquer exceção, de forma que havendo comprovação da licitude, os bens, direitos ou valores constritos eram liberados.

Uma das grandes novidades foi a previsão da alienação antecipada, para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação ou, ainda, quando houver dificuldade para sua manutenção.⁴³⁵

Embora o Plenário da Câmara dos Deputados não tenha aprovado a possibilidade da utilização por órgãos públicos dos bens objeto de constrição cautelar, Oliveira entende ser possível, por aplicação analógica da Lei de Drogas, que traz textualmente a referida medida:

⁴³⁴ Cf. BARROS, Marco Antonio. op. cit., 2016, p. 115.

⁴³⁵ Lei n. 12.850/2013. Art. 4º § 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

“essa afetação provisória, além de incrementar o aparato policial, por exemplo, para o exercício das funções, assegura a utilização do bem, o que, faz, a depender de suas características, com que sua conservação seja melhor do que se ele estivesse guardado”⁴³⁶.

Em reforço aos que assim pensam, veja-se que o legislador manteve a disposição do § 12 do artigo 4º, segundo o qual, o Magistrado determinará ao registro público competente que emita documento de habilitação à circulação e utilização dos bens colocados sob o uso e custódia das entidades beneficiadas com a afetação provisória.

Eis, então, o panorama das medidas assecuratórias nos crimes de “lavagem” destinadas à recuperação dos ativos “sujos”, obtidos por criminosos mediante as práticas delituosas.

4.2 O CUSTO E BENEFÍCIO DAS ESCOLHAS LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELA LEI N.12.683/2012

4.2.1 Custo e benefício da abolição do rol de crimes antecedentes

A TEC vem sendo utilizada para verificar se proposições legislativas e políticas públicas são eficientes e aumentam o bem estar da sociedade.

Ao analisar uma alteração legislativa, a questão, na ótica da AED, é concluir se esta norma é eficiente se comparada ao *status quo*. Caso a norma seja eficiente, uma vez introduzida aumentará o bem estar da sociedade. Dessa forma, a análise do custo-benefício revela-se instrumento hábil, embora não consista em critério exclusivo.

Até porque, não raras vezes, os custos e os benefícios são de impossível ou difícil mensuração. Todavia, como alerta Tabak: “[...] se não for possível quantificá-los, deve-se ao menos explicitá-los e descrevê-los tão bem quanto possível”⁴³⁷. Nessas condições, embora não se obtenha a quantificação precisa, é inequívoco que surgirão esclarecimentos contraintuitivos que não podem ser desprezadas na tomada de decisões,

⁴³⁶ OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Provimentos Cautelares Patrimônias em Lavagem de Ativos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). op. cit., 2013, p. 668. Em sentido contrário: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2013, p. 406.

⁴³⁷ TABAK, B. M. **A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2014 (Texto para Discussão n. 157), p. 17. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 28 out. 2017.

sejam essas no seio de políticas públicas ou na exegese de textos normativos.

Consideradas essas dificuldades, a análise econômico-jurídica da Lei n. 12.683/2012 deve procurar avaliar se o propósito da legislação será alcançado e quais são os custos e benefícios reais e, quando não possível, potenciais, dessa medida para todos os envolvidos.

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 209/2003, do Senado Federal, trouxe justificativas, inclusive monetárias, para a eliminação do rol de crimes antecedentes:

Em primeiro lugar, o art. 1º excluía as contravenções penais. O jogo do bicho, por exemplo, uma das maiores chagas da criminalidade nacional, é amplamente usado para a lavagem de dinheiro e não é previsto na lei como infração antecedente. Assim, se um bicheiro introduz proventos do jogo no sistema financeiro para ocultar ou dissimular a origem, não estará praticando crime nenhum, por maior que seja o montante. Outro exemplo são as máquinas de caça-níqueis, que se proliferam pelo país. E típico jogo de azar cujos proventos podem ser injetados no sistema financeiro sem risco de incriminação, pois o jogo é não é crime, mas mera contravenção penal.

Portanto, a presente proposta inclui no rol de infrações antecedentes as contravenções passíveis de serem usadas como meio para a lavagem de dinheiro como, além das citadas, loterias não autorizadas e o comércio clandestino de obras de arte. Também era ilógica a ausência no rol do art. 1º dos crimes contra a ordem tributária. Só a sonegação na área da Previdência está em torno de 40%. Isso significaria, em 2002, cerca de R\$ 28 bilhões. Os latifundiários, que deveriam pagar R\$ 2 bilhões de ITR por ano, não chegam a pagar R\$ 300 milhões, dada a falta de estrutura de fiscalização da Receita Federal. São montantes que, além de acarretarem enriquecimento ilícito, são suficientes para desestabilizar o bem jurídico tutelado pela Lei. Outra ausência injustificada é o tráfico de seres humanos, particularmente o tráfico de mulheres, e o lenocínio, muito comuns no Brasil e considerados, depois do narcotráfico e

do tráfico de armas, o terceiro setor do crime organizado mais lucrativo no mundo.⁴³⁸

Efetivamente, a contravenção do jogo do bicho e jogos de azar, nesta categoria incluídos as máquinas caça-níqueis, por exemplo, embora relegado à categoria de contravenção penal, como se pouca lesividade gerasse à sociedade, sob o ponto de vista econômico, no cenário brasileiro, consiste em atividade geradora de cifras elevadas que, antes da alteração legislativa, ingressavam no sistema financeiro oficial como se dinheiro “limpo” fosse.

Neste aspecto, Callegari e Weber advertem que a modificação não foi fruto do acaso, mas, por certo, pretendeu abarcar condutas como o “jogo do bicho”, “[...] que constitui umas das principais infrações que geram ganhos passíveis de lavagem”⁴³⁹.

Outro exemplo, apontado como incoerente no antigo sistema, era a exclusão dos delitos tributários, cujo proveito econômico, ainda que de forma indireta, existe e, além disso, o desprestígio do sistema tributário, cuja relevância para persecução dos direitos sociais é incontestável.

Na seara da sonegação fiscal, então, a alteração do rol aliada à autonomia típica da “lavagem”, prevista no artigo 2º, II, da Lei n. 9.613/98, torna possível a imputação do “mascaramento” de valores oriundos de crimes fiscais ainda que extinta a punibilidade do crime tributário em função do pagamento de tributos.⁴⁴⁰

Dessa forma, a inovação, extirpou essa inconsistência que excluía crimes aptos a gerarem vultosas quantias de recursos que eram “lavados”.

No dizer de Weber e Moraes, além dessa limitação funcional, a alteração supriu a incoerência entre os delitos que antes figuravam e outros tantos, da mesma forma graves, que eram excluídos, como o tráfico internacional de pessoas, de órgãos, crimes contra o meio ambiente, entre outros, que igualmente “[...] são responsáveis pela movimentação de vultosos recursos, no plano nacional e internacional,

⁴³⁸ Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103258>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁴³⁹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. op. cit., 2014, p. 84.

⁴⁴⁰ Cf. ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). op. cit., 2013, p. 360.

incorporados ao sistema financeiro com vista à dissimulação de sua origem»⁴⁴¹.

Nesse contexto, então, sob o ponto de vista do criminoso, houve aumento do preço do crime na medida em que se inseriu nos custos de transação das condutas, hoje abarcadas pela Lei da “lavagem”, a probabilidade de reação estatal que, até então, não perfazia um componente neste cálculo.

A expansão do rol de infrações antecedentes vai ao encontro, também, da peleja à crescente diversificação das atividades das organizações criminosas, que não mais se limitam ao tráfico, mas também avançaram para, por exemplo, os crimes ambientais, crimes contra a propriedade e tráfico de órgãos. No mercado criminoso, uma gama de crimes passou a fazer parte do leque de atividades das organizações criminosas que optam pela variação das atividades ilícitas como forma de se manterem sólidas⁴⁴².

Nessa linha, a opção do legislador pune o *pós-fato* e estabelece a regra do concurso de crimes, influenciando a estratégia seguida pelas organizações criminosas, cuja ligação com a “lavagem” é umbilical e viabiliza a continuidade dos crimes.

A política criminal e as normas jurídicas que a embasam, materializam as variáveis p e f , sistematizadas por Becker⁴⁴³ na equação que resulta o número de crimes.

Na equação do criminoso, houve um acréscimo em ambas as variáveis, já que a alteração legislativa selecionou mais condutas, o que pode ser trazido pela maior probabilidade de condenação (p), e alargou a incidência do concurso material de crimes, que guarda relação com (f), *quantum* pena.

Segundo Becker, um aumento em p ou f equivale reduzir a utilidade esperada de uma ofensa e, portanto, tende a reduzir o número

⁴⁴¹ WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. Infrações Penais Antecedentes. In: DE CARLI, Carla V. (Org). op. cit., 2013. p. 355.

⁴⁴² Cf. STESENS, Guy. **Money Laundering: A New International Law Enforcement Model**. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University, 2000, v. 15, p.11-15. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?redir_esc=y&hl=pt-BR&id=3q3GEY8y_u8C&q>. MENDRONI, M. B. op. cit., 2015, p. 25.

⁴⁴³ BECKER, Gary S. op. cit., 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2017.

de ofensas porque a probabilidade de "pagar" maior "preço" ou o "preço" aumenta⁴⁴⁴.

Possível antecipar, então, que a mudança nesses componentes, tal qual promovido pelo legislador brasileiro influencia no preço do crime, impactando, pelo que consta, negativamente para o criminoso.

Um aspecto que é indicado pela doutrina como um ponto positivo da alteração legislativa, mas nesta pesquisa pode ser analisado na categoria de benefício, é que agora, com a estrutura de atingir qualquer infração penal antecedente, o legislador não mais precisa manter uma extraordinária atenção sobre as novas condutas delitivas que venham a surgir.⁴⁴⁵

Nesse viés, a alteração revela-se como uma escolha que barateou o processo legislativo e, em última análise, inibiu o aumento do custo da repressão. Se, antes, a tipificação de qualquer nova conduta, que gerasse proveito apto a ser “lavado”, exigia a alteração legislativa do antigo rol de crimes antecedentes, atualmente, basta que o novo tipo penal, infração ou crime, seja produtor de ativos.

Oportuno, nesse aspecto, o paralelo traçado por Rodrigo Chemim, entre a operação italiana denominada “Mãos Limpas” e a brasileira, nominada “Lava Jato”, que aponta como ponto comum as barreiras legislativas que impediram que a corrupção instalada fosse perseguida com eficiência em tempos em que o fenômeno já era ativo:

Não obstante a Mãos Limpas ter sido um marco na Itália e o mesmo se verificou com a Lava Jato no Brasil, é preciso considerar que a corrupção lá e aqui não nasceu por ocasião destas investigações e que as complexidades de ambos os países tornam o sucesso das operações ainda não significativo. Na verdade, não fossem as barreiras legislativas e as oscilações interpretativas, Itália e Brasil poderiam ter antecipado em alguns anos

⁴⁴⁴ No original: “An increase in either *p* or *f* would reduce the utility expected from an offense and thus would tend to reduce the number of offenses because either the probability of ‘paying’ the higher ‘price’ or the ‘price’ itself would increase”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴⁴⁵ Cf. CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de. op. cit., 1998, p. 332.

suas grandes investigações de práticas corruptivas.⁴⁴⁶

O argumento se torna menos abstrato quando se verifica que, conforme pesquisa realizada entre os anos de 2007/2010, o custo total do Poder Legislativo Federal foi de R\$ 24.114.319.269,00, a um custo unitário por projeto do Congresso Nacional de R\$ 1.108.806,00, correspondente aos 21.748 projetos enviados à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. O Senado Federal apresentou uma média anual de 2.358 projetos, a um custo médio anual de R\$ 2.516.971.566,00, o que gerou um custo médio por projeto de R\$ 1.067.418,00. A Câmara dos Deputados, por sua vez, apresentou uma média de 3.079 projetos e um custo médio por projeto de R\$ 1.140.503,00.⁴⁴⁷

Possível inferir, dessa forma, que com esta alteração imprime-se agilidade na repressão penal e até, em certa medida, reforça-se a independência entre os poderes para que cada órgão cumpra seu papel. Veja-se que, antes, mesmo se os órgãos da *law enforcement* constatassem no universo dinâmico do “branqueamento” novos *modus operandi*, que não incluídos no rol de crimes antecedentes, dependiam da atividade legislativa do Congresso Nacional para poder agir.

Além disso, diminuiu-se o número de projetos legislativos e, mantidas as mesmas variáveis, os valores com o processo legislativo.

O argumento de que o legislador foi além do razoável, sendo mais adequado que tivesse incluído o cenário brasileiro na categoria das legislações de “segunda geração”, ou seja, atrelando à “lavagem” apenas crimes graves, assim entendidos a partir de um critério de limiar de pena imposta, vem sendo ventilado.⁴⁴⁸

É porque, com a alteração, alargou-se a ocorrência de concurso material de crimes, o que significa cumulação das penas (art. 69, CP). Como a privativa de liberdade dos crimes de “lavagem” parte de 3 (três) anos, o *quantum* agregado - pelo eventual concurso de crimes - poderá atingir o patamar que conduzirá mais facilmente à privação de liberdade.

⁴⁴⁶ CHEMIM, Rodrigo. op. cit., 2017, p. 45.

⁴⁴⁷ FERNANDES, Tiago Pereira; KASSAI, José Roberto; CARVALHO, L. Nelson. Balanço Contábil do Poder Legislativo Federal do Brasil: reflexões sobre o custo dos projetos de leis apresentados na Legislatura 2007 a 2010. In: Encontro da ANPAD, 35., Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB1393.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁴⁸ Cf. BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. op. cit., 2016, p. 100-101.

Dessa forma, tornou-se mais estreita a possibilidade de substituição por pena restritiva de direito (art. 44 do CP), uma vez que a condenação em concurso material com os crimes de “lavagem” inviabiliza, em regra, o benefício, já que a reprimenda poderá chegar ao patamar de 4 (quatro) anos.

Segundo Badaró, ainda que o mascaramento de qualquer bem oriundo de infração possa afetar o bem jurídico tutelado pelos crimes de “lavagem” “[...] seria pertinente limitar a amplitude da norma para evitar efeitos concretos contraproducentes, como a banalização da norma penal, a inviabilidade do funcionamento das unidades judiciais especializadas e a ampliação da crise do sistema carcerário nacional”⁴⁴⁹.

A conclusão de Badaró encontra respaldo na pesquisa desenvolvida por Azevedo, oportunidade em que evidenciou a crise do sistema carcerário, em especial no regime fechado:

Por fim, conceber a Execução Penal sob o prisma de custos e benefícios é teoria jurídica inafastável, ante o esfacelamento do sistema de Execução Penal. Voltar os recursos governamentais ao regime semiaberto, por este trazer mais benefícios a baixo custo, é meta urgente, abstraindo-se, ao menos em princípio, da estrita vinculação à noção de justiça. Esse clamor imediatista da sociedade por uma equivocada noção de justiça pode redundar em nefastos prejuízos futuros. Se, hoje, vê-se o crescente apelo social por um regime penal mais fechado e mais rigoroso (inviável do ponto de vista econômico) – obviamente que por reação ao crescente da criminalidade –, amanhã, os prejuízos sociais serão maiores, tudo porque o gestor e o operador do direito se renderam à concepção de justiça afastada de uma análise pragmática de custo e benefício.⁴⁵⁰

A opção pela categoria de “segunda geração”, todavia, fomentaria as distorções já existentes no Brasil: gravidade dos crimes *versus* pena⁴⁵¹. Com a opção do legislador, postergou-se a resolução da

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 101.

⁴⁵⁰ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., 2011, p. 121.

⁴⁵¹ Cf. “Importante observar pragmaticamente que nossa legislação penal, de cunho material, não apresenta a sintonia desejada entre os tipos penais.

questão, que não seria possível reparar com um “toque de mágica”, e, assim, pune-se mais gravemente o autor do furto, por exemplo, que não se satisfaz em subtrair e desfrutar o produto do crime, mas, foi além, e ocultou ou dissimulou estes valores.

Além disso, a abordagem dos Procuradores da República que atuam na “Operação Lava Jato”, embora tratando de assunto diverso, afirmam que apenas 0,4 % da população carcerária é composta por presos que praticaram crimes contra a Administração Pública, ali incluídos os de “lavagem” e conexos, o que pode levar à conclusão de que a opção legislativa ora analisada pouco impacto trará na população carcerária.

Ressalte-se que a vedação do indulto a crimes de corrupção (no sentido amplo do termo), assim como de lavagem do dinheiro e organização criminosa conexos àqueles crimes, não terá impacto relevante na população carcerária, eis que, conforme demonstra o estudo “Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil”, da Secretaria Geral da Presidência da República, do ano de 2014, os crimes contra a Administração Pública no período entre 2008 e 2012 correspondem a apenas 0,4% dos presos.⁴⁵²

Paralelamente, a alteração legislativa repercute nos custos da *law enforcement*. Com a opção legislativa da eliminação do rol de crimes

Delitos com significativa gravidade no âmbito das lesões a bens jurídicos relevantes para a coletividade, como os crimes ambientais (Lei n. 9.605/98) e os delitos previstos na Lei do armamento (Lei n. 10.826/2003), recebem sancionamentos notoriamente discrepantes [...]. Assim sendo, se é verdade que o rol restritivo de crimes antecedentes resulta criticável por sua óbvia limitação de atender a realidade da lavagem de ativos no Brasil e pela incongruência de alguns delitos escolhidos diante de outros de idêntica ou maior gravidade, dúvidas temos se melhor sorte assistiria a uma escolha de categorias de delitos em função das penas previstas” (grifo nosso). WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. *Infrações Penais Antecedentes*. In: DE CARLI, Carla V. (Org). op. cit., 2013. p. 356.

⁴⁵² Carta Ofício da Procuradoria da República no Paraná (Força Tarefa Lava Jato) ao Presidente do Conselho Nacional de Política Penitenciária e Criminal. Ofício n. 10008/2017 – PRPR/FT. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/carta-cnmp-2_v5. Acesso em: 5 jan. 2018.

anteriores, há uma expectativa de que mais infrações penais sejam selecionadas quantitativa e qualitativamente pelo sistema de repressão. Por consequência, perseguir mais leva ao aumento dos insumos – recursos com pessoas, material técnico, instalações etc. – para o Estado.

Para Becker, quanto maiores os gastos com os órgãos da *law enforcement* e com equipamentos especializados, mais fácil é descobrir ofensas e condenar os infratores.⁴⁵³ Além disso, um aumento na probabilidade de condenação ou no número de infrações descobertas aumenta os custos totais.⁴⁵⁴

Percebe-se, então, que aumentar as atividades de perseguir e punir, não se exaure no ato legislativo de recrudescimento quantitativo ou qualitativo da Lei, mas traz para o Estado, conforme a equação de Becker, um aumento na variável que representa os custos para combater o crime⁴⁵⁵, já que implicará na consequente necessidade de implementar o aparato de persecução para fazer frente a estas mudanças, a fim de que não se tornem apenas simbólicas.

Em síntese, há fortes indicativos de que a extinção do rol de crimes anteriores elevou o preço do crime para criminoso. Para a sociedade, aumentou-se o custo de perseguir, já que há probabilidade de que mais condutas sejam selecionadas pelo sistema penal e, em proporção superior ou inferior ainda indefinida, diante da jovialidade da Lei⁴⁵⁶, a modificação mencionada trouxe benefícios na medida em que

⁴⁵³ No original: “*The more that is spent on policemen, court personnel, and specialized equipment, the easier it is to discover offenses and convict offenders*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

⁴⁵⁴ No original: “*An increase in either the probability of conviction or the number of offenses would increase total costs*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 175. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴⁵⁵ BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 176. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴⁵⁶ Sobre o estudo da econometria e as séries temporais: “Os objetivos principais da análise de séries temporais são a modelagem e a previsão de valores futuros para a série. Para prever eventos que ocorrerão no futuro, o “pesquisador” deve se basear em informações concernentes a eventos que tenham ocorrido no passado”. FRANCO, Glaura da C. APOSTILA DE MODELOS LINEARES EM SÉRIES TEMPORAIS - (EST/UFGM) Belo Horizonte, ago. 2016, 104p., p. 8. Disponível em: <<ftp://est.ufmg.br/pub/glaura/MLST/Modelos%20Lineares%20em%20S%20E%20ries%20Temporais.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018. Ver também: “O estudo

permitirá, com o avanço da reação estatal, não só o combate, mas, em condições ótimas, o retorno de valores à sociedade, que podem, em condições adversas, ser usados para multiplicar a criminalidade.

4.2.2 Custo e benefício da pena de multa e da pena privativa de liberdade: Penalidade “ótima” para os crimes de “lavagem”?

Na teoria, as penas têm, pelo menos, 4 (quatro) benefícios sociais: dissuasão, retribuição, reabilitação e incapacitação.⁴⁵⁷

Na visão de Fillipe Rodrigues Azevedo a dissuasão é a principal função da pena para a abordagem econômica que, ao lado da reparação, “[...] possui maior potencial de eficiência”⁴⁵⁸.

Essas duas funções da pena guardam relação com a qualidade - privativa de liberdade ou de multa – bem como o *quantum* respectivo. Na mesma linha de causalidade, a espécie e a severidade da pena implicam diretamente no custo social de cada penalidade.

supracitado utilizou apenas sete pontos (2003-2009) e mesmo assim conseguiu identificar tendências estatisticamente significantes. Não se recomenda analisar séries com menos pontos que esses, pois as tendências tendem a ser não significantes. Quando o número de pontos é muito reduzido, o pequeno poder estatístico da análise de regressão tende a dificultar a identificação de uma tendência significativa, seja crescente ou decrescente”. ANTUNES, José Leopoldo Ferreira; CARDOSO, Maria Regina Alves. Uso da análise de séries temporais em estudos epidemiológicos. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 24, issue 3, p. 565-576, jul./set. 2015, p. 573.

⁴⁵⁷ As diversas teorias que explicam as finalidades da pena – que, em última análise, centram-se na razão da existência do Direito Penal – são denominadas de teorias legitimadoras. Para essas a pena é dotada de finalidades dirigidas à sociedade e ao autor do delito. Para aprofundar cf.: BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: CL Edijur, 2002. BISSOLI FILHO, Francisco. Teoria da pena. Teorias tradicionais face ao *labelling approach*. In: _____. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes a reincidência criminal**. Florianópolis: Obra jurídica, 1998. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴⁵⁸ RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., 2014, p. 79.

É porque as punições afetam não só os infratores, mas também os outros membros da sociedade, considerando os custos de execução. O custo social total das punições é o custo para os infratores mais o custo ou menos o ganho para os outros.⁴⁵⁹

Infere-se, pois que o “estado de artes” passa pela verificação da capacidade de reparação e dissuasão, com foco nos dois efeitos mais importantes para a TEC, e pelo custo social das punições.

Dito de outra forma, para usar Becker, o ponto ótimo de *deterrence*, depende, entre outros, do custo da captura e condenação dos autores, da natureza das punições - pena de multa ou prisão - e das respostas dos infratores às mudanças na aplicação.⁴⁶⁰

No caso das opções legislativas trazidas pela Lei n. 12.683/2012, seja quanto à pena privativa de liberdade, seja quanto à pena de multa o recrudescimento foi mínimo.

A extinção do rol de crimes antecedentes, como visto, alargou as hipóteses de concurso material, o que, ainda que indiretamente, implicou na elevação da pena privativa de liberdade e da multa. A substituição da expressão “habitualidade” - quando revelasse essa espécie de crime modo de vida do agente - pela “reiteração” - quando o criminoso praticar mais de uma “lavagem” de dinheiro - no § 4º do artigo 1º, também repercutiu na pena privativa de liberdade, já que a mudança, embora tênue, implicou na incidência do aumento de um a dois terços para um maior número de situações.

Surgem, então, algumas evidências: a) a manutenção do patamar da pena privativa de liberdade e da pena de multa; b) indiretamente, a pena privativa de liberdade sofreu dois acréscimos: o primeiro em virtude da incidência do concurso de crimes, com a extinção do rol, e o segundo em razão da mudança de expressão na causa de especial aumento de pena; c) A pena de multa sofreu apenas o acréscimo da

⁴⁵⁹ No original: “*The total social cost of punishments is the cost to offenders plus the cost or minus the gain to others*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p.183. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴⁶⁰ No original: “*The optimal amount of enforcement is shown to depend on, among other things, the cost of catching and convicting offenders, the nature of punishments - for example, whether they are fines or prison terms -and the responses of offenders to changes in enforcement*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 171. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

incidência de eventual concurso de crimes⁴⁶¹; d) o legislador apostou na complementariedade da pena privativa de liberdade e da pena de multa.

Inicialmente há de se consignar que o Projeto de Lei n. 3.443, da Câmara de Deputados, que foi apensado ao Projeto de Lei n. 209/2003 do Senado Federal, previa o aumento da pena máxima para 18 anos. Quando da votação, os Deputados Federais e Senadores optaram por manter no patamar de 10 anos.⁴⁶²

Aqui já se identifica a opção legislativa, qual seja, a manutenção da pena privativa de liberdade no patamar original. Entendeu o legislador brasileiro que a severidade - 3 (três) a 10 (dez) anos - é suficiente para dissuadir e rechaçou a proposição inicial de 18 (dezoito) anos.

Nesse aspecto, a escolha do Legislativo compactuou com as evidências empíricas que demonstram que a lógica da elevação de penas em relação à dissuasão não é necessariamente linear. Cooter e Ulen chegaram a esta conclusão, que qualificaram de paradoxal, analisando a pena de morte e a postura dos jurados no Sistema Norte-Americano:

Imagine que os júris saibam que, se condenam um réu por homicídio, a probabilidade de execução é extremamente alta. Nesse caso, os júris podem hesitar em condenar réus por assassinato em primeiro grau, o que produziria o seguinte comportamento paradoxal: a maior utilização da execução enquanto pena para certos homicídios poderia produzir menos condenações, reduzindo o efeito dissuasivo da pena capital e das condenações de assassinos subsequentes.⁴⁶³

⁴⁶¹ Considerando que a aplicação da pena de multa segue o sistema bifásico, não há incidência de causas de especial aumento ou diminuição. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/cezar-bitencourt-calculo-pena-multa-segundo-reforma-penal>>. Acesso em: 5 jan. 2018. Em sentido contrário, entendendo pela aplicação do sistema trifásico na aplicação da multa: STJ. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.113.688. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900650666&dt_publicacao=02/12/2013>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁴⁶² Informação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=395834>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 522. Ver também:

Ou seja, a opção do legislador brasileiro de não alterar a pena máxima para 18 (dezoito) anos, é referendada, em certa medida, pela TEC, sob o argumento de que se revelaria demasiadamente alta e poderia dificultar a incidência, no caso concreto, em razão dessa maior exigência probatória que os julgadores poderiam requisitar para se convencer do cabimento da condenação, dada a punição severa que acarretaria. Além disso, não há evidências da relação de linearidade entre o aumento da punição e a redução de custos.

No contexto da TEC, a resposta de por que penas severas associadas a probabilidades pequenas de detecção não são suficientes para dissuasão reside na constatação de que aquelas têm eficácia declinante.

Por exemplo, majorar a pena privativa de liberdade de 10 (dez) para 18 (dezoito) anos não aumentaria o efeito dissuasório em 80% (oitenta por cento). Depois de um determinado patamar, o aumento da punição tem reduzido o efeito dissuasório incremental porque impõe repercussões tão relevantes que provocam desalinhamento dos incentivos, que ofuscam o caráter dissuasor.

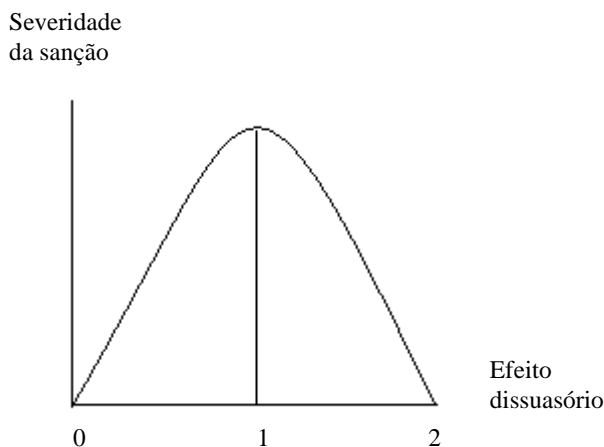
Posner aborda e dissuasão marginal e traz o exemplo dos assassinatos dentro da prisão, dizendo, em síntese, que um prisioneiro condenado à prisão perpétua por homicídio não terá nenhum desincentivo para não assassinar, a menos que as condições da prisão variem substancialmente em sua severidade, reservando-se as piores penas para quem assassinar na prisão.⁴⁶⁴

OLSSON, Gustavo. Análise econômica no Direito Criminal: Gary S. Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 10, n. 37, jan./mar. 2012 (sem paginação). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45639>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁴⁶⁴ No original: “*Sin embargo, no se sigue de aquí que la pena capital debiera ser el castigo para el homicidio simple. Porque si lo es, tendremos el problema de la disuasión marginal del homicida múltiple. Es posible que la pena capital debiera estar reservada para él, de modo que los homicidas tengan un desincentivo para asinar a los testigos del homicidio. Una aplicación importante de este punto ocurre en los asesinatos en prisión. Si un prisionero ha sido condenado a cadena perpetua por homicidio, no tendrá ningún desincentivo para no asesinar en la prisión, a menos que el homicidio en la prisión pueda castigarse con la muerte. A menos que las condiciones de la prisión varien substancialmente en su severidade, reservando-se las peores para quienes asesinen en la prisión. Esto se hace*”

O argumento pode ser visualizado pela curva de Laffer, tradicionalmente utilizada no campo Tributário, para demonstrar que quando a alíquota é relativamente baixa, estabelece-se uma relação direta entre a alíquota e a arrecadação. Todavia, a partir de um determinado nível, qualquer elevação não resultará em redução da arrecadação global, devido à evasão fiscal e desestímulo provocado com relação aos negócios em geral.⁴⁶⁵

Figura 3 - Curva de Laffer



Fonte: Da própria autora.

Dessa forma, aumentar as penas além de certo patamar torna-se improdutivo, à medida que a dissuasão passa a diminuir. Isso porque, as penas não são variáveis isoladas, são fragmentos de uma escala integrada que influencia seus valores ótimos.⁴⁶⁶

en alguna medida". POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007, p. 359.

⁴⁶⁵ Cf. GARCIA, Manuel Enriquez. O Setor Público. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 523-524.

⁴⁶⁶ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 491.

Prosseguindo na análise das opções legislativas, veja-se que o legislador elegeu como critério para elevar a pena privativa de liberdade a reiteração criminosa.

Segundo Mungan, a dissuasão pode ser alcançada com um custo baixo para o Estado, se a sanção para os reincidentes for suficientemente alta. Na visão do autor, aumentar a punição para os reincidentes leva ao desincentivo de cometer crimes e à queda na criminalidade.⁴⁶⁷

Embora as diferenças técnicas dos institutos, a reiteração e a reincidência têm em seu âmago a maior punição para quem já não é iniciante no mercado do crime e, assim sendo, a opção legislativa parece ter encampado o que foi referendado por Mungan.

Posner aborda, também, a majoração da pena dos reincidentes, diz que essa seria relevante para retirar o indivíduo da carreira do crime antes que a pena se tornasse insuficiente para ter um efeito dissuasório adequado em função da redução do tempo de vida restante do criminoso e, por consequência, do tempo que ele pode ficar detido.⁴⁶⁸

Partindo, por exemplo, do perfil dos denunciados da “Operação Lava Jato”, no Estado do Paraná, que possuem em média 60 anos⁴⁶⁹, possível concluir que a inovação legislativa, que trouxe o aumento da pena privativa de liberdade fundamentado na reiteração, encontra amparo em evidências empíricas da TEC que apontam o maior efeito dissuasor dessa agravação à medida que a idade do criminoso aumenta, dada a característica desses criminosos de não descontarem irrazoavelmente o futuro, tal qual fazem os mais jovens⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ MUNGAN, Murat C. A behavioral justification for escalating punishment schemes. **International Review of Law and Economics**, v. 37, 2014, p. 189-197. Disponível em:

https://www.sciencedirect.com/science?_ob=ShoppingCartURL&method=add&eid=1-s2.0-

[S0144818813000756&originContentFamily=serial&origin=article&ts=1511885811&md5=602b3a819dce07e4400e63b7feb6b81a](https://www.sciencedirect.com/science?_ob=ShoppingCartURL&method=add&eid=1-s2.0-S0144818813000756&originContentFamily=serial&origin=article&ts=1511885811&md5=602b3a819dce07e4400e63b7feb6b81a). Cf. análise similar em: DRAGO, Francesco; GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. **The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment**. Discussion Paper N. 2912. July 2007. IZA, Bonn - Germany. Disponível em: <<http://ftp.iza.org/dp2912.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁶⁸ POSNER, Richard A. op. cit., 2007, p. 363-364.

⁴⁶⁹ Cf. Ministério Público Federal – Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁴⁷⁰ “A dissuasão do crime juvenil pode exigir penas certas e rápidas, enquanto as penas severas que forem incertas e severas dissuadem crime certeza da

Resultados aprofundados poderiam ser obtidos agregando-se a este cenário a “Tábua da Mortalidade”, de 2016, da qual se extrai que a expectativa do brasileiro é de, em média, 76 anos⁴⁷¹, em ponderação ao *quantum* do aumento trazido pela alteração legislativa firmada no § 4º do artigo 1º da Lei n. 12.683/2012 - de um a dois terços – no universo da pena privativa de liberdade cominada aos crimes de “lavagem”, que parte de 3 (três anos).

A pesquisa empírica, enfim, poderá evidenciar se a opção legislativa desestimula os “lavadores” de carreira e se constitui uma razão para que os crimes de “lavagem” de dinheiro perpetrados por indivíduos de idade adulta sejam mais raros à medida que se aproximam da expectativa de vida.

Prosseguindo, há que se verificar o efeito dissuasório e reparatório da pena de multa na severidade (*quantum*) mantida pelo legislador na Lei n. 12.683/2012, alterada apenas pela eventual incidência do concurso de crimes.

Para a TEC, a dissuasão, compensação e vingança são objetivos contraditórios e, geralmente, não podem ser simultaneamente alcançados. Dessa forma, se o fim da punição é minimizar a perda social de ofensas – com a compensação total das vítimas - a dissuasão e vingança só seriam parcialmente alcançadas.⁴⁷²

Nos casos dos crimes de “lavagem” a aplicação da pena de multa seguirá a normativa do artigo 49 do Código Penal. Assim, para um

punição é relativamente importante para os jovens impulsivos, enquanto as penas severas que forme incertas e severas dissuadem crimes mais comuns entre adultos, como a apropriação indébita”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 484. Ver também: LEE, David S.; McCRARY, Justin. Crime, Punishment, and Myopia. **NBER**, Cambridge, MA, Working Paper 11491, July, 2005.

⁴⁷¹ Dados IBGE. Informação disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁷² No original: “*Actual criminal proceedings in the United States appear to seek a mixture of deterrence, compensation, and vengeance. I have already indicated that these goals are somewhat contradictory and cannot generally be simultaneously achieved; for example, if punishment were by fine, minimizing the social loss from offenses would be equivalent to compensating "victims" fully, and deterrence or vengeance could only be partially pursued*”. BECKER, Gary S. op. cit. 1968, p. 204. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

crime cometido no ano de 2018, levando em consideração o atual valor do salário-mínimo vigente de R\$ 954,00⁴⁷³, o Magistrado poderá fixar o piso de 10 (dez) dias-multa ao valor de 1/30 do salário mínimo, o que totaliza R\$ 318,00 (trezentos e dezoito reais). O teto ficará em 360 (trezentos e sessenta) dias-multa ao valor de 5 (cinco) vezes o salário mínimo, montante esse que pode ser triplicado, totalizando R\$ 5.151.600,00 (cinco milhões, cento e cinquenta e um mil e seiscentos reais).

Fazer com os criminosos devolvam o dinheiro “lavado”, por exemplo, sempre que forem pegos, pode não ser suficiente para dissuadi-los. Dessa forma, a pena deve exceder a restituição perfeita, ou seja, a severidade da pena deve ir além da gravidade (dano) do delito.

Como ensina Becker, se o objetivo da punição fosse simplesmente reparar o prejuízo do crime, p poderia ser definido no mínimo, e f poderia ser equiparado ao prejuízo imposto ao resto da sociedade. No entanto, essa política ignora o custo social dos aumentos em p e f ⁴⁷⁴.

Isso porque, o prejuízo do crime não exaure todo o dano causado à sociedade, na medida em que esses envolvem os custos de perseguir, condenar e executar as sanções, por exemplo.

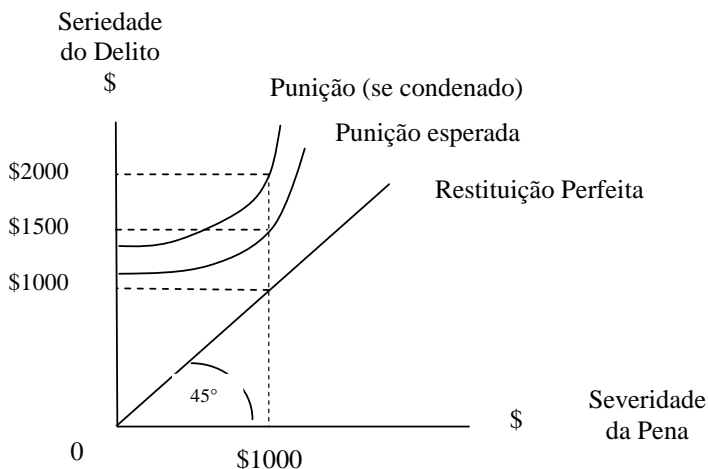
Em termos gráficos, o eixo “y” representa a severidade da pena de multa (em reais) e o eixo “x” a seriedade do crime (em reais). Perfazendo uma linha reta ascendente em um ângulo de 45°, chega-se à situação de restituição perfeita, que, como dito antes, não tem efeito dissuasor.

Há que se agregar neste cálculo a informação de que as penas refletem elemento de incerteza, ou seja, o criminoso pode ou não ser condenado.

⁴⁷³ BRASIL. Decreto n. 9.255, de 29 de dezembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e sua política de valorização de longo prazo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9255.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁷⁴ No original: “Similarly, if the aim simply were to make “the punishment fit the crime,” p could be set close to 1, and f could be equated to the harm imposed on the rest of society. Again, however, such a policy ignores the social cost of increases in p and f ”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 184. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

Figura 4 - Severidade da pena como função da seriedade do delito.



Fonte: Extraído de COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 477.

Considerando que o criminoso, irá optar pelo crime se a pena esperada - ($c.p$), onde “ c ” representa a punição prevista para uma condenação e “ p ” representa a possibilidade de captura e consequente condenação - for menor que o seu benefício [$b-(c.p)$], o *payoff* (ganhos e perdas) resultará da probabilidade de ser pego e punido multiplicado pelo rendimento da ação criminosa, menos o custo das punições.

Desse modo, realizando a referida equação com a pena de multa (c) de R\$ 2 milhões e uma probabilidade de captura e condenação de 75%, para o crime que tenha uma seriedade de R\$ 1 milhão, tem-se uma pena esperada igual a R\$ 1,5 milhão.

No gráfico, a pena esperada é maior que a restituição perfeita, concluindo o criminoso que o crime irá piorar sua situação, motivo pelo qual não cometerá o delito.

Para permitir uma avaliação um pouco mais concreta, utilizando-se dos dados extraídos das 72 denúncias oferecidas até então na “Operação Lava Jato”, no Estado do Paraná, pelo menos 50 casos envolveram transações ilegais que atingem mais de R\$ 5 milhões. Desses, cerca de 8 envolveram quantias que atingem 20 vezes 5

milhões; cerca de 12 envolveram quantias que atingem 30 vezes R\$ 5 milhões; cerca de 11 envolveram quantias que atingem mais que 50 vezes R\$ 5 milhões.⁴⁷⁵

Por exemplo, para esses crimes que atingiram uma seriedade de R\$ 100 milhões, a pena esperada de R\$ de 2,5 milhões - considerada a probabilidade de 50% de ser pego e condenado e a pena máxima de R\$ 5 milhões cominada aos delitos de “lavagem” - gera uma situação de que o crime compensa. O lucro esperado do delito é igual à diferença entre a restituição perfeita e a pena esperada.

Para que a decisão pelo crime não seja estimulada, em recaindo a escolha sobre as penas de multa o resultado ideal, ou seja, o preço alto para o criminoso, deve ser aquele que contemple a probabilidade de condenação e uma punição que exceda os ganhos com o crime.⁴⁷⁶

Dessa forma, se a “Operação Lava Jato” refletisse o perfil dos benefícios advindos dos crimes de “lavagem” no Brasil, possível concluir que os ganhos originados da conduta ilícita superam em grau elevado a máxima pena de multa cominada.

Isso, se considerado apenas o dano direto, porque, segundo Becker, os infratores deveriam compensar tanto pelo custo de serem apreendidos, quanto pelo dano causado com o crime.⁴⁷⁷

Aliás, desviando-se rapidamente da análise sobre a pena de multa, mas só para evidenciar que o pensamento de Becker, no que se refere à necessidade de os criminosos compensarem também o custo de serem apreendidos, pode estar sendo adotado pelo legislador brasileiro, o PLS n. 310/2016⁴⁷⁸, já aprovado pela Comissão de

⁴⁷⁵ Cf. Ministério Público Federal/PR. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁷⁶ Cf. GAROUPA, Nuno. **Crime and Punishment**: Further Results. Department d’Economia I Empresa, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998, p. 1-10. Disponível em: <http://www.academia.edu/917737/Crime_and_Punishment_Further_Result>. Acesso em: 5 jan. 2018. No mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. op. cit., 2017, p. 87.

⁴⁷⁷ No original: “*In other words, offenders have to compensate for the cost of catching them as well as for the harm they directly do, which is a natural generalization of the usual externality analysis*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 197. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁴⁷⁸ Projeto de Lei do Senado n. 310, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126640>>.

Constitucionalidade e Justiça do Senado (CCJ), trata da inclusão de um artigo na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), impondo aos condenados que são monitorados eletronicamente a assunção das despesas referentes à manutenção desses equipamentos, com desconto no salário que o preso recebe pelo trabalho remunerado.

Dados do primeiro diagnóstico nacional sobre monitoração eletrônica do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), atestam que, durante os meses de fevereiro e julho de 2015, existiam 18.172 pessoas monitoradas eletronicamente, ao custo médio de R\$ 301,25 por pessoa, cerca de 12% dos custos de um condenado encarcerado.⁴⁷⁹

Retomando a análise da pena pecuniária, possível concluir que, diante do valor cominado aos crimes de “lavagem” no Brasil, teria natureza “preço” e não sanção, ou seja, seu foco (e pelo que se viu nem isso) está na extensão do dano - porque o objetivo é internalizar o custo de uma atividade e permitir que os indivíduos decidam se devem participar dela -, e exclui qualquer propósito de dissuasão ou punição.⁴⁸⁰

Por este viés, a pena de multa não representa efetivo ônus para o agente “lavador” condenado e apenas aparenta uma singela punição pecuniária se comparada ao montante do locupletamento. Na linguagem econômica, o elemento dissuasor não se encontra presente e há um incentivo ao crime.

Ainda na seara da punição pecuniária penal, uma outra opção legislativa que chama a atenção é o montante da multa administrativa (art. 12, II, da Lei n. 9.613/98, com as alterações trazidas pela Lei n. 12.683/2012), aplicáveis às pessoas e entidades do art. 9º. Enquanto essa

Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁷⁹ Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ). A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil - Análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento de pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulga-primeiro-diagnostico-nacional-sobre-monitoracao-eletronica-de-pessoas/RelatrioMonitoraoEletrnica.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁸⁰ No original: “*A price only depends upon the extent of harm because its purpose is to internalize the cost of an activity and to allow individuals to decide whether to engage in it. By contrast, a sanction is often adjusted to the state of mind of the offender because its purpose may include deterrence and punishment as well as compensation*”. COOTER, Robert. Prices and Sanctions. **Columbia Law Review**, v. 84, p. 1523 – 1560, jan. 1984.

pode alcançar o patamar de R\$ 20 milhões, a punição penal gira em torno de R\$ 5 milhões.

Ao que parece o legislador apostou na esfera administrativa, tal qual concluiu Edwin Sutherland, em 1939, oportunidade em que verificou que para a criminalidade do “colarinho branco” o Direito Penal é utilizado em menor escala.⁴⁸¹

Noticiou-se que a justificativa para essa opção ocorreu pela constatação da lentidão processual: “Como os processos judiciais são absurdamente lentos, investiu-se nas sanções administrativas [...]”⁴⁸².

Nesse ponto, vê-se que o Legislador brasileiro, apesar das qualificações de que é emergencial e “expansionista”⁴⁸³, centrou força na penalidade administrativa em detrimento da esfera penal.

Outra evidência, é que o legislador apostou na complementariedade da pena privativa de liberdade e da pena de multa para os crimes de “lavagem”. Aqui sobleva um estudo acerca da natureza da punição (multa ou privação de liberdade), diferente do que se fez nos parágrafos anteriores, quando a análise se centrou na severidade da pena de prisão (3 a 10 anos) e da pena de multa (mínima de R\$ 318,00 e máxima de R\$ 5.151.500,00), cominadas aos delitos de “lavagem” no Brasil. Em outras palavras, antes se abordou a “quantidade ótima”, agora a análise volta-se para o “meio ótimo”.

Gary S. Becker, desde seu pioneiro artigo, defendeu a predominância das penas de multas, já que, além de compensar a vítima pelos danos causados e o Estado pelos custos administrativos

⁴⁸¹ SUTHERLAND, Edwin H. op. cit., 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁴⁸² HAGE, Jorge. Avanço Irreversível. **Folha de S. Paulo**, 23 jun. 2014. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

⁴⁸³ A expressão “expansão” foi consolidada a partir da obra de Jesús-María Silva Sánchez e engloba a criação de novos bens jurídicos-penais, ampliação dos espaços dos riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (Série: As ciências criminais no século 21; v. 11).

relacionados à perseguição e à condenação, afastaria os enormes custos das penas privativas de liberdade.⁴⁸⁴

A primazia da pena multa justifica-se, então, porque gera receitas e não custos continuados, restaurando o *status quo ante*. Além disso, a dosimetria da pena pecuniária seria objetivada, porque levaria em conta, mais facilmente, os ganhos marginais do ofensor, os danos marginais causados e os custos para apreensão e condenação, o que perfaria um cálculo de “severidade ótima” mais factível do que o da pena de prisão.

Na linha de Becker, Olsson e Timm defendem a aplicação de multas elevadas em detrimento de penas privativas de liberdade, porque o custo de cobrar uma multa é fixo, enquanto o encarceramento é consideravelmente mais oneroso, “[...] retirando do criminoso, com a pena de multa, um excedente em relação ao proveito auferido, ao invés de persegui-los avidamente”⁴⁸⁵.

O modelo proposto dá prevalência ao caráter reparatório da punição e perseguir em segundo plano a dissuasão. Nesse aspecto, a pena pecuniária, assim como os preços, atingiria o intento almejado.

Um preço depende apenas da extensão do dano, porque o objetivo é internalizar o custo de uma atividade e permitir que os indivíduos decidam se engajar nisso. De outro modo, uma sanção é

⁴⁸⁴ No original: “*In the first place, probation and institutionalization use up social resources, and fines do not, since the latter are basically just transfer payments, while the former use resources in the form of guards, supervisory personnel, probation officers, and the offenders’ own time. [...] Moreover, the determination of the optimal number of offenses and severity of punishments is somewhat simplified by the use of fines. A wise use of fines requires knowledge of marginal gains and harm and of marginal apprehension and conviction costs; admittedly, such knowledge is not easily acquired. A wise user of imprisonment and other punishments must know this too, however; and, in addition, must know about the elasticities of response of offenses to changes in punishments. As the bitter controversies over the abolition of capital punishment suggest, it has been difficult to learn about these elasticities. [...] Fines provide compensation to victims, and optimal fines at the margin fully compensate victims and restore the status quo ante, so that they are no worse off than if offenses were not committed. Not only do other punishments fail to compensate, but they also require “victims” to spend additional resources in carrying out the punishment*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 198. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf> Acesso em: 1 jul. 2017.

⁴⁸⁵ OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. op. cit., 2012, p. 121.

frequentemente ajustada ao estado de espírito do infrator porque seu propósito pode incluir dissuasão e punição assim como compensação.⁴⁸⁶

Se a opção for buscar também a dissuasão, a TEC sugere que a análise se paute pela “Primeira Lei da Dissuasão”, ou seja, pela verificação da elasticidade das respostas da criminalidade representada pela “lavagem” frente à pena pecuniária e à pena privativa de liberdade.

A dissuasão ocorre quando a punição de alguns sinaliza para os demais que se cometerem crimes também serão punidos. Cooter e Ulen fazem um paralelo entre a “Primeira Lei da Demanda” e a que chamam de “Primeira Lei da Dissuasão”:

A hipótese de que as pessoas procuram menos os bens quando seus preços aumentam tem um título altissonante: “Primeira Lei da Demanda”. Do mesmo modo, a ideia de que as pessoas cometem menos um crime quando a pena esperada aumenta pode ser chamada de “Primeira Lei da Dissuasão”. Talvez você acredite que a PLD é falsa, já que as pessoas cometem crimes por outras razões, mas os economistas têm bastante confiança na curva e na sua inclinação.⁴⁸⁷

Isso quer dizer que os consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir e, por outro lado, maior quantidade se o preço cair.

As condutas criminosas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Neste caso específico, considerados os incentivos legais trazidos pela nova legislação, os indivíduos cometerão ou não o crime de “lavagem”.

Se o preço do crime para o criminoso aumentar, a criminalidade decairá. Em outras palavras, a pena esperada implica na redução da quantidade de crimes, porque alguns criminosos cometerão menos

⁴⁸⁶ No original: “A price only depends upon the extent of harm because its purpose is to internalize the cost of an activity and to allow individuals to decide whether to engage in it. By contrast, a sanction is often adjusted to the state of mind of the offender because its purpose may include deterrence and punishment as well as compensation”. COOTER, Robert. op. cit., 1984, p. 1552.

⁴⁸⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 480.

crimes, e outros indivíduos, que optariam pelo mercado ilegal, decidirão pela atividade lícita.

Seja, então, porque até os ratos⁴⁸⁸ obedecem à Primeira Lei da Demanda, seja porque o sistema penal brasileiro persegue a dissuasão como um dos efeitos das penas⁴⁸⁹, configura razoável que a análise da penalidade ótima não volte os olhos apenas para a reparação, até porque se está diante de uma conduta criminosa, “lavagem de dinheiro”, cujos prejuízos são de difícil mensuração.

Nesse aspecto, quando a mensuração do dano é dificultada, Posner considera que a pena de prisão deve protagonizar, citando como exemplo o crime de homicídio, hipótese em que nenhuma pena de multa produziria eficiente efeito dissuasório.⁴⁹⁰

Na análise específica dos crimes do “colarinho branco”, todavia, Posner defendeu a pena de multa, afirmando que essa deveria ser elevada até o ponto ótimo da dissuasão, ou seja, até gerar a mesma desutilidade ao ofensor que a pena de prisão produziria.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ “Em experimentos de laboratório, até os ratos obedecem a Primeira Lei da Dissuasão, e até o pior ser humano ainda é mais racional do que um rato”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p. 480.

⁴⁸⁹ Código Penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁴⁹⁰ No original: “*The foregoing analysis shows that there is a place in the criminal justice system, and a big one, for imprisonment; and perhaps for other nonmonetary criminal sanctions as well. Since the cost of murder to the victim approaches infinity, even very heavy fines will not provide sufficient deterrence of murder, and even life imprisonment may not impose costs on the murderer equal to those of the victim*”. POSNER, Richard. op. cit., 1985, p. 1209. Disponível em: [<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiI5f->](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiI5f->). Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁹¹ No original: “*The point I wish to argue in this article, an application of the economic analysis of crime and punishment pioneered by Gary Becker, 2 can now be stated simply: the white-collar criminal as I have defined him should be punished only by monetary penalties-by fines (where civil damages or penalties are inadequate or inappropriate) 3 rather than by imprisonment or other "afflictive" punishments (save as they may be necessary to coerce payment of the monetary penalty). In a social cost-benefit analysis of the choice between fining and imprisoning the white-*

A lógica do autor, dessa forma, parece obscura nesse aspecto, vez que os danos dos crimes de “lavagem”, assim como os do “colarinho branco”, são de difícil mensuração, tal qual ocorre no homicídio, hipótese em que defende a pena não pecuniária.

Garoupa, por outro lado, afirma que, na presença da corrupção, é ideal usar (ou pelo menos ameaçar usar) sanções não monetárias com mais frequência, cujo ponto ótimo é atingido com severidade elevada.⁴⁹²

Na visão do autor português, sanções pecuniárias para crimes praticados em ambientes em que a corrupção se faz presente, equivaleria tentar dissuadir a partir da ameaça a um bem que não é escasso, ou seja, o dinheiro. Nesse cenário, as penas privativas, por envolverem a liberdade, poderiam dissuadir mais.

No cenário brasileiro, Piovesan e Suski verificaram a efetividade da prisão civil do devedor de alimentos na Comarca de Itapiranga, Estado de Santa Catarina, nos anos de 2013 a 2015:

Os dados revelam que a maioria dos executados, correspondendo a 68% (sessenta e oito por cento) das ações pesquisadas, ao serem presos, pagaram as prestações alimentícias em atraso para possibilitar sua soltura, comprovando a efetividade da prisão civil do devedor de alimentos como meio coercitivo ao desempenho adequado da obrigação alimentar na Comarca de Itapiranga/SC, nos anos de 2013 a 2015. Em 2 (dois) casos, houve acordo entre as partes, com

collar criminal, the cost side of the analysis favors fining because, as we shall see, the cost of collecting a fine from one who can pay it (an important qualification) is lower than the cost of imprisonment. On the benefit side, there is no difference in principle between the sanctions. The fine for a white-collar crime can be set at whatever level imposes the same disutility on the defendant, and thus yield the same deterrence, as the prison sentence that would have been imposed instead. Hence, fining the affluent offender is preferable to imprisoning him from society's standpoint because it is less costly and no less efficacious". POSNER, Richard. *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*. **17 American Criminal Law Review**, p. 409 - 418, 1980, p. 410.

⁴⁹² GAROUPA, Nuno. Corruption and the optimal use of nonmonetary sanctions. **International Review of Law and Economics**, v. 24, Issue 2, jun. 2004, p. 219-225. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0144818804000420>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

pagamento parcial e/ou parcelado, correspondendo a 9% (nove por cento). Já em 5 (cinco) casos, o alimentante cumpriu o prazo de prisão, totalizando 23% (vinte e três por cento) das execuções em análise. [...]. O gráfico 9 considerou apenas os executados pesquisados que tiveram a ordem de prisão suspensa em decorrência do pagamento integral do débito, totalizando o número de 15 (quinze), que corresponde aos 68% (sessenta e oito por cento) do gráfico 8. Desses, 11 (onze) pagaram o valor total no mesmo dia em que foram presos, 1 (um) adimpliu o débito no dia seguinte e apenas 3 (três) precisaram de 2 (dois) dias para alcançar a quantia necessária para efetivar o cumprimento da obrigação. [...] é possível admitir-se que a opção pelo regime fechado reforça a natureza coercitiva da prisão civil por dívida alimentícia. Por fim, a análise dos motivos que determinaram a soltura dos devedores nas execuções em análise evidencia a resposta ao problema apresentado, já que os dados revelam que a maioria dos devedores, correspondendo a 68% (sessenta e oito por cento) das execuções pesquisadas, ao serem presos, pagaram a totalidade das prestações alimentícias vencidas para efetivar a restituição da sua liberdade.⁴⁹³

O estudo foi referendado por Oliveira que, buscando evidências empíricas que demonstrassem que a pena de prisão apresenta capacidade dissuasória superior em relação à pena de multa, para os casos do “colarinho branco”, em especial onde há corrupção, concluiu:

Quanto ao crime de corrupção, por pertencer à mesma racionalidade da criminalidade econômica e dada sua característica de elasticidade, afirmou-se que os agentes tenderão a analisar a utilidade

⁴⁹³ PIOVESAN, Edivane Silvia; SUSKI Liana Maria Feix. Prisão civil do devedor de alimentos na comarca de Itapiranga nos anos de 2013 a 2015: análise da efetividade do cerceamento da liberdade como meio de coerção. **Revista do Curso de Direito Unitas**, p. 272-292, 2016. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/51491198-1-introducao-issn-no-1-ano-2016-p.html>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

que perceberiam com o crime, conjugado com o risco de serem apreendidos, e compararão as outras possibilidades lícitas, o que resultaria em uma resposta mais acentuada às políticas que reforcem a probabilidade de punição. Concluiu-se que a corrupção pode ser efetivamente dissuadida, desde que pelo instrumento de coerção correto.⁴⁹⁴

A defesa da pena de multa, como se vê, centra-se na ideia de empobrecer o “lavador”, de forma a impedir que sua lucratividade não permaneça protegida, intacta, para ser desfrutada após o aprisionamento, por exemplo. Além disso, o custo para o Estado executá-la, se comparado ao da pena privativa de liberdade⁴⁹⁵, seria menor.

Há que se ponderar, todavia, que se para a execução da pena privativa de liberdade são necessários investimentos em vagas em presídios e tudo mais que essa opção acompanha, a pena de multa depende do aparelho de execução do Estado (gastos que envolvem todos os recursos técnicos e humanos desde a inscrição do débito em dívida ativa até o trâmite do processo de execução fiscal).

Os custos dessa segunda modalidade, efetivamente, parecem ser bem menores. Resta saber se o efeito dissuasivo de ambas, considerando a atual realidade brasileira, seria o mesmo para os “lavadores” de dinheiro.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, J. M. F. **Por que Prisão?** Uma análise econômica do dilema pena de prisão *versus* pena de multa para os crimes de corrupção no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão n. 237). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁹⁵ A pena privativa de liberdade implica gastos com sistema de segurança, contratação de agentes penitenciários e outros funcionários, serviços como alimentação e compra de vestuário, assistência médica e jurídica, entre outros. No Brasil a média é de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) por preso nos Estados e R\$ 3.472,22 (três mil, quatrocentos e setenta e dois reais e vinte e dois centavos) nas penitenciárias federais. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Relatório descritivo e analítico produzido através do Termo de Parceria n. 817052/2015, firmado entre o Departamento Penitenciário Nacional, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Na doutrina estrangeira e brasileira, a pena de multa tem o prestígio da TEC, todavia, não se teve acesso a estudos que dispensassem especial atenção acerca do efeito dissuasor da penalidade monetária.

Interessante notar que, embora Becker assuma o pressuposto da dissuasão, o autor – e os demais que se seguiram, a exemplo de Richard Posner – não se preocupa em aprofundar o que realmente dissuade mais, prisão ou multa, o que nos parece um pouco contraditório. Além disso, obviamente, seu ponto de vista parte da compreensão da sociedade norte-americana, na qual os órgãos de persecução não apresentam particulares dificuldades em identificar o patrimônio do infrator e posteriormente executá-lo. Essas dificuldades estão presentes de forma extremada na realidade brasileira.⁴⁹⁶

É preciso adaptar as variáveis da TEC à realidade brasileira, o que não constitui tarefa fácil diante da ausência de dados reais acerca do Sistema Penitenciário Nacional. Apesar de a Resolução n. 6, de junho de 2012, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)⁴⁹⁷, determinar que cada um dos Estados e o Distrito Federal informem, mensalmente, ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), seus custos com as atividades prisionais, apenas os Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Rondônia informam, parcialmente, ao Depen.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, J. M. F. op. cit., jul. 2017 (Texto para Discussão n. 237) p. 7. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁹⁷ Resolução n. 6, de 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpccp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-6-de-29-de-junho-de-2012.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁴⁹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado et al. Pesquisa do custo do recluso do país e da transparência da UF's. Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo – GECAP-USP. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s#_ftn4>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Se por um lado os dados existentes acerca das penas privativas de liberdades são incompletos, os dados existentes acerca da execução das penas de multa podem servir de viés de análise.

O Relatório do Conselho Nacional, Justiça em números, ano-base 2016, informa que o tempo médio total de tramitação do processo de execução fiscal, na Justiça Estadual, foi calculado em quatro anos e seis meses. Esse período tem mais de três anos de diferença em relação à média do processo de conhecimento, um ano e quatro meses. Verifica-se, ainda, que no referido ano, tramitavam 25.009.802 (vinte e cinco milhões, nove mil, oitocentos e dois) processos de execução fiscal na Justiça Estadual, de primeiro grau⁴⁹⁹. Extrai-se do referido relatório:

No quadro geral das execuções, o maior problema é a fiscal. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas. Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 38% do total de casos pendentes, e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia de 73% para 65% em 2016 (redução de 8 pontos percentuais). A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (95%), e a menor, na Justiça Eleitoral (83%). Observa-se, na Figura 91, que todos os Tribunais Regionais

⁴⁹⁹ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números, 2016, p. 112. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Federais apresentaram taxa de congestionamento superior a 90%.⁵⁰⁰

Com essa taxa de congestionamento dos processos de execução fiscal, aplicar uma pena de multa, ainda que supere o lucro do criminoso e reparar o dano causado, não alcançaria o objetivo de efetivar as disposições da sentença criminal, nos termos do artigo 1º da Lei n. 7.210/84⁵⁰¹, e, portanto, não seria eficiente.

A resposta penal enfraqueceria com o tempo decorrido, sendo possível concluir que a dissuasão decresceria na medida em que o lapso temporal aumentasse. Muito mais, se o agente racional detiver as informações acerca do tempo de trâmite do processo de execução de eventual pena de multa, o que se constituirá num incentivo ao crime. De acordo com levantamento publicado pela empresa *AML Consulting*, das 714 mil pessoas envolvidas com crimes financeiros e delitos de “lavagem” no Brasil, no ano de 2016, 39% (trinte e nove por cento) possuem ligações políticas. A lista contempla em primeiro lugar os prefeitos e na sequência traz os senadores, deputados federais, deputados estaduais e vice-prefeitos⁵⁰². Portanto, pessoas dotadas de informação qualificada, em especial, pela proximidade com o poder e com os bastidores do sistema penal.

Nesse prisma, a simetria de informações⁵⁰³, pode dissuadir menos. Não se olvide que um dos fatores decisivos na equação do crime, segundo a TEC, é o efeito exercido pela probabilidade de condenação. Dessa forma, quanto maior for a probabilidade de punição maior é o custo da opção pelo crime. Em outras palavras, essa probabilidade depende da percepção que os indivíduos têm da efetividade e da eficiência do sistema de justiça criminal.

⁵⁰⁰ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números, 2016, p. 111. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/100d387b0339d6d8544a29e30a3b2150.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁰¹ BRASIL. Lei n. 7.210/84. Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁵⁰² Cf. Notícia publicada no site da empresa *AML Consulting*. Disponível em: <http://amlconsulting.com.br/aml-na-midia/o-mapa-da-corrupcao/>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁰³ “A maioria dos criminosos possui informações imperfeitas sobre os benefícios do crime e as probabilidades e magnitudes das penas”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 2010, p.481.

Há de se considerar, então, que os “lavadores”, indivíduos mais realistas no dimensionamento da probabilidade de ser preso e condenado, diante das informações que possuem, podem traduzir estas falhas como incentivos ao cometimento do crime.

Considerado o até aqui exposto, vê-se que a complementariedade, pena privativa de liberdade e pena de multa, com preferência para esta, encontra amparo na TEC. O grau de dissuasão dessa parceria ou o efeito isolado de cada uma resta inconclusivo, diante da ausência de dados que forneçam parâmetros para constatações e aplicação ainda que do modelo básico da TEC, ou seja, aquele que parte de pressupostos simplificadores.

Finalizando a abordagem sobre a penalidade ótima dos crimes de “lavagem”, acrescenta-se que Becker vê o efeito incapacitante como ponto positivo da pena privativa de liberdade. Segundo o economista, “uma mudança na forma da punição, por exemplo, de multa para prisão, tenderia a reduzir o número de crimes, pelo menos temporariamente, porque eles não podem ser cometidos na prisão”⁵⁰⁴.

Embora não abordada com frequência pela TEC, o efeito incapacitante ocorre quando, condenados e presos, os criminosos são temporariamente impedidos de cometer crimes. Há evidências empíricas que demonstram a preponderância do efeito dissuasor sobre o efeito incapacitante em relação às penas privativas de liberdade. Assim é, porque a incapacitação nem sempre leva à diminuição da criminalidade. Nos casos, por exemplo, em que os criminosos presos são facilmente substituídos por outros, o efeito incapacitante não reduz o número de crimes praticados.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ No original: “*Or a shift in the form of the punishment, say, from a fine to imprisonment, would tend to reduce the number of offenses, at least temporarily, because they cannot be committed while in prison*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 181. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁵⁰⁵ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas, 2010, p. 512; LEVITT, Steven D. Why do Increased Arrest Rates Appear to Reduce Crime: Deterrence, Incapacitation or Measurement Error? **National Bureau of Economic Research**, Working Paper n. 5268. Cambridge, 1995. KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using Sentence Enhancements to Distinguish between Deterrence and Incapacitation. **The journal of law and economics**, v. 42, abril 1999, p. 343-363. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Aqui fica evidenciada a necessidade de que as políticas públicas criminais, para serem bem escolhidas, sejam precedidas do diagnóstico do sistema carcerário, em especial do perfil dos seus detentos e seus respectivos portfólios.

No Brasil, a prática de crimes dentro das prisões virou uma constante, de forma que, apenas em algumas espécies de criminalidade, a pena atinge a função de incapacitar. Crimes como organização criminosa e “colarinho branco”, quase sempre, seguem sendo perpetrados mesmo com a prisão do autor dos fatos. Isso porque o poder econômico e a corrupção permitem que, embora detidos, os criminosos gerenciem os negócios ilícitos de dentro da prisão.

Reflexo dessa realidade levou à tipificação do uso de celulares em presídios pela Lei n. 12.012/09, conforme a redação do artigo 349-A do Código Penal, e a caracterização acarreta falta grave ao presidiário, nos termos do artigo 50, inciso VII, da Lei de Execução Penal.

Como exemplifica Oliveira:

Razões não faltam para se criminalizar o uso de celulares em presídios. Há pouco tempo o estado de São Paulo, principalmente sua capital, sofreu uma série de ataques comandados pelos líderes de uma organização criminosa, sendo certo que toda a ação foi controlada e monitorada por aparelhos de comunicação sem fio de dentro dos presídios. Outra ação que se repete diariamente e assola a sociedade brasileira é o “falso sequestro”, no qual o interno se utiliza dos aparelhos telefônicos móveis e realiza chamadas para extorquir suas vítimas, que muitas vezes acabam caindo no golpe e sofrem prejuízo financeiro, além do inapagável trauma.⁵⁰⁶

Nesse aspecto, a pena privativa de liberdade não atinge o efeito incapacitante esperado. A conclusão referendada por Daniel Kessler e Steve Levitt, acerca do baixo efeito incapacitante da pena privativa de

⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Eudes Quintino de. Novo tipo penal: uso de telefone celular no presídio. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823180/novo-tipo-penal-uso-de-telefone-celular-no-presidio>. Acesso em: 5 jan. 2018.

liberdade se comparado ao efeito dissuasivo⁵⁰⁷, encontra amparo no sistema carcerário brasileiro, ainda que por motivos diversos.

4.2.3 *Criminal compliance* e dados do COAF

O desenvolvimento de novas tecnologias de informática e a facilidade de acesso à rede mundial de computadores são fatores que após terem sido incorporados ao *modus operandi* da criminalidade econômica, trouxeram novos paradigmas de proteção penal. Assim, as medidas antilavagem surgiram como ícones da reação social contra a criminalidade dos poderosos, e neste contexto, o *criminal compliance* apresenta-se como reflexo desse movimento.

Na equação de Becker, o *criminal compliance* pode ser situado na variável *p*. Isso porque a sua implementação consiste em maior vigilância e, pelo menos em tese, por consequência, aumenta a probabilidade de condenação. Estaria, então, o Legislador, aumentando o risco da atividade criminosa.

Na verdade, são as regras de *compliance*, seguramente, o subsistema antilavagem mais importante, pois dele decorre a percepção primeira das tentativas de lavagem, indispensável para maioria das persecuções penais exitosas na área. Não fosse somente por esse motivo, a formação contínua dos profissionais responsáveis pela detecção de indicativos de Lavagem de dinheiro, bem como o engajamento das instituições públicas e privadas no processo, acaba por “elevar” o preço dessa atividade criminosa, tornando custosa a busca por esses serviços, cada vez mais especializados [...].⁵⁰⁸

Em linha com as evidências empíricas disponíveis, razoável assumir que a probabilidade de punição (*p*)⁵⁰⁹ é variável importante no

⁵⁰⁸ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações do Compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). op. cit., 2013, p. 54.

⁵⁰⁹ No original: “*In addition, a common generalization by persons with judicial experience is that a change in the probability has a greater effect on the number of offenses than a change in the punishment, although, as far as I*

combate à “lavagem” e que, quase sempre, os incrementos realizados nesse ponto implicam custos.

No caso do *criminal compliance*, todavia, como os custos da implementação dos sistemas de conformidade competem aos particulares, a primeira conclusão que pode ser extraída é que o Estado alterou a probabilidade de punição sem investir recursos próprios, já que entregou a terceiros a assunção dessas obrigações e os custos dela decorrentes.

Há quem veja um prejuízo parcial ao Estado, na medida em que perdeu a centralidade na prevenção dos crimes de “lavagem” de dinheiro. Ou seja, embora tenha se desonerado dos custos advindos do *criminal compliance*, já que impôs aos que atuam nos setores sensíveis o ônus da observância das normas e obrigações de colaboração, sob pena de sanções administrativas e até penais, perdeu uma parcela de poder.

O fenômeno pode ser qualificado, sim, sob este aspecto sociológico. Mas, aqui, interessa verificar que em matéria de custos, de investimentos, optou o Estado por alocar, por meio de imposição de obrigações, os recursos da esfera privada em prol da *law enforcement*.

A assunção dessas obrigações pela esfera privada aumenta o custo para a Sociedade, na medida em que deverá investir em tecnologia e na capacitação e formação de pessoas especializadas.

Essa transferência de parcela da obrigação estatal de vigilância para particulares baseia-se no fato de que o crime de “lavagem” de dinheiro “[...] atinge a sociedade, o Estado e a própria empresa usada pelo esquema de branqueamento”⁵¹⁰. O setor privado vê-se, então, motivado a engajar-se nesta cooperação antilavagem, não só porque a Lei assim determina - com o aumento do custo do seu negócio impondo punições - mas, também, porque busca evitar o abalo à imagem do negócio pelo risco de ser envolvido em casos ilícitos, afastando com isso a segurança nas transações comerciais.

Verifica-se, portanto, que o *compliance* pode e deve ser utilizado tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de

can tell, none of the prominent theories shed any light on this relation”. BECKER, Gary s. op. cit., 1968, p. 177. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁵¹⁰ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. op. cit., 2013. p. 57.

responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva.⁵¹¹

Silveira traz a crítica de que a implementação do sistema de *compliance* vai de encontro aos lucros empresariais, já que as empresas correm “[...] o risco da perda de flexibilidade diante da dinâmica do mercado, [...] de tal forma que atrelar a atividade empresarial a um programa estrito de cumprimento poderia ser-lhe, ao revés danoso”⁵¹².

As objeções são confrontadas pelo argumento de que as obrigações podem servir para que o próprio mercado possa eliminar empresas com administração irresponsável, contra o interesse comum e em desacordo com as previsões legais. Ainda, externalizando os argumentos, os consumidores poderão exercer certa seleção natural em relação a empresas que desrespeitem as premissas de conformidade⁵¹³.

Nesse enfoque, então, os particulares, além de colaborar com a segurança pública, zelariam pelos seus ativos intangíveis - boa reputação e imagem – aspectos representativos na determinação do seu valor de mercado.

Antes de avançar na análise, embora sem aprofundamento do tema, evidencia-se, desde logo, uma externalidade advinda dessa alteração legislativa: criou-se a indústria do *compliance*⁵¹⁴ que se ocupa de consultorias, cursos, treinamentos, instalação de softwares para o

⁵¹¹ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 134, abr./jun. 2015.

⁵¹² SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A Noção Penal dos Programas de Compliance e as Instituições Financeiras na “Nova Lei de Lavagem” - Lei 12.683/2012. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 57, p. 267-279, jul./set. 2012.

⁵¹³ SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. *Compliance* e Direito Penal na era pós-Lava Jato. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 36, maio 2017.

⁵¹⁴ VERHAGE, Antoinette. Supply and Demand: Anti-money Laundering by the Compliance Industry. **Journal of Money Laundering Control**, v. 12, n. 4, p. 4371-4391, 2009. Disponível em: <<https://www.emeraldinsight.com/doi/abs/10.1108/13685200910996065>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

monitoramento e identificação de operações suspeitas, inclusive com certificações ISO⁵¹⁵.

Fixadas essas premissas, para se verificar quais os custos e benefícios do *criminal compliance* na equação dos crimes de “lavagem” deveria ser possível, imagina-se, responder a duas perguntas, pelo menos: Quanto custa, em média, a implementação de um sistema de *compliance*? O que esse sistema tem influenciado na investigação e, por consequência, na probabilidade de ser descoberto, preso e condenado?

A dificuldade de calcular os benefícios do *compliance* é argumento recorrente, mesmo em países onde a sistemática já é utilizada há mais tempo. Os obstáculos giram em torno do embaraço em medir o dinheiro que ingressa informalmente na economia, além da falta de clareza das metas a serem perseguidas pelos sistemas de conformidade, em especial pela confusão entre os interesses públicos e privados.⁵¹⁶

No Brasil, as dificuldades não são diferentes e, ainda, são catalisadas pela fase embrionária em que se encontra o instituto, em especial na esfera criminal. Além da inovação legislativa, que trouxe regras ampliadas, ter apenas cinco anos, apenas recentemente, por exemplo, o Bacen, por meio da Resolução n. 4.595/17⁵¹⁷, dispôs sobre a

⁵¹⁵ A instituição das normas ISO 19600:2014 e 37001:2016, esta última que, inclusive, permite a certificação de programas de *compliance*, constituem um instrumento de uniformização desses programas, que, embora longe de efetividade plena, tendem a ganhar espaço no ambiente corporativo, sobretudo de grandes empresas que mantêm negócios com o poder público e empresas sujeitas ao regime de prevenção à lavagem de dinheiro. A ISO 19600:2014, *Compliance management systems*, visa estabelecer um guia para programas de gestão de conformidade e *compliance* no ambiente empresarial. Em 2016, a ISO 37001:2016, *Anti-Bribery Management System*, definiu padrões para a implementação de programas de combate à corrupção. Cf. ANSELMO, Márcio Adriano. *Compliance, Direito Penal e Investigação Criminal: Uma Análise à luz da ISO 19600 E 37001*. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 53 – 67, maio 2017. Ver também: FARIAS, Arioto Junior; AYRES, Carlos. A nova norma ISO 37001:2016: Sistemas de gestão antissuborno requisitos com diretrizes para uso. **Legal Ethics Compliance News**, 22 jun. 2016. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2016/06/22/a-nova-norma-iso-370012016-sistemas-de-gestao-antissuborno-requisitos-com-diretrizes-para-uso>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵¹⁶ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 180.

⁵¹⁷ BACEN. Resolução n. 4.595/17. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a

política de conformidade das instituições financeiras, e da mesma forma, a Circular n. 3.858/2017⁵¹⁸, que trata dos parâmetros das multas as instituições financeiras, foi editada.

Outro indicativo de que o País se encontra em fase de formação da cultura do *criminal compliance* é que a maior incidência das infrações julgadas pelo COAF, 59%, referem-se ao não cadastro do regulado no órgão de inteligência financeira.⁵¹⁹

As dificuldades podem ser relativizadas, por certo, pelo uso de estatísticas indiretas, que, embora não ofereçam um resultado preciso, permitem uma aproximação com os custos e benefícios⁵²⁰.

Nesse contexto, há que se partir de uma premissa, na busca da medição da eficiência dessas regras de conformidade, a fim de que eventuais resultados positivos não sejam ofuscados por expectativas superdimensionadas. Nessa linha, o ponto ótimo deve estar na minimização dos delitos e não na capacidade de eliminação total dos crimes de “lavagem” pelo *criminal compliance*. Este é o pressuposto adotado por Furtado:

funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em:

https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf. Acesso

em: 5 jan. 2018. Sobre o assunto cf. CARDOSO, Débora Motta.

Compliance das instituições financeiras e a nova regulação do BACEN.

Compliance Review, 12 dez. 2017. Disponível em:

<<http://compliancereview.com.br/regulacao-instituicoes-financeiras-bacen/>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵¹⁸ BACEN. Circular n. 3.858, de 14 de novembro de 2017. Regulamenta os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50462/Circ_3858_v1_O.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵¹⁹ Informação disponível em:

<https://siscoaf.discovery.fazenda.gov.br/coaf/servlet/mstrWeb?src=mstrWeb.3140&evt=3140&documentID=C1A624EE11E6EEDFA1A30080EFB51F14&Server=161.148.236.17&Port=0&Project=DD-COAF&>.

⁵²⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del Sistema de Prevención del Blanqueo de Capitales Estudio del Cumplimento Normativo (*Compliance*) desde una Perspectiva Criminológica. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 23, p. 117 – 138, diciembre 2009. Disponível em: <<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Temos de partir de um ponto inicial de que a auto-organização empresarial dificilmente atingirá um risco zero na perpetração de delitos, ou seja, os modelos organizacionais de *compliance* não devem pretender prevenir qualquer tipo de delito, ao contrário, o que se espera é que a pessoa jurídica apóie [sic] comportamentos conformes ao Direito, não apenas por meio de programas internos, mas também, incentivando, por exemplo, a delação de condutas ilícitas, permitindo o conhecimento de situações que poderão ser objeto, tanto de investigação interna, quanto externa.⁵²¹

Seguindo, então, na proposta de medir os custos e benefícios utilizando-se de dados indiretos, é possível imaginar um modelo estatístico a partir de variáveis como o número de comunicações recebidas de COAF, o número de RIFs⁵²² dirigidos às autoridades competentes, o número de denúncias por crimes de “lavagem” de dinheiro e, ainda, o número de condenações e medidas assecuratórias de produtos dos crimes.

Todavia, esse critério supletivo também encontra obstáculos tendo em vista a falta de articulação entre os órgãos que compõe o sistema antilavagem no Brasil⁵²³. A análise isolada permite algumas

⁵²¹ FURTADO, Regina Helena F. F. A importância do *compliance* no novo direito penal espanhol. **Boletim IBCCrim**, ano 20, n. 235, jun. 2012, p. 1.

⁵²² “As comunicações encaminhadas pelos setores obrigados pela Lei n. 9.613, de 1998 são recebidas pelo SISCOAF que, programado com regras de inteligência previamente definidas, efetua, eletronicamente, uma análise sistêmica e distribui as comunicações que deverão ser tratadas individualmente pelos analistas. [...]De acordo com o risco apurado na CGRP, são abertas pastas virtuais, chamadas ‘Caso’, para aprofundamento da análise. Além do cálculo do risco das comunicações, a CGRP efetua o gerenciamento e a hierarquização dos Casos abertos, permitindo a priorização daqueles com risco mais alto. O resultado das análises é registrado em documento denominado Relatório de Inteligência Financeira – RIF”. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financiera/recebimento-e-analise-de-comunicacoes>. Acesso em 5 jan. 2018.

⁵²³ BARROS, Marco Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 95, n. 854, p. 398, dez. 2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89039>.

conclusões, mas o confronto e a relação entre as variáveis permitiria um resultado mais realístico.

Nessa análise fragmentada, então, parece razoável centrar-se no COAF, Unidade de Inteligência Financeira (UIF), de âmbito nacional, que contempla funções de inteligência - recebimento, análise e difusão de comunicações de operações suspeitas por meio do Relatório de Inteligência Financeira (RIF) - e de supervisão - regulação e aplicação de penalidades nos setores obrigados, para os quais inexistam órgãos fiscalizadores próprios, tais como: empresas de fomento mercantil (*factoring*); comércio de obras de arte, de antiguidades, de joias e metais preciosos e cartões de crédito não bancários.

Até porque, por exemplo, as denúncias e sentenças criminais não mencionam se a investigação iniciou com base em RIFs, já que há uma orientação do corpo técnico do COAF acerca da não utilização dos relatórios e informes como prova⁵²⁴.

De acordo com o Relatório de Atividades do Coaf, entre os anos de 1999 e 2012, período de 14 anos, foram realizadas 7.168.316 comunicações. Nos anos seguintes as comunicações somaram⁵²⁵:

Quadro 1 – Comunicações Recebidas dos Setores Obrigados

ANO	Número de comunicações
2013	1.284.957
2014	1.144.389
2015	1.382.198
2016	1.492.609
2017	1.502.591

Fonte: Relatório de Atividades COAF, 2016, p. 13

⁵²⁴ CAVALCANTI, José Robalinho. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). op. cit., 2013, p. 150. Conforme esclarecido no Capítulo II, a questão, todavia, restou resolvida pela Recomendação n. 4/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabeleceu diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público Brasileiro, dos dados oriundos dos Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Embora sem caráter cogente, mas revelando a consagração de um entendimento, o artigo 6º expressamente consignou que todos os RIFs devem ser autuados em caderno apenso ao procedimento apuratório, com observância das normas de tramitação sigilosa dos dados.

⁵²⁵ Relatório Anual COAF - 2016, p. 13. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/1-relatorio-de-atividades-2016-final-para-site.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

A partir deste panorama, verifica-se que antes da entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012 havia uma média que girava em torno de 512 mil comunicações. Nos anos seguintes ao da mudança da Lei, com exceção de 2014 em que houve ligeiro decréscimo, as informações duplicaram e mantêm-se aumentando progressivamente.

Com relação aos RIFs produzidos pelo COAF, igualmente se verifica um aumento da produção. Entre os anos de 2007 e 2012 totalizaram 9033 (nove mil e trinta e três). Nos anos seguintes⁵²⁶:

Quadro 2 - Quantidade de RIF's produzidos por ano

Ano	RIFs	Pessoas relacionadas
2013	2450	15.772
2014	3178	52.812
2015	4304	77.049
2016	5662	138.661
2017	6609	197.793

Fonte: Relatório de Atividades COAF, 2016, p. 17.

O aumento do RIFs deveria refletir no número de denúncias oferecidas por “lavagem” de dinheiro, por exemplo. Veja-se que para Santa Catarina foram enviados um total acumulado, até 2017, de 520 RIFs⁵²⁷. Se os números do COAF estivessem individualizados ano a ano por Unidade da Federal, seria possível nesse ponto traçar comparação entre os RIFs encaminhados para este Estado e o número de denúncias oferecidas. Isoladamente, é possível verificar que o número de denúncias em Santa Catarina apresentou oscilação positiva e negativa a partir da vigência das alterações legislativas, todavia se o cenário foi impactado pelo número de RIFs não é possível afirmar.

⁵²⁶ Relatório Anual COAF – 2016, p. 17. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/1-relatorio-de-atividades-2016-final-para-site.pdf>. Acesso em 5 jan. 2018.

⁵²⁷ Informação disponível em: <https://siscoaf.discovery.fazenda.gov.br/coaf/servlet/mstrWeb?src=mstrWeb.3140&evt=3140&documentID=8DC8B1DD11E72FF30000080EF756E0B&Server=161.148.236.17&Port=0&Project=DD-COAF>. Acesso em 5 jan. 2018.

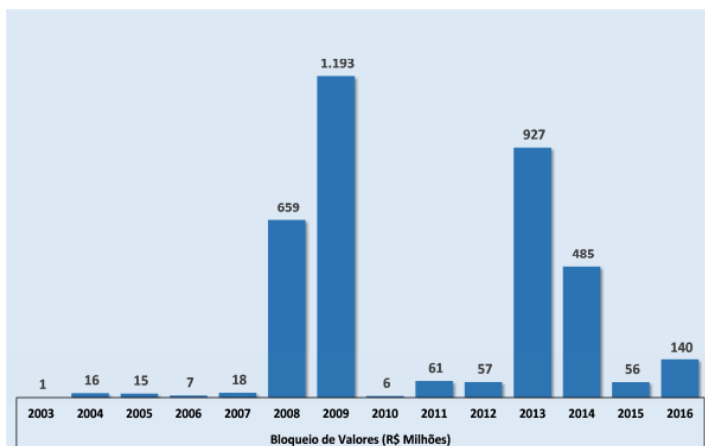
Quadro 3 - Número de denúncias por crimes de “lavagem” oferecidas pelo Ministério Público de Santa Catarina

Ano	Número denúncias
2011	3
2012	5
2013	6
2014	9
2015	2
2016	4

Fonte: MPSC⁵²⁸

Segundo o relatório do COAF, a contribuição da Unidade de Inteligência para que os órgãos de persecução realizassem o bloqueio de valores em contas correntes, fundos de investimentos e previdências privadas pertencentes a pessoas investigadas por crime de “lavagem” de dinheiro ou outros ilícitos, no Brasil e no exterior, também cresceu, em especial, após a entrada em vigor das modificações da Lei n. 12.683/2012.

Figura 5 - Bloqueio de Valores – Ano a ano (R\$ milhões)



Fonte: Extraído de Relatório Anual COAF - 2016⁵²⁹

⁵²⁸ Informação disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/servicos/atividades-das-promotorias>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵²⁹ Relatório Anual COAF - 2016, p. 22. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/1-relatorio-de-atividades-2016-final-para-site.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018. Disponível em:

Nesse ponto, é possível concluir que a Lei n. 12.683/2012 produziu impactos significativos no cenário dos obrigados e contribuiu para o aumento de bens bloqueados.

Ao se analisar a evolução de cadastros ativos no COAF⁵³⁰, percebe-se o aumento ascendente no setor das pessoas físicas ou jurídicas que prestam serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência de qualquer natureza, em operações financeiras: antes de 2013 somavam 782 e em 2017 atingiram 9670, constituindo-se no setor com o maior número de cadastros ativos. As *factorings* embora tenham mantido o crescimento mais equilibrado, pularam de 5070 para 7196 cadastros ativos, é o setor onde se encontra o maior número de multas aplicadas no ano de 2016 e, igualmente, o montante mais elevado de punições, R\$ 6.045.307,00.⁵³¹

Do total de Processos Administrativos Punitivos (PAPs) instaurados em 2016, 66 (sessenta e seis) abrangeram empresas do ramo de bens de luxo ou de alto valor, 49 (quarenta e nove) do ramo de *factoring* e 41 (quarenta e um) do ramo de joias, pedras ou metais preciosos.⁵³²

O COAF instaurou 335 PAPs ao longo de sua história, assim distribuídos: 134 no setor de fomento comercial (*factoring*); 112 no de bens de luxo ou de alto valor, 88 no comércio de joias, pedras e metais preciosos e 1 no comércio de objetos de arte e antiguidades.⁵³³

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/noticias/coaf-divulga-relatorio-de-gestao-2012>.

⁵³⁰ Vale lembrar que o COAF faz a regulação e aplicação de penalidades apenas aos setores obrigados para os quais inexistem órgãos fiscalizadores próprios, tais como: empresas de fomento mercantil (*factoring*); comércio de obras de arte, de antiguidades, de joias e metais preciosos e cartões de crédito não bancários.

⁵³¹ Informação disponível em: <<https://siscoaf.discovery.fazenda.gov.br/coaf/servlet/mstrWeb?src=mstrWeb.3140&evt=3140&documentID=C1A624EE11E6EEDFA1A30080EFB51F14&Server=161.148.236.17&Port=0&Project=DD-COAF&>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵³² Quando a ação fiscalizadora do COAF constata infração à legislação de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT) pelo supervisionado, ocorre a instauração do Processo Administrativo Punitivo (PAP). Relatório Anual COAF - 2016, p. 33. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/1-relatorio-de-atividades-2016-final-para-site.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵³³ Informação disponível em:

Estes números além de refletirem a produtividade do COAF – e permitirem pela proposta de Becker medir o custo dessa atividade⁵³⁴ - podem ser valiosos para os operadores do Direito Penal, já que a rigidez dos controles impostos a determinados setores levam à migração para esferas que possuem brechas regulatórias.

Como alerta Badaró:

A rigidez dos controles impostos a determinados setores levaram à transposição das atividades de lavagem de dinheiro para outros, menos fiscalizados [...]. As contínuas mutações no marco legal do combate à lavagem de dinheiro serão sempre pautadas por esses movimentos de progressiva ampliação das esferas de reciclagem, das entidades obrigadas e dos âmbitos afetados.⁵³⁵

Dessa forma, controlar mais um setor obrigado e aliviar outro, pode ser um incentivo para a realização de crimes por meio de determinado ramo de negócio. Seria, então, razoável, por exemplo, que um Promotor de Justiça no universo extenso das técnicas utilizadas para “lavagem”⁵³⁶, optasse por centrar uma investigação nos setores menos regulados.

<<https://siscoaf.discovery.fazenda.gov.br/coaf/servlet/mstrWeb?src=mstrWeb.b.3140&evt=3140&documentID=C1A624EE11E6EEDFA1A30080EFB51F14&Server=161.148.236.17&Port=0&Project=DD-COAF&>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵³⁴ No original: “*One approximation to an empirical measure of "activity" is the number of offenses cleared by conviction*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 175. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2017.

⁵³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. op. cit., 2016, p. 44. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

⁵³⁶ Segundo Mendroni, as técnicas mais utilizadas são: *smurfing*, *mescla*, empresa fachada, compra/venda de bens, contrabando de dinheiro, transferência de fundos. Compra/troca de ativos ou instrumentos monetários, transferência de dinheiro para o exterior por dólar-cabo ou euro-cabo, venda fraudulenta de propriedade imobiliária, centros *offshore*, bolsas de valores, companhias seguradoras, jogos e sorteios, outras operações comerciais, aquisição de antiguidades e objetos de arte, empréstimo falso, restaurantes, *fasts-foods* e comércios de refeições, aplicação em mercados futuros, fundos “Trusts”, atividade dos advogados e outros profissionais

Nessa linha, a constatação de que a “lavanderia” preferida dos crimes investigados pela “Operação Lava Jato” é a abertura de contas-correntes em nome de empresas *offshore* em bancos na Suíça, levou o referido país a mudar o modelo de sigilo bancário a fim de afastar a designação de paraíso fiscal.⁵³⁷

A partir dessas informações, é possível evidenciar a função que a TEC pode desempenhar na escolha de políticas públicas e na rotina dos aplicadores nas normas penais.

Em última análise, as atividades do COAF têm impacto na teoria econômica da dissuasão. O estudo mais aprofundado depende da integração de dados das atividades relacionadas ao sistema antilavagem no Brasil, o que levaria à melhoria na mensuração das variáveis e resultados estatísticos mais próximos da realidade.

O ideal é que caminhe de forma coordenada para se constituir a coleta e o tratamento estatístico dos custos com a prevenção e combate à lavagem de dinheiro, assim como o levantamento dos recursos recuperados em virtude das escolhas de políticas públicas e legislativas.

4.2.4 Custo e benefício da colaboração premiada

O Marquês de Beccaria, em *”Dos Delitos e das Penas”*, já pregava a necessidade de um equilíbrio no uso da colaboração premiada:

As vantagens consistem na prevenção dos delitos relevantes que, por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo. Além disso, contribui para mostrar que quem não tem fé nas leis, isto é, no poder público, é provável que também não confie no particular. Parece-me que lei geral, que promettesse impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, seria preferível a uma declaração especial em caso particular, porque assim preveniria as uniões pelo temor recíproco que cada cúmplice teria de expor-se e o tribunal não tornaria audaciosos os criminosos chamados a prestar socorro num caso particular⁵³⁸.

liberais, notas fiscais frias, cyberbanking. MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 187-240.

⁵³⁷ CHEMIM, Rodrigo. op. cit., 2017, p. 114-121.

⁵³⁸ BECCARIA, Cesare. op. cit., 1999, p. 120 - 121.

Na visão do STF, a colaboração premiada, além de um meio de obtenção de prova, é classificada como um negócio jurídico processual personalíssimo.⁵³⁹ A referida classificação permite, com mais justificativa, a aplicação do ferramental econômico na análise do instituto.⁵⁴⁰

E assim vem ocorrendo no Brasil, sendo utilizada com expresso aceite aos pressupostos da análise econômica. Basta consultar rapidamente a página do Ministério Público Federal criada para informar a sociedade acerca da “Operação Lava Jato”:

Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade.⁵⁴¹

Nesse cenário, Estado e criminoso, cada qual com suas prioridades e grau de utilidade, interagem para maximizar os benefícios

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 127.483/PR, Rel. Ministro Dias Tófoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27 ago. 2015. DJE, Brasília, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁴⁰ Cf. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 90. Para uma visão diferenciada, mas admitindo a leitura do instituto pelas ‘lentes’ da economia cf. ROSA, Alexandre Morais. op. cit., 2018, p. 241-255.

⁵⁴¹ Informação disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1ainstancia/investigacao/colaboracao-premiada/colaboracao-premiada>. Acesso em: 5 jan. 2018.

e minimizar os custos. “É uma verdadeira barganha: cada parte negocia o que quer ganhar e analisa o custo que é perder o que a outra parte quer obter”⁵⁴².

Os argumentos que giram em torno do aspecto ético guardam relação econômica, porque desembocam na suposta ineficiência do Estado. Ineficiência é um termo genuinamente econômico, que consiste na maior produção possível com o menor uso de recursos disponíveis⁵⁴³. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho afirmam que o instituto parte da “premissa de uma investigação ineficiente”⁵⁴⁴.

De outro lado, há aqueles que defendem a legitimidade da utilização nos casos de crimes praticados por organizações, nas quais impera a lei do silêncio (*omertà*), “[...] uma das úteis, importantes e, de certo, indispensáveis armas na constante luta da civilização contra criminosos, foras-da-lei e terroristas é a informação que vem dos associados deles”⁵⁴⁵.

⁵⁴² FONSECA, Cibele, op. cit., 2017, p. 114. O uso do vocábulo “barganha” guarda relação com a *plea bargaining*, adotado nos Estados Unidos e nos países da *Common Law*. Necessário, todavia, atentar-se quanto às peculiaridades de cada ordenamento. O anteprojeto do novo Código de Processo Penal, na mesma esteira, prevê a possibilidade de acordo entre as partes durante o processo, para encerrá-lo com condenação antecipada e sem produção de provas. Para aprofundamento acerca das diferenças e aproximações dos mecanismos negociais, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017; ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. *Plea bargaining*: aproximação conceitual e breve histórico. **Revista de Processo**, v. 42, n. 263, p. 429-449, jan. 2017; VASCONCELOS, Vinicius G. de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

⁵⁴³ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., 2011. p. 30

⁵⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zekner. **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 304. Cf. também CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵⁴⁵ TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 11, n. 37, abr./jun. 2007, p. 69.

Não se trata, então, de uma confissão da incapacidade de investigar por parte do Estado, mas, sim, de adotar modernas técnicas de investigação, de dar nova roupagem a antiga prova testemunhal e de dar mais força ao interrogatório diante da complexidade da criminalidade organizada a fim de, em especial, neutralizar o “silêncio” que faz parte da rotina e do *modus operandi* do crime organizado.

Na equação TEC a colaboração premiada pode ser situada nas variáveis p e f do cálculo de Becker. Isso porque a colaboração premiada, se por um lado facilita a apreensão e condenação, também influencia no *quantum* da pena.

Ocorre que no jogo de forças contrárias, o desejo é de reduzir a criminalidade e o seu custo, mas aumentando p e f . Na medida em que se elevam p e f , proporcionando benefícios crescentes de níveis mais baixos de criminalidade, é necessário enfrentar custos maiores de prender e condenar, bem como custos maiores de punir. Uma das propostas da TEC, então, é aumentar essas variáveis sem o dispêndio de maiores investimentos.

Veja-se que, na colaboração premiada, acreditando-se que o instituto tem um efeito dissuasor na medida em que aumenta a probabilidade de ser descoberta a infração penal e sua autoria, o legislador encontrou arranjo capaz de, ainda que com aumento, realocar os custos, de forma que transferiu grande parte dos investimentos necessários à operacionalização da barganha ao Ministério Público e à Polícia.

Isso porque, conforme pontuado por Rosa, o referido instrumento de consenso penal, com os contornos que vem sendo dados pelo STF, deslocou a arena da formação da culpa para a fase preliminar da investigação: “O palco principal deixa de ser a instrução judicial e se transfere para a investigação preliminar”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ ROSA, Alexandre Morais, op. cit., 2018, p. 143. Ainda: “Se no modelo americano clássico (sistema adversarial), o acordo expressa a penetração da lógica econômica e de categorias como a autonomia da vontade, de forma profunda na estética do processo, **a ponto de o júri se transformar em um elemento residual e subsidiário do sistema de justiça criminal** (não obstante a sua alegação de ser um elemento fundamental da justiça americana) [...]”. (grifo nosso). AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Augusto Jobim do. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 25, n. 128, p. 65- 89, mar. 2017.

Com a referida transferência, todo o aparato necessário para a montagem, aperfeiçoamento funcional dos personagens negociadores, aparelhagem necessária para a coleta da prova desloca-se para o Ministério Público e para a Polícia e não mais faz parte do orçamento do Judiciário. Nesse espaço de consenso, ao juiz compete o papel de homologador dentro da seara da voluntariedade, regularidade e legalidade. Há também, então, neste aspecto, uma transferência dos custos.

A “visão” econômica permite dizer que a opção legislativa se consubstanciou em verdadeiro *tradeoff* entre o Judiciário, o Ministério Público e a Polícia. A dimensão desses investimentos é significativa já que exige dispêndios para o aperfeiçoamento pessoal, aparato técnico para realizar as oitivas⁵⁴⁷ e ampliação das instalações, além de outros.

Nesse aspecto, afastando-se rapidamente do viés econômico, é importante salientar que a negociação não faz parte da formação e cultura dos Promotores de Justiça e Delegados de Polícia, que não podem e não devem se aventurar despreparados nesse campo desconhecido, sob pena de que “erros problemáticos sejam cometidos”⁵⁴⁸. Esse perfil que carece de lapidação, reforça, ainda mais, o aspecto da necessidade do aperfeiçoamento funcional, com eventos que saiam do campo do Direito e se embrenhem em áreas que melhor aprofundam as estratégias dos mercados negociais⁵⁴⁹.

O “esquema sinalagmático”⁵⁵⁰ inicia-se com a negociação entre as partes. O contato inicial, nos EUA, é recomendado que seja realizado

⁵⁴⁷ Lei n. 12.850/2013. Art. 4º § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

⁵⁴⁸ “Mas como um promotor torna-se adequadamente treinado e habilitado nessa área peculiar de sua arte? O currículo requerido não pode comumente ser encontrado na sala de aula de nossas cidades. Aqui, o conhecimento vem das trincheiras, dos veteranos, das escolas dos nocautes duros, e espera-se que venha antes que erros problemáticos sejam cometidos”. TROTT, Stephen. op. cit., 2007, p. 69.

⁵⁴⁹ Cf. ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados**: a nova economia das combinações e do desenho de mercado, São Paulo: Portfólio-Penguin, 2016.

⁵⁵⁰ “A estruturação de um esquema eventualmente sinalagmático inicia-se com a proposta do Ministério Público ao acusado (colaborador) de vários benefícios legais cumulativos e das respectivas obrigações, terminando com o acto homologatório de um juiz”. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. op. cit., 2017, p. 137.

pela defesa e, após, ocorra por intermédio do advogado.⁵⁵¹ No Brasil, a legislação silencia acerca desse “*time*” ou iniciativa, mas também exige a presença de advogado (art. 4º, § 15, da Lei n. 12.850/201). Todavia, sob o ponto de vista do investigado, o momento oportuno de falar, de colaborar, foi enfatizado pela Lei n. 12.850/2012 e pode ser trazido na linguagem econômica pela curva de utilidade decrescente de um produto. Ou seja, a utilidade marginal decresce à medida que se consome mais uma unidade⁵⁵².

Tal qual um consumidor, que se satisfaz com um bem, mas a unidade seguinte já não lhe proporciona o mesmo prazer, o § 4º do artigo 4º da Lei 12.850/13⁵⁵³ fixa maior valor ao primeiro que falar, dada a superioridade da utilidade para a persecução penal.

Isso porque, em casos complexos, a primeira informação pode ser extremamente valiosa para alavancar as investigações, permitindo sua expansão e maior eficácia. Em um segundo momento, quando o colaborador já se aliou aos órgãos de persecução, provas repetidas e que não agreguem elementos novos não terão igual valia.

Assim, além da escolha do momento, as provas prometidas tem que se reputarem importantes no contexto do “mosaico”⁵⁵⁴ probatório. Melhor dizendo, não basta ao pretenso delator decidir falar, há necessidade, também, de que os dados interessem ao *dominus litis*. Afinal, pode o Ministério Público considerar, “[...] num juízo de conveniência e oportunidade, que a prova já está satisfatória para a punição dos responsáveis”⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ TROTT, Stephen, op. cit., 2007, p. 77.

⁵⁵² FRIEDMAN, David. **Price Theory**: An Intermediate Text. Cincinnati, OH: South-Western Publishing Co., 1990. *Chapter 3 - The Consumer: Choice and Indifference Curves*. p. 44-77. Disponível em: <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Price_Theory/Price%20Theory-%20D.%20Friedman.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁵³ Art. 4º § 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: [...] II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

⁵⁵⁴ “A prova em delitos da criminalidade organizada é fragmentária, dispersa, assemelha-se a um verdadeiro mosaico, montado a partir de várias fontes diversas, para permitir chegar-se a uma conclusão, seja pela pluralidade de agentes, seja pela utilização da estrutura empresarial como anteparo, seja pela hierarquia e compartimentalização, seja pela adoção sistemática de rotinas de segredo e destruição das provas”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. op. cit., 2010, p. 170

⁵⁵⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. op. cit., 2017, p. 110.

Se há uma perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, o uso de um criminoso como testemunha encontra obstáculo na excepcionalidade do meio de obtenção de prova, além de não ser razoável diante dos riscos advindos dessa estratégia:

Um promotor que não for sensível aos perigos de utilizar criminosos recompensados como testemunhas arrisca comprometer a missão de busca de verdade em nosso sistema de justiça criminal. Em decorrência, nós esperamos que promotores e investigadores tomem todas as medidas razoáveis para proteger o sistema contra a traição.⁵⁵⁶

Na dúvida, e não havendo direito subjetivo à realização do acordo⁵⁵⁷, deve o Ministério Público “pedir uma amostra”, para avaliar se a “oferta” (informações) condiz com a demanda (prova existente até então é precária), conforme sugere Trott:

Peça uma amostra! Prometa à testemunha por escrito que você não vai usar o que ela lhe disser nesse estágio do processo contra ela, mas deixe igualmente claro que a sua decisão de fazer ou não um acordo e do que o acordo irá ou não conter não será feita antes que você tenha oportunidade de verificar o valor e a credibilidade da informação. Diga-lhe: É uma oportunidade que você tem para se ajudar, aceite-a ou deixe-a.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ TROTT, Stephen S. op. cit., 2007, p. 69.

⁵⁵⁷ “A autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária”. Ministério Público Federal. ENCCLA. Manual Colaboração Premiada. Brasília, jan. 2014, p. 3. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁵⁸ TROTT, Stephen S. op. cit., 2007, p. 78. Ainda sobre o assunto: “No caso da Operação Lava Jato, apesar de a lei não fazer previsão, os Procuradores da República têm firmado com os investigados e seus advogados um ‘Termo de Confidencialidade’ antes do início das negociações, como uma forma de garantir que o que for dito nessa etapa de tratativas não será usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial”. FONSECA, Cibele

O melhor produto (informação) é aquele que se refere aos chefes que se encontram no topo, que proporcione a revelação da estrutura hierárquica e dos autores com poder de mando no esquema criminoso.

É que, como ensina Fontes, “[...] o sentido da colaboração premiada é, sem dúvida, que subordinados sejam beneficiados por entregarem os chefes da organização criminosa, e não o contrário – que os chefes o sejam, por entregarem seus subordinados”⁵⁵⁹.

Nesta fase que antecede o acordo, o Estado-acusador, além de convencer-se da necessidade da utilização do instituto e de bem avaliar a “amostra”, deverá, por seu turno, desenhar mecanismo bem claro de incentivo para que o réu decida colaborar, com informações precisas acerca do *quantum* e da espécie de pena, do regime, de eventual substituição por restritiva de direitos etc. O aviso de Trott soa oportuno: “Lembre-se que o documento pode voltar para assombrá-lo se ele for mal redigido”⁵⁶⁰.

Fixadas estas premissas, que devem nortear a negociação, parte-se para a análise dos custos e benefícios dela decorrentes.

Sob o ponto de vista da Sociedade, num ambiente de escassez probatória, a colaboração, não raras vezes, é única forma de permitir, com maior grau de confiabilidade, a revelação dos autores, do *modus operandi*, da estrutura hierárquica e da localização do proveito e produto do crime. O fato é que “[...] os investigadores/acusadores precisam de informações qualificadas e o atalho são os delatores”⁵⁶¹.

Assim, entre os benefícios, o Estado economiza tempo e dinheiro, abreviando a formação da culpa, e recupera mais facilmente o proveito econômico auferido com a “lavagem”.

Há, pelo que se percebe, prestígio ao efeito reparatório, na medida em que a colaboração permite a recuperação célere do produto

Benevides Guedes. op. cit., 2017, p. 112.

⁵⁵⁹ FONTES, Márcio Schiefler. Novas fronteiras da investigação, o processamento de atos de corrupção e a colaboração premiada. In: GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David. **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectiva**. Florianópolis: Empório do Direito: 2017, p. 178-179. No mesmo sentido: “Para dar um basta nisso, prender os chefes e arruinar suas organizações, é necessário fazer com que os subordinados se virem contra os do topo”. TROTT, Stephen, op. cit., 2007, p. 74.

⁵⁶⁰ TROTT, Stephen, op. cit., 2007, p. 77

⁵⁶¹ ROSA, Alexandre Moraes, op. cit., 2018, p. 299.

do crime, o que pelas vias normais ocorreria após longos anos por efeito da condenação pela prática dos crimes de “lavagem”.

Exceto nos raros casos de decretação de indisponibilidade cautelar dos bens, o acusado tem tempo de desfazer-se de seus bens e, caso venha ser definitivamente condenado, pode se apresentar para o cumprimento da pena sem qualquer patrimônio em seu nome. Os prejuízos ao Estado e à sociedade são patentes.⁵⁶²

Embora a lei apresente hipóteses alternativas, para que atinja seu grau máximo de benefícios, o acordo deve sempre contemplar o retorno aos cofres públicos dos bens desviados. Essa sistemática vem sendo observada nos acordos da “Operação Lava Jato”, com cláusulas para a devolução do que foi objeto de “lavagem”, além de multa que incide sobre o patrimônio lícito do acusado.⁵⁶³

O mote é não permitir que o instituto tome rumo contrário à sua criação, concedendo-se a imunidade ao criminoso que auferiu ganhos extraordinários e, em dado momento, que lhe seja conveniente, “mude de lado” para se livrar da condenação e poder desfrutar do dinheiro ilícito.

Em contrapartida, a utilização do instituto da colaboração premiada significa a perda da possibilidade de aplicar maior reprimenda ao condenado o que poderia levar à menor dissuasão.

Assim, o estado abre mão de aplicar a sanção em sua máxima extensão a um indivíduo ou grupo deles, em prol de um alcance maior da lei penal, sobretudo aos estratos do crime onde a lei penal dificilmente consegue atingir. Por outro lado, há que ser usado com a máxima cautela, sob pena de terminar com a impunidade de todos.⁵⁶⁴

⁵⁶² FONSECA, Cibele Benevides Guedes. op. cit., 2017, p. 211.

⁵⁶³ Cf. Ministério Público Federal –Caso Lava Jato: Lava Jato em números. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁶⁴ ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada como novo paradigma do processo penal brasileiro. In: MANSUR, Sandro (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Sérgio Moro**. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017, p. 219-248, p. 245.

Isso porque, as penas baixas (f), que serão cumpridas pelos acusados-colaboradores, e a ausência delas, nos casos de imunidade, podem impactar negativamente a dissuasão, traduzindo aos demais potenciais “lavadores” que o crime compensa.

Yehonatan Givati afirma que essa duplicidade de impactos produzidos pela colaboração premiada não diminua o efeito dissuasor, já que, se por um lado, quando usada a negociação, são aplicadas sentenças mais curtas para aquele que se declarou culpado, o que reduz a dissuasão, por outro, com o uso da negociação, não há necessidade de julgamento completo para condenar o réu, o que reduz custo e direciona os recursos para outras investigações e condenações, que leva à maior probabilidade de condenação e, por consequência, à maior *deterrence*.⁵⁶⁵

Em outras palavras, o Estado economiza tempo e dinheiro com o acordo e investe referido valor em outros casos, nos quais não há o “atalho” e a investigação seguirá os meios de provas triviais. Assim, se por um lado as penas são reduzidas pela colaboração (f), o que pode causar um impacto na dissuasão, as demais condenações obtidas elevariam a probabilidade de condenação (p) e ofuscariam esta percepção inicial. Na tensão entre as duas forças, a redução das punições

⁵⁶⁵ No original: “*In theory plea bargaining has two effects on deterrence. On the one hand, when plea bargaining is used shorter sentences are imposed on those who plead guilty, which reduces deterrence. On the other hand, when plea bargaining is used there is no need to hold a full trial to convict a defendant, so with the same resources more convictions can be obtained, or in other words the probability of conviction increases, which increases deterrence. Which of these effects dominates? In the vast literature on plea bargaining the argument that plea bargaining will increase crime is not raised, which seems to imply that most scholars do not think that the effect of reduced sentences could dominate the effect of increased probability of conviction. Furthermore, in unreported regression using number of prisoners in each country I do not find that a greater scope of more plea bargaining is associated with less prisoners, when controlling for the level of crime, as one would expect if the effect of reduced sentences dominated the effect of increased probability of conviction. If the reduction in sentences does not dominate the increase in the probability of conviction, deterrence cannot be lower when more plea bargaining is used, and therefore the problem of reverse causality does not arise*”. GIVATI, Yehonatan. **The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence**. Discussion Paper n. 39. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2011, p. 21. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center. Acesso em: 5 jan. 2018.

não domina o aumento da probabilidade de convicção e a dissuasão não é menor quando a negociação ocorre.

A conclusão, todavia, não afasta a cautela sugerida por Trott:

Imunidade total de acusações deve ser usada somente como último recurso. Condene-os e faça-os então testemunhar perante o Grande Júri. Recorra ao uso de imunidade após a condenação se necessário. Algumas vezes, se o peixe menor estiver preso firmemente na rede, tudo o que você tem a lhe dar é uma oportunidade para ajudar a si mesmo na sentença.⁵⁶⁶

O argumento traduz a mais valia da imunidade, que só pode estar entre as benesses oferecidas ao investigado, ou acusado, se a informação estiver em escala superior de vantagens à sociedade, sob pena de influir positivamente na decisão pelo cometimento do crime.

O raciocínio é referendado por Kaplow e Shavell, para quem o “auto-relato” reduz os custos de execução eliminando a necessidade de aplicação da lei para detectar, apreender e condenar os infratores. Assim, a aplicação da lei deveria incentivar a “auto-denúncia”, reduzindo as sanções impostas aos infratores que assim agem. No entanto, para que a dissuasão seja mantida no nível social ótimo, as sanções não devem ser substancialmente inferiores às sanções sem “auto-denúncia”⁵⁶⁷.

A investigação abreviada, garantida pela colaboração e reforçada pela prioridade dos processos em que figure réus colaboradores⁵⁶⁸, também impacta na dissuasão.

⁵⁶⁶ TROTT, Stephen S. op. cit., 2007, p. 75. Mendroni lembra que: “[...] durante a tramitação do PL n. 3.443/08 – que deu origem à reforma legal, havia outro projeto – mais sensato, segundo interpretamos -, o PL n. 3.247/08, que, anexado àquele, somente previa a retirada do tal ‘perdão judicial’ no dispositivo. Mas foi rejeitado pelo relator do projeto principal, o Dep. Antonio Carlos Biscaglia, que entendeu merecer permanecer, este (incrível) dispositivo”. MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., 2015, p. 127.

⁵⁶⁷ KALOW, L.; SHAVELL, S. Optimal law enforcement with self-reporting of behavior. **Journal of Political Economy**, n. 102, p. 583 – 606, 1994. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/261947>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁶⁸ BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho e 1999. Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado,

Dusek ao investigar os reflexos de uma reforma do processo criminal na República Checa, entre os anos de 2002 e 2008, concluiu que um procedimento criminal mais curto e mais simples pode determinar as taxas de criminalidade, aumentando a severidade percebida da punição, em especial nos crimes contra o patrimônio, nos quais evidenciou um decréscimo de 23% nos assaltos e 11% nas fraudes financeiras⁵⁶⁹.

Uma punição que venha em menor tempo, ganha relevância na equação do crime, já que influi na probabilidade de *deterrence (p)*: aumenta o preço de cometer o crime e reduz os custos de processar para os órgãos da *law enforcement*.

A conclusão, em certo grau, é referendada por Q. Wilson e Allan Abrahamse para quem os criminosos de carreira têm personalidades dispostas a supervalorizar os benefícios do crime e subestimar seus custos, isso porque são incomumente impulsivos e orientados ao presente.⁵⁷⁰

Para usar a linguagem dos economistas, os agentes agem sob desconto hiperbólico, concentrando-se nos custos e benefícios imediatos. Com isso, uma punição imediata pode impactar positivamente a dissuasão e concorrer, com maior robustez, com os benefícios.

Há que agregar, também, que os custos para investigação dessa espécie de criminalidade ultrapassam os gastos ordinários diante da exigência de maior material humano e técnico para seu enfrentamento. Isso porque, a complexidade do *modus operandi*, o poder econômico e político que serve de sustentáculo, a clandestinidade das condutas e o uso de pessoas jurídicas como anteparo para a prática dos crimes – no Brasil a pessoa jurídica não é responsável penalmente por crimes de “lavagem” - formam um cenário que exigem maiores investimentos que são poupados quando ocorrem os “acordos”.

acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei. (Incluído pela Lei n. 12.483/2011).

⁵⁶⁹ DUSEK, Libor. Time to Punishment: The Effects of a Shorter Criminal Procedure on Crime Rates. Out. 2013. **International Review of Law and Economics**, v. 43, August 2015, p. 134-147. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818814000210?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

⁵⁷⁰ WILSON, James Q; ABRAHAMSE, Allan. op. cit., 1992. Para aprofundar o assunto cf. SHANE, Frederick; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. op. cit., 2002.

Somam-se às variáveis de economia de custo e tempo, outras como o fato de as vítimas e testemunhas serem poupadas da confrontação com os acusados, reduzindo-se a vitimização secundária⁵⁷¹, além da diminuição da carga processual nos tribunais e nos órgãos de persecução, cujos recursos escassos podem ser direcionados para outros casos graves. Tornar os recursos escassos menos escassos é decorrência da alocação eficiente.

Com efeito, o maior custo para a sociedade, ao negociar com um criminoso, “[...] resume-se a abrir mão parcialmente do efeito retributivo da pena em prol do efeito restaurativo”⁵⁷², sem que isso, pelo que conste, cause menor dissuasão.⁵⁷³

Nesse panorama, ainda que o Estado, na barganha, perca uma parcela do efeito retributivo da pena, a referida perda parece ser compensada e superada pelos efeitos restaurativos e dissuasores. Na parêntese custo-benefício, é possível concluir que o saldo é positivo.

O alargamento das hipóteses de incentivo à colaboração premiada, na equação do criminoso, por um lado, diminui o preço do crime, porque permite o arrependimento, amplia as opções de defesa⁵⁷⁴ e resguarda parcela de seu maior bem, a liberdade. Por outro, instala a desconfiança e dificulta as parcerias ilícitas: “[...] a cisão é eficiente a ponto de provocar um efeito dominó nessas relações”⁵⁷⁵.

Isso porque há o aumento do custo de se associar ao bando sabendo que, se um dos membros for investigado ou processado, poderá receber do Estado proposta para delatar o esquema criminoso (*p*). Tem-se aí efeito desestimulante da colaboração, no sentido de dificultar a formação de parcerias que visam à “lavagem”.

Para se ter a dimensão desse desencorajamento, basta recordar que a formação de parcerias é uma constante no mercado ilícito – “[...]”

⁵⁷¹ Cf. ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, op. cit., 2013. p. 531.

⁵⁷² FONSECA, Cibele B. G. op. cit., 2017, p. 212.

⁵⁷³ Em sentido contrário cf. “[...] não há inibição ou inibição da atividade delitativa, mas, por outro lado, pode-se proporcionar até mesmo um aperfeiçoamento das estratégias de atuação delitativa”. FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. **Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 76, p. 41-54, fev./mar. 2017, p. 52.

⁵⁷⁴ FONSECA, Cibele B. G. op. cit., 2017, p. 88.

⁵⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2018, p. 16. No mesmo sentido: FONSECA, Cibele B. G. op. cit., 2017, p. 16.

afinal não há quem recicle sozinho e, muito menos quem lave recursos para uma pessoa singular”⁵⁷⁶ - de modo que a colaboração, nesse aspecto, fragiliza a matriz do “branqueamento”.

Pelo teor das Leis n. 12.683/2012 e n. 12.850/2013, partindo do pressuposto da aplicação analógica aos crimes de “lavagem”, o maior benefício para o criminoso pode chegar à imunidade e ao perdão. O acordo pode ainda dispor sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação.

Neste aspecto, no julgamento do Habeas Corpus n. 127.483-PR, ficou clara a possibilidade de envolver cláusulas patrimoniais e, mais ainda, a análise de custo e benefício:

Se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-lhe que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação. Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-administração, representado pelo seu titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé. Ademais, essa cláusula patrimonial somente produzirá efeitos se o agente colaborador cumprir integralmente a obrigação por ele assumida no acordo, quando então terá direito subjetivo à sua aplicação.⁵⁷⁷

Nos acordos da “Operação Lava Jato” outros benefícios foram inseridos: a) redução da pena de multa que vier a ser aplicada ao réu, de forma a fazê-la coincidir com o seu patamar mínimo; b) o acordo marca o início da execução de tal pena, fazendo-o coincidir com a assinatura

⁵⁷⁶ RODRIGUES, Fillipe Azevedo; RODRIGUES, Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo. **Lavagem de dinheiro e crime organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 23.

⁵⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 127.483/PR, Rel. Ministro Dias Tófoli, DJE-021, 4/2/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

do Termo de Colaboração Premiada, mesmo antes, portanto de este ser judicialmente homologado; c) progressão do regime fechado para os regimes semiaberto ou aberto; d) extensão à ação penal relativa a crimes objeto de determinados processos e inquéritos policiais pendentes ou futuros.⁵⁷⁸

Para avaliar o que leva um criminoso a deslocar-se da posição de defesa e passar a colaborador, a Teoria dos Jogos vem sendo utilizada. É porque o instrumento microeconômico permite a compreensão do comportamento estratégico e não aleatório dos agentes que interagem entre si em um ambiente dinâmico.

É comum utilizar a teoria dos jogos para modelar (i.e., tentar prever) o comportamento de indivíduos interagindo uns com os outros, pois ela se presta a analisar relações dinâmicas: se eu fizer A, como reagirão as outras pessoas? E se eu fizer B? Geralmente, o “jogo” se desenvolve em um ambiente em que cada “jogador” tem informações incompletas sobre as reações dos outros jogadores.⁵⁷⁹

Nesse contexto, os jogadores são o acusado, o Ministério Público e Delegados de Polícia e o Juiz homologador.

O investigado terá, então, que ponderar se delata ou não - identificando os coautores e partícipes e indicando os bens e ativos, produtos dos crimes praticados - ciente de que os demais coautores receberão a mesma proposta e, se um deles colaborar antes com o

⁵⁷⁸ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/>>. No sentido da ilegalidade das referidas cláusulas: “Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. Não se divisando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia. Técnicas que, aliás, sempre seriam de reputar-se como inadmissíveis num meio de obtenção de prova que contende com direitos fundamentais de terceiros como é o caso da colaboração”. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. op. cit., 2017, p. 146.

⁵⁷⁹ POSNER, Eric A. Símbolos, Sinais e Normas Sociais na Política e no Direito. Tradução de José Rodrigo Rodriguez. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 231-268, jan./jun. 2008.

Ministério Público, poderá receber a imunidade. Eis um incentivo: saber que o coautor recebeu proposta de colaboração premiada.

O estímulo à decisão de cooperar é potencializado se o agente for abandonado pelo grupo, tal qual aconteceu com Mario Chiesa, “o ladrãozinho”, primeiro a falar na operação “Mãos Limpas”, na Itália.

O ex-deputado André Vargas, por exemplo, deixou transparecer sua mágoa em depoimento prestado à CPI da Petrobás pelo fato do PT tê-lo abandonado quando sua prisão preventiva foi decretada, dizendo que escreverá um livro sobre o tema.⁵⁸⁰

Os custos de não colaborar e insistir na ação solitária são altos, em especial se o investigado/acusado estiver preso preventivamente e forem robustas as provas contra si. Assim, deverá analisar se o benefício de ser solto, colocado em prisão domiciliar, ter a pena reduzida ou receber a imunidade, supera os custos privados de delatar esquema do qual participou, reconhecendo sua culpa, indicando seus bens ilícitos e apontando os comparsas. No dizer de Sérgio Moro:

Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos.⁵⁸¹

A decisão, pelo potencial colaborador, envolve, dessa forma, a probabilidade de condenação, diante da prova já angariada. Nesse aspecto, a existência de “boas provas” estimula o abandono da estratégia solitária e realça os ganhos em cooperar com o Estado.

Segundo Rosa, a prisão processual e as medidas cautelares são instrumentos manejados para possibilitar a incidência “Dilema do

⁵⁸⁰ CHEMIN, Rodrigo. op. cit., 2017, p. 98.

⁵⁸¹ MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2005, p. 58-59.

Prisioneiro”⁵⁸² na colaboração premiada, já que procuram “[...] colocar os investigados/acusados em *déficit* de informações”⁵⁸³.

Efetivamente, em regra, a assimetria de informação aumenta o custo para o criminoso que vê o aparato Estatal como uma máquina grandiosa e combativa, desconhecendo as mazelas do sistema.

Todavia, se tal qual constatado por Edwin Sutherland, os criminosos do “colarinho branco” “[...] são relativamente imunes por causa do viés de classe dos tribunais e do poder deles para influenciar na criação e aplicação da lei”⁵⁸⁴, além de possuírem ligações políticas⁵⁸⁵, esses detêm informações privilegiadas e, na equação do crime, dimensionam com maior precisão real a probabilidade de ser preso e condenado.

Se assim for, o domínio de informações privilegiadas até pode levar à assimetria com relação àqueles que ingressam no sistema penal por crimes de menor severidade, geralmente pertencentes a classes menos abastadas, mas nas relações que essa espécie de criminalidade mantém com os órgãos da *law enforcement* a relação é de paridade, inclusive de informações.

A conclusão é reforçada, pelo menos no Universo da “Operação Lava Jato”, na qual 70% das colaborações foram realizadas com acusados soltos.⁵⁸⁶

⁵⁸² Relembrando: O “dilema dos prisioneiros” é o modelo mais famoso da teoria dos jogos, que elucida a situação hipotética de dois homens suspeitos violarem conjuntamente a lei, e que são interrogados, simultaneamente, em salas separadas pela polícia. PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. op. cit., 2002, p. 464.

⁵⁸³ ROSA, Alexandre Morais da, op. cit., 2018, p. 16. No mesmo sentido: FONSECA, Cibele B. G. op. cit., 2017, p. 79.

⁵⁸⁴ SUTHERLAND, Edwin H. op. cit., 2014, p. 99. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁸⁵ Conforme pesquisa da *AML Consulting*, das 714 mil pessoas envolvidas com crimes financeiros e delitos de “lavagem” no Brasil, no ano de 2016, 39% possuíam ligações políticas.
Cf. Notícia publicada no site da empresa. Disponível em: <<http://amlconsulting.com.br/aml-na-midia/o-mapa-da-corrupcao>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁸⁶ Cf. DALLAGNOL, Deltan Dallagnol. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus. **Notícias UOL**, 17 nov. 2015. Opinião. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/opinia0/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoes-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Dessa forma, o argumento que não é recente de que presos preventivamente são colados em posição de escassez de informação encontra obstáculo nos números e na descrição quase palpável de Chemin: “Os envolvidos na corrupção praticamente institucionalizada no trato da coisa pública entendem-se pelo olhar e pelo ambiente político que os rodeia”⁵⁸⁷.

Assim, não há evidências da utilização desse “incentivo” - prisão preventiva - para fomentar a colaboração premiada, o que, em última análise, levaria à retirada da voluntariedade, requisito essencial nos termos do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013.⁵⁸⁸

Para exemplificar a adesão a esse “jogo” que em dado momento torna-se “cooperativo”, no caso da “Operação Lava Jato” diversos investigados e acusados incentivados por atenuações nas penas, voluntariamente assumiram a responsabilidade penal, indicaram coautores do esquema de “lavagem”, além de devolverem o proveito do crime.

Quadro 4 - Quadro comparativo das penas fixadas aos colaboradores e não colaboradores.

NÚMERO DOS AUTOS	COLABORADOR	PENA FIXADA	PENA NEGOCIADA	QUANTIAS A TÍTULO DE REPATRIAÇÃO/MULTA REPARATÓRIA	RÉU NÃO COLABORADOR	PENA DO RÉU NÃO COLABORADOR
5026212-82.2014.404.7000	Alberto Youssef	9 anos e 2 meses de reclusão e 225 dias-multa	3 anos reclusão, em regime fechado	Confisco dos bens relacionados nas cláusulas sétima e oitava do acordo de colaboração até o montante correspondente a R\$18.645.930,13	Waldomiro de Oliveira	11 anos e seis meses de reclusão (fechado) e 225 dias-multa
5083351-89.2014.404.7000	Alberto Youssef	19 anos e 2 meses de reclusão e 428 dias-multa	Suspensão da pena	Confisco dos bens relacionados nas cláusulas sétima e oitava do acordo de colaboração até o montante correspondente a R\$18.645.930,13	Gerson de Mello Almada	19 anos de reclusão, em regime fechado, e 255 dias-multa

⁵⁸⁷ CHEMIN, Rodrigo. op. cit., 2017, p. 27.

⁵⁸⁸ Lei n. 12.850/2013. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

NÚMERO DOS AUTOS	COLABORADOR	PENA FIXADA	PENA NEGOCIADA	QUANTIAS A TÍTULO DE REPATRIAÇÃO / MULTA REPARATÓRIA	RÉU NÃO COLABORADOR	PENA DO RÉU NÃO COLABORADOR
5083401-18.2014.404.7000	Paulo Roberto Costa	10 anos de reclusão, em regime semiaberto e 250 dias-multa	Pena privativa de liberdade limitada ao período em prisão cautelar; 1 ano de prisão domiciliar (tornozeleira); a partir de 01/10/15, prisão com recolhimento domiciliar nos finais de semana e noite; a partir de 01/10/16, regime aberto pelo restante da pena.	Confisco dos bens relacionados no acordo até o montante correspondente a R\$29.223.961,00	Rogério Cunha Pereira	17 anos e quatro meses de reclusão (fechado) e 376 dias-multa

Fonte: Ministério Público Federal⁵⁸⁹

Possível concluir que a estratégia tomada pelos colaboradores foi eficiente, já que, mesmo abrindo mão dos bens e recursos adquiridos ilicitamente, estão em situação de melhor “bem estar” em relação aos que não colaboraram.

Em síntese, há indicativos de que os benefícios para a sociedade superam o custo de propor a colaboração, que consiste basicamente em negociar com um criminoso o perdão judicial ou a redução de sua pena. Há a flexibilização do efeito punitivo em prol do efeito restaurativo, sem influência negativa, em linha com a TEC, no efeito dissuasivo.

Na visão de Fonseca e Tabak a colaboração premiada é eficiente sob o ponto de vista de Kaldor-Hicks⁵⁹⁰:

⁵⁸⁹ Cf. Ministério Público Federal. Sentenças proferidas nos autos da “Operação Lava Jato”: n. **5026212-82.2014.404.7000** disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/04/Evento-1388-SENT1-abreu-e-lima-.pdf>>; n. **5083351-89.2014.404.7000** disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/Sentena508335189.2014.404.7000.pdf/view>>; n. **5083401-18.2014.404.7000** disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentenca-5083401-18-2014-404.7000>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

Com efeito, os benefícios para a sociedade são superiores aos custos. Do mesmo modo, os benefícios para o colaborador, em determinadas situações, são maiores que as perdas. Há um equilíbrio nessa interação, cada agente maximizando seu interesse, e aparentemente havendo custos que podem ser compensados.⁵⁹¹

Nesse cenário, ainda que hajam perdedores, há uma busca pelo equilíbrio eficiente. Ademais, para além dos limites legais e constitucionais que devem nortear a utilização da colaboração premiada, a escassez dos recursos para a investigação exige que, nesse ambiente dinâmico, a eficiência não seja apenas o fim perseguido, mas paute cada escolha que compõe o procedimento que culminará no acordo.

4.2.5 Custo e benefício do alargamento das medidas assecuratórias e a recuperação dos ativos

Na equação TEC, as medidas assecuratórias situam-se na variável f e tem ligação direta com o benefício do crime⁵⁹². Isso porque, podem instrumentalizar a perda do instrumento, produto e proveito do crime, a

⁵⁹⁰ Relembrando: “O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores”. SALAMA, Bruno Meyerhof. op. cit., 2008b, p. 24. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁵⁹¹ FONSECA, C. B. G., et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁵⁹² No original: “*The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities*”. BECKER, Gary S. op. cit., 1968, p. 177. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

reparação do dano e o pagamento da pena de multa ou prestação pecuniária.

Em outras palavras, na essência das medidas assecuratórias, há tanto a busca pelo ressarcimento do dano causado quanto a dissuasão e prevenção de novas práticas, que já auxiliam na cobrança das penalidades pecuniárias impostas e impedem a fruição dos bens ilícitos pelos criminosos, bem como a reinserção na economia, o que, se ocorrer, dificulta a persecução e incentiva a criminalidade econômica.

A “lavagem” de capitais afeta tanto a ordem econômica como a financeira e tributária, atuando como verdadeiro multiplicador de atividades financeiras criminosas⁵⁹³.

A lesão à ordem econômica, *stricto sensu*, evidencia-se, em regra, na fase de integração, quando os ativos ilícitos, para receber a aparência de licitude, são investidos no mercado formal, por meio da compra de ações de empresas, aquisição de propriedades e bens, concessão de empréstimos etc.

As empresas financiadas por capital ilícito, por exemplo, arcam com custos muito menores, já que esse tipo de capital fica imune aos impostos e não se sujeita aos custos da economia formal. Nesse ambiente, uma concorrência desleal é estabelecida.

Da mesma forma, em geral, o sistema financeiro é utilizado para inserir os ativos ilícitos por meio de sucessivas e, aparentemente, desconexas operações, entre sistemas de diversos países, passando quase sempre por aqueles conhecidos como paraísos fiscais, dispersando os ativos, com a finalidade de distanciá-los de sua origem ilícita. Esses ativos ilícitos contaminam as instituições financeiras, afetando a liquidez e a confiança das entidades de crédito, além de privar o sistema tributário de grandes receitas.

O controle dessa espécie de crime parece depender, então, em grande parte, da recuperação desses ativos “sujos”, retirando-se a matéria prima⁵⁹⁴ dos “lavadores”. A recuperação de ativos pode ser

⁵⁹³ No original: “*First we identify the role of money laundering as a multiplier of criminal financial activities*”. MASCIANDARO, Donato. Money Laundering: the Economics of Regulation. **European Journal of Law and Economics**, v. 7, p. 225–240, may 1999, p. 225. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1008776629651>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁹⁴ Uma organização criminosa, assim como uma organização capitalista qualquer, busca reunir os fatores de produção disponíveis para efetuar suas

sucintamente definida como um conjunto de atividades estatais destinadas à retomada, por parte do Estado, de todos os bens, direitos e valores provenientes dos crimes de “lavagem” de capitais, por meio do confisco (perdimento em favor do Estado brasileiro) ou da repatriação (quando se localizam em outros países), podendo ser alcançada, portanto, internamente ou por meio da cooperação internacional.

Embora num primeiro momento, o tema pareça ter ligação apenas com os efeitos da condenação, faz-se presente, também, na investigação, por medidas assecuratórias e, igualmente, envolve o tratamento dos bens durante o processo, por meio da administração judicial ou da alienação antecipada.

Historicamente, a persecução penal referente à criminalidade tradicional tem como principal objetivo a repressão individual e corporal, tendo negligenciado os bens e ativos provenientes de crime e, em consequência, o aspecto da administração e procedimentos relativos a esses bens e valores apreendidos nos processos criminais.

Em reversão a esse quadro a legislação criminal foi lentamente criando mecanismos para lutar contra a criminalidade organizada. A Lei n. 9.613/98 representou, nesse aspecto, marco no desenvolvimento dessa nova perspectiva, no sentido de valorizar a prevenção e repressão ao crime por seu viés econômico, retirando-se seu lucro, mostrando que “o crime não compensa”.

Como pontua Mendroni:

A principal forma de combate às organizações criminosas envolve atacá-las sem afrontá-las diretamente, no corpo a corpo, com os tradicionais métodos de utilização de prisões, embora estas ainda sejam muito necessárias. É, primordialmente, atacar os seus bens, o seu dinheiro, o seu capital, que é, por assim dizer, a sua corrente respiratória, o que as mantém vivas.⁵⁹⁵

Nesse contexto, a Lei n. 12.683/2012 veio aclarar e ampliar, em seu artigo 4º, sobre o procedimento a ser adotado quanto à arrecadação cautelar de bens, direitos e valores do investigado, acusado ou existente em nome de terceira pessoa, que sejam instrumento, produto ou proveito

atividades (neste caso ilegais) com o escopo de obter lucros. BORILLI, S.P.; SHIKIDA, P.F.A. op. cit., 2002, p. 1.

⁵⁹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. op cit., 2015, p. 34.

dos crimes previstos na Lei ou dos crimes antecedentes, além de prever a alienação antecipada, nos termos do § 1º do mesmo artigo. Ainda, o § 2º do artigo 4º, embora tenha permitido a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores, invertendo o ônus da prova quando à licitude de sua origem, manteve a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

Num primeiro momento, os custos sociais do crime foram reduzidos, na medida em que se deu ênfase à reparação do dano, permitindo-se a constrição de bens inclusive com origem lícita comprovada.

Recuperar os recursos públicos desviados reduz os incentivos do crime, aumentando, assim, seus custos. Isso faz com que a criminalidade organizada tenda a diminuir, eis que se sabe que, ao ser pego, há chances de se perder tudo o que foi conquistado ilicitamente. Além disso, a recuperação célere e eficaz do produto do crime de corrupção, como já dito, traz benefícios para a sociedade, uma vez que a tradição jurídica brasileira só permite a perda dos bens ilícitos após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que leva anos para acontecer – quando acontece – no Brasil. A menos que tenha sido decretada a indisponibilidade cautelar dos bens – ressalte-se que essa não é uma prática comum no Judiciário brasileiro – o acusado tem tempo de desfazer-se de seus bens e, caso definitivamente condenado, apresentar-se a cumprir a pena sem qualquer patrimônio em seu nome. O prejuízo ao Estado e à sociedade é visível.⁵⁹⁶

Assim, a sistemática da decretação da perda dos bens efetivada somente após o trânsito em julgado foi aos poucos reformulada e agora é catalisada pelo alargamento temporal e qualitativo das medidas assecuratórias e pela possibilidade de alienação antecipada.

⁵⁹⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. et. al. op. cit., 2015, p. 20. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Mais que isso, recuperar os ativos vai ao encontro da “Justiça Restaurativa”, que parte da premissa que o Direito deve apresentar soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.⁵⁹⁷

Em situação transversa, no viés do criminoso, as medidas assecuratórias desestimulam os crimes de “lavagem”, incentivando que a satisfação das necessidades seja perseguida no mercado lícito.

Isso porque, contribuíram para privar, com maior rigidez, o criminoso do proveito do crime e dificultar que o dinheiro “sujo” retroalimente o mercado criminal, o que, em certo nível, pode impedir a expansão dos negócios ilegais.

Nessa ótica, todavia, o estudo realizado por Masciandaro, acerca da eficácia da Lei Italiana n.197, de 5 de julho de 1991, traz um argumento contraintuitivo que não pode ser ignorado. O resultado mostrou que, embora o confisco tenha se revelado eficiente, a medida, quando utilizada de forma isolada, acaba por aumentar a fração de investimento que os “lavadores” decidem injetar na atividade ilegal a fim de compensar as perdas com o confisco. Dessa forma, verificou que o maior rigor no confisco diminuiu o dinheiro “lavado”, mas, paralelamente, aumentou a alocação de investimento na esfera ilegal a fim de manter a receita da “lavanderia”⁵⁹⁸.

A privação dos ativos, então, se não for cumulada com outras medidas, gera externalidades negativas: os “lavadores” aumentam o nível, qualitativo e quantitativo, da atividade criminosa para manter o *status quo*. Além disso, se as medidas se direcionarem aos “lavadores”

⁵⁹⁷ Cf. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. op. cit., 2017, p. 199. Para aprofundar cf. ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. Resolução 2002/12 da ONU – Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturad ePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁵⁹⁸ MASCIANDARO, Donato. op. cit., 1999. Conclusões similares foram verificadas em: GAROUPA, Nuno. The Economics of Organized Crime and Optimal Law Enforcement, **Economic Inquiry**, v. 38, issue 2, p. 278-288, 2000. BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M.; GROSSMAN, Michael. The **Economic Theory** of Illegal Goods: The Case of Drugs. **NBER**, Working Paper n. 10976. December 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 5 jan. 2018. RODRIGUES, Fillipe Azevedo. op. cit., 2014, p. 100-107.

menos resistentes, haverá o fortalecimento dos mais resistentes que passam a dominar o mercado, com lucros superiores.

É importante notar, assim, que incentivos legais podem gerar efeitos em direções opostas. Esses *tradeoffs* - custos e benefícios das possíveis escolhas - não podem ser ignorados pelos formuladores de políticas públicas penais.

Na análise de custo e benefício é importante ponderar, a partir desse cenário de incentivos trazidos pela nova Lei à recuperação dos ativos, se o sistema de justiça vem apreendendo mais e se está preparado para recuperar mais ativos, na medida em que a recuperação implica a guarda e a administração desses.

A análise concreta dessas alterações esbarra na ausência de estatísticas padronizadas e interligadas nos diversos órgãos envolvidos no combate à “lavagem”. Isso porque, o fluxo do procedimento de bens apreendidos ocorre por meio da intervenção de diferentes órgãos em diversos níveis da organização do Estado (Polícia, Ministério Público, Judiciário e fundos penitenciários: Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) e Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN)).

O Cadastro Nacional de Bens, instituído pela Resolução n. 63 de 2008 e a Recomendação n. 30 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, evidenciam um esforço rumo ao planejamento estratégico do Poder Judiciário, porquanto permite o acompanhamento por parte do juiz quanto dos bens apreendidos, visando sua conservação, mas, há indicativos de que não resolve o problema por completo.

A afirmação de que a legislação antilavagem recupera pouco em relação às estimativas do montante que circula ilegalmente é recorrente⁵⁹⁹. Todavia, não é possível afiançar integralmente tais conclusões, já que, em geral, estão desacompanhadas de esclarecimentos acerca das amostras colhidas e do seu tratamento.

Numa análise não global, então, razoável mencionar os números da DRCI, órgão cuja atividade fim é recuperar, principalmente no exterior, recursos provenientes de atividades criminosas.

Conforme Relatório intitulado DRCI 10 anos - 2004-2013 - foram recuperados 35 milhões de reais:

⁵⁹⁹ Cf. ALLDRIDGE, Peter. Money Laundering and Globalization. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 5/2009. **Journal of Law and Society**, v. 35, Issue 4, p. 437-463, December 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=133304. Acesso em: 5 jan. 2018.

Nos dez anos de atuação do DRCI/SNJ, retornaram aos cofres públicos brasileiros cerca de 35 milhões de reais, que foram desviados de nosso país em decorrência da prática de crimes, tais como corrupção e lavagem de dinheiro. Além disso, foram repatriados bens culturais e históricos, como obras raras, cujo valor não é mensurável, e que haviam sido roubados e enviados ao exterior.⁶⁰⁰

Numa análise que busca medir a eficiência deve-se recorrer aos dados conhecidos. Todavia, não se pode deixar de mencionar aqueles desconhecidos e que seriam de enorme utilidade. Nesse universo incógnito, estão os bens apreendidos pelo judiciário Brasileiro, mas que não estão individualizados por espécie de crime nos relatórios publicados. Além disso, a DRCI, mesmo passados quase cinco anos, não divulgou qualquer outro documento além daquele antes mencionado.

Evidenciada, então, a falta de informações dos órgãos envolvidos, conclui-se pela impossibilidade de analisar com maior realística os impactos das alterações legislativas pertinentes às medidas assecuratórias.

Possível, por outro lado, verificar os custos e benefícios dos bens que já se encontram apreendidos, universo em que estão inseridas as medidas assecuratórias, sem que se distancie do modelo econômico da escolha racional, que não se preocupa apenas com os indivíduos e crimes específicos, mas também com as decisões afetas ao sistema jurídico penal. Em outras palavras, os custos e benefícios dos bens que já foram apreendidos.

Neste ponto, a conclusão exposta no relatório final da consultoria realizada pelo projeto Bidal⁶⁰¹, sobre a administração dos bens

⁶⁰⁰ Ministério da Justiça. Relatório DRCI 10 anos – 2004 - 2013, p. 12. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/departamento-de-recuperacao-de-ativos-e-cooperacao-juridica-internacional>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁶⁰¹ O Projeto Bidal - *Proyecto de Administración de Bienes Incautados y Decomisados en América Latina*, foi inaugurado formalmente no Brasil em agosto de 2014, por intermédio de uma parceria da Secretaria Nacional de Justiça e da Secretaria Executiva da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro ([Enccla](#)) com a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Escritório das Nações Unidas para Drogas e

apreendidos judicialmente no Brasil, afirma que a situação da justiça brasileira é crítica no que diz respeito ao planejamento estratégico para adotar medidas cautelares como a imobilização, a venda antecipada ou outros arranjos sobre os bens vinculados a atividades criminosas com o fim de evitar gastos desnecessários na administração desses ativos.

O parecer do Tribunal de Contas conclui que o Poder Judiciário não tem capacidade ou experiência adequada para administrar os bens apreendidos provenientes do narcotráfico e de delitos conexos, e muito menos para realizar os leilões públicos que se seguem a uma decisão judicial que determine a venda antecipada. Corroborando essa constatação, pode-se afirmar que a gestão de dinheiro e bens apreendidos não é objeto de supervisão periódica por uma instituição ou órgão público especializado na matéria, embora existam órgãos corregedores dos tribunais de justiça que, em teoria, poderiam exercer a inspeção da gestão administrativa desses bens e do dinheiro (controle interno).⁶⁰²

Esse panorama revela que o Judiciário, pelas deficiências do sistema de inventário e registro dos bens apreendidos e confiscados e pela falta de capacidade e experiência no assunto, mesmo não tendo condições de administrar, mantém certos bens sob custódia, fazendo com que o Estado tenha que dispensar recursos para essa manutenção, quando o ideal seria que o aparato destinado a esta guarda, que, além de ser autossuficiente, ainda resultasse numerários, por exemplo, para investir nos órgãos de combate à criminalidade.

Crimes (UNODC), cujo objetivo consiste em desenvolver e melhorar os sistemas de identificação, localização e gestão de bens apreendidos e confiscados pelo estabelecimento de normas de boa governança e transparência administrativa na gestão desses bens. Coordenado pela OEA, o projeto consiste em consultoria técnica sobre administração e destinação de ativos de origem ilícita. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

⁶⁰² Relatório Final do projeto Bidal Brasil, p. 10. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

A administração, ao que consta, é tão distanciada de uma análise de custo e benefício que nem mesmo os bens de valor econômico são separados dos meios de prova:

Por sua vez, é indispensável separar os ativos de interesse econômico apreendidos que são passíveis de serem administrados daqueles elementos ou objetos de prova, pois seu manejo é totalmente diferente. Ademais, a custódia de objetos de escassa quantia e aparentemente sem nenhum interesse probatório parece ser a maior dificuldade do registro nacional de bens do país, juntamente com a falta de protocolos específicos para controlar a uniformização à hora de incluir, atualizar ou excluir informações sobre os bens na base de dados, pois poderia-se comprometer a qualidade dos dados existentes.⁶⁰³

Nesse aspecto, bens que se destinam à prova processual penal disputam lugar com bens apreendidos para o futuro ressarcimento ou confisco, por exemplo, com igual custo de guarda e manutenção.

O relatório do Projeto Bidal também evidenciou deficiências na administração dos produtos financeiros:

A administração do dinheiro apreendido no Brasil não está sob a responsabilidade de uma só entidade administradora que centralize todos os ativos procedentes da atividade criminosa e que utilize uma conta única para administrar o dinheiro apreendido e os montantes obtidos como produto da venda antecipada de bens apreendidos. Há uma multiplicidade de contas de dinheiro apreendido, pois para cada processo se abre uma conta separada. Além disso, essas contas podem ser abertas em instituições financeiras distintas dependendo das circunstâncias e jurisdição do caso concreto. Esta situação dificulta enormemente a implementação de mecanismos de controle interno e a gestão transparente desse

⁶⁰³ Relatório Final do projeto Bidal Brasil, p. 23-24. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>. Acesso em: 5 jan. 2018.

dinheiro. [...] Ademais do assinalado nos parágrafos anteriores, a multiplicidade de contas bancárias e o sistema atual de administração de produtos financeiros no Brasil não permite a geração de juros e/ou a obtenção de rendimentos financeiros para apoiar o programa de manutenção, administração e preservação dos ativos apreendidos e confiscados, tal como recomendam alguns estudos realizados por órgãos internacionais especializados na matéria. [...] Nesse sentido, alguns países como Costa Rica, Honduras, Guatemala e El Salvador, contam com a possibilidade de realizar investimentos (geralmente em certificados à prazo) no sistema financeiro nacional com a massa de dinheiro apreendido, para que uma parte dos juros sejam destinados ao fundo especial para os gastos de manutenção e operação da agência e outros retidos em favor do afetado em caso de ordenar-se sua devolução.⁶⁰⁴

Nesse ponto, as quantias em dinheiro apreendidas ficam em diversas contas espalhadas, além de não haver dispositivos legais que permitam investir referidos valores de forma a gerarem rendimentos que poderiam retroalimentar o sistema e, por consequência, manter-se sem que valores públicos fossem investidos.

Um adequado desenvolvimento do sistema de administração de produtos financeiros constitui, na atualidade, uma das formas de contribuir para que o órgão especializado na administração de ativos apreendidos e confiscados consiga alcançar a autosuficiência dos processos de gestão de ativos.

Além de gastar para manter os bens apreendidos, outra consequência advinda da administração ineficiente é a deterioração de bens que ficam em depósitos judiciais sem condições ideais de guarda e sem a necessária manutenção. Em 2014, o Ministro da Justiça à época, José Eduardo Martins Cardozo, revelou que chegava a R\$ 1,65 bilhão o valor de bens móveis e imóveis apreendidos em operações de combate ao crime organizado que não têm destinação⁶⁰⁵. Entre esses, milhares de

⁶⁰⁴ Relatório Final do projeto Bidal Brasil, p. 45-46. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>>. Acesso em: 5 jan 2018.

⁶⁰⁵ Informação disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto->

veículos, eletroeletrônicos, mobílias e outros objetos que apodrecem em pátios e galpões desprotegidos, sujeitos à ação do tempo.

Os prejuízos advindos da má gestão não se exaurem na deterioração desses bens. Nos casos de liberação pela absolvição por exemplo, o Estado ainda tem que arcar com indenizações às partes decorrentes dos prejuízos, aí incluídos danos materiais, lucros cessantes e eventuais danos morais sofridos.

Como adverte Hugo de Brito Machado:

Não é necessário que tenha havido dolo, ou culpa, do agente público. Esse agente pode ter deixado de providenciar a conservação do bem depositado por absoluta falta de condições materiais para fazê-lo, como geralmente acontece, com exclusão, portanto, de culpabilidade. Isto não exclui a responsabilidade do Estado pelo dano, pela deterioração do bem depositado. Exclui apenas a responsabilidade pessoal do agente público que poderia ser cobrada em ação regressiva.⁶⁰⁶

Veja-se que a venda antecipada, umas das principais alterações da Lei n. 12.683/2012, no campo das medidas assecuratórias, está sendo subutilizada de tal modo que as recomendações do Relatório do Bidal não ultrapassaram a singeleza do texto legal:

Neste sentido, poderia optar-se por algumas das seguintes sugestões: a) Facultar, de forma administrativa, ao órgão encarregado da administração de ativos, vender antecipadamente os bens sujeitos a deterioração que possam ser confiscados, depreciados ou desvalorizados, ou que a sua administração seja desproporcional para o Estado, ademais de informar às autoridades competentes sobre o montante obtido para que conste no expediente judicial; b) Facultar ao órgão encarregado da administração dos bens solicitar

[macedo/ministro-da-justica-diz-que-apodrecem-r-165-bi-em-bens-apreendidos/](#). Acesso em: 5 jan 2018.

⁶⁰⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade Civil do Estado pela deterioração de Bens em depósito judicial. Disponível em: http://sistemas.qis.com.br:8084/hugomachado/contendo.asp?home=1&seo=2&situacao=2&doc_id=143. Acesso em: 10 jan. 2018.

ao Juiz ou autoridade competente a aplicação da figura da venda antecipada de acordo com o critério técnico; c) Estabelecer, mediante critérios uniformes, protocolos ou diretrizes, os procedimentos para que os Juízes apliquem a figura da venda antecipada.⁶⁰⁷

Nesse cenário, para além da necessidade da geração de estatísticas padronizadas nos diversos órgãos envolvidos no combate à “lavagem” de modo a possibilitar a análise do modelo eleito e chegar a resultados mais próximos da realidade – percebe-se que a administração dos bens que se encontram apreendidos não é eficiente sob o cálculo dos custos e benefícios. Além disso, incentivos da Lei não influenciaram, até então, os órgãos da *law enforcement*, que pouco utilizam o instituto da alienação antecipada. Essa apatia endógena, se percebida pelos criminosos, prejudica a dissuasão.

⁶⁰⁷ Relatório Final do projeto Bidal Brasil, p. 40-41. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/projeto-bidal-brasil-1>>. Acesso em: 5 jan 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo teve como propósito analisar o sistema repressivo brasileiro concernente aos crimes de “lavagem” de dinheiro sob a “lente” da TEC, segundo a qual o indivíduo, para o cometimento do crime, pondera a probabilidade de ser preso e condenado, a intensidade da pena e o benefício advindo do lucro ilegal.

Para alcançar o objetivo geral de indicar os custos e benefícios das escolhas legislativas trazidas pela Lei n. 12.683/2012, no primeiro Capítulo abordou-se a Análise Econômica do Direito (AED), movimento que ganhou relevo com o realismo jurídico e cuja pretensão é auxiliar os profissionais do Direito a enfrentar novas questões ou aclarar antigas celeumas que não encontram respostas na dogmática. O esforço histórico passou por Adam Smith, com a análise das Leis que regulavam as atividades explicitamente econômicas, por Jeremy Bentham, com o enfoque das Leis que regulavam atividades não mercadológicas, por Ronald Coase e Guido Calabresi, ambos com a abordagem sobre os custos sociais e de transação, até chegar em Gary Becker, que levou a Ciência Econômica para os mais variados ramos do Direito e, finalmente, por Richard Posner, que contribuiu significativamente para firmar a Teoria como disciplina autônoma e científica.

A materialização dessa interligação entre a Economia e o Direito ocorre por meio da cessão que a primeira faz ao segundo de sua teoria sobre o comportamento humano, cujos elementos metodológicos são: a) escassez dos recursos; b) racionalidade e individualidade; c) ponderação dos custos e benefícios nas escolhas (*tradeoffs*).

Na sequência, abordou-se o modelo da TEC a partir dos estudos de Gary S. Becker e outros autores que, de algum modo, partindo das ideias do economista, aprofundam ou criticam seus resultados considerando, em especial, as variáveis trabalhadas, direta ou indiretamente, no terceiro Capítulo.

Pela TEC, o criminoso irá optar pelo crime se a pena esperada for menor que o benefício gerado por ele. O *payoff* (ganhos e perdas) resultará da probabilidade de ser pego e punido multiplicado pela intensidade da punição menos os benefícios ilícitos. Nesse cenário, a quantidade de crimes (O), está, então, em função da probabilidade da condenação (p), do efeito dissuasivo da pena (f) e das variáveis exógenas (u), de forma que a eliminação total da criminalidade não indica um ponto “ótimo”, porque exige o dispêndio desproporcional de recursos públicos para garantir a investigação e punição de todos os

crimes. A TEC procura, então, identificar a situação de equilíbrio, em que o custo final para a sociedade, compreendendo despesas com o sistema de justiça e os danos líquidos causados pelas ações criminosas, seja mínimo.

Nesse cenário, o crime, em especial o lucrativo, é uma atividade econômica e a TEC propõe-se a auxiliar na rotina dos aplicadores das normas penais de forma a aproximá-los da realidade social. A premissa do ferramental econômico é a teoria comportamental, essa fulcrada no indivíduo racional e plasmado pelos incentivos da sociedade onde vive. A operacionalização da análise ocorre por meio da metodologia consequencialista, ou seja, a identificação das potenciais repercussões das leis, políticas públicas e decisões judiciais (incentivos).

Para finalizar o primeiro Capítulo, abordou-se o pensamento de Howard S. Becker, representante da Teoria Interacionista da Criminologia, e as ideias de Gary S. Becker, principal expoente da TEC, ambos radicados na Universidade de Chicago nos anos 60, o primeiro no Departamento de Sociologia e o segundo no Departamento de Economia. Após, percorreu-se, sucintamente, pelas escolas da Criminologia e as respectivas visões sobre os “crimes econômicos” até desembocar nas propostas do denominado Direito Penal Mínimo e da TEC para combate à criminalidade, evidenciando-se a necessidade de compatibilizar a eficiência na persecução penal com o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O segundo Capítulo foi dedicado à dogmática jurídica dos crimes de “lavagem” de dinheiro no Brasil, partindo-se de breve histórico acerca da origem do delito, passando pela identificação do bem jurídico tutelado – a Ordem Econômica - e pela análise dos tipos penais agora inseridos na chamada terceira geração.

Nesse ponto, expôs-se as etapas pelas quais o dinheiro “sujo” transita com o objetivo de encobrir a origem ilícita, quais sejam: conversão, dissimulação e integração.

A partir da Legislação Brasileira antilavagem foi possível identificar 4 (quatro) formas básicas de cometimento dos crimes na Lei n. 9.613/98: a) atos de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou propriedade de bens, direitos, valores, que são provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (art. 1º, *caput*); b) a conduta dirigida a converter em ativos lícitos, adquirir (receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar, transferir), importar ou exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros; c) utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de

infração penal; d) participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na citada Lei.

O elemento subjetivo desses tipos penais é o dolo, não havendo previsão do crime na modalidade culposa. Conforme exposto, o *caput* e o § 2º, I do artigo 1º da Lei n. 12.683/2012 comportam o dolo eventual, ao contrário das condutas descritas nos §§ 1º e 2º, II, da Lei n. 9.613/98, que apenas admitem o dolo direto.

A admissibilidade do dolo eventual permite a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada (*wilfull blindness*), que vem recebendo aceitação no cenário nacional, admitindo-se a configuração dos delitos de “branqueamento” ainda que o agente não tenha pleno conhecimento da origem ou natureza dos bens, direitos e valores provenientes da infração antecedente, mas tenha ciência da probabilidade da origem espúria e aja de forma indiferente quanto à perpetração do delito.

Com relação ao sistema administrativo antilavagem nacional, o estudo centrou-se em duas frentes: a primeira, composta pelos órgãos de inteligência financeira, notadamente o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), nos termos dos artigos 14 a 17, da Lei de “lavagem”, e demais entes supervisores; a segunda, pelo *criminal compliance* (denominado de mecanismo de controle no artigo 9º da Lei n. 9.613/98).

O COAF foi criado no Brasil pela Lei n. 9.613/98, em virtude da ratificação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. A *Financial Intelligence Unit* (FIU) reúne atribuições de fiscalização e inteligência, tendo por finalidade, sem prejuízo da competência de outros órgãos, disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei.

O *compliance*, por sua vez, apresenta-se como estratégia do sistema antilavagem e consiste na transferência parcial a determinadas pessoas físicas ou jurídicas da vigilância em relação àqueles atos que possam constituir “lavagem” de dinheiro.

No âmbito dos aspectos processuais destacaram-se as TEIs, com ênfase para a colaboração premiada que, a par do *déficit* legislativo, teve a constitucionalidade, a natureza de meio de obtenção de prova (e não meio de prova) e outros delineamentos firmados recentemente pelo STF.

No campo das medidas assecuratórias - que instrumentalizam a recuperação dos ativos e cada vez mais se sedimentam na esfera repressiva em detrimento das sanções corpóreas - abordaram-se as medidas que recaem sobre bens de natureza ilícita (instrumento, produto

ou proveito dos crimes de “lavagem” ou das infrações antecedentes) e aquelas que recaem sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano e para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas processuais.

No terceiro Capítulo, foram analisados os custos e benefícios das opções legislativas trazidas pela Lei n. 12.683/2012, quais sejam: a) a eliminação do rol de crimes antecedentes; b) a intensidade da pena de privativa de liberdade e da pena de multa; c) o *criminal compliance*; d) a colaboração premiada; e d) as medidas assecuratórias para recuperação dos ativos.

A partir da proposta de Gary S. Becker, dos estudos e pesquisas que se seguiram, além de dados públicos aos quais se teve acesso, foi possível verificar:

1– Quanto à eliminação do rol de crimes antecedentes: a) para o criminoso houve um impacto em ambas as variáveis, já que a alteração legislativa selecionou mais condutas, o que pode ser trazido pela maior probabilidade de condenação (p), e alargou a incidência do concurso material de crimes, que guarda relação com o *quantum* pena (f); b) para a sociedade, evidenciou-se uma potencial diminuição de custos e um aumento do caráter dissuasório, já que, com a eliminação do rol de crimes antecedentes, acelerou-se a repressão penal na medida em que os órgãos de investigação e punição não mais precisam aguardar que o Poder Legislativo altere o eliminado “rol de crimes antecedentes”, bem como se diminuiu o número de projetos legislativos que, se mantidas as mesmas variáveis, levará à redução dos valores com o processo legislativo; c) paralelamente, aumentou-se o custo de perseguir, com a probabilidade de que mais condutas sejam selecionadas pelo sistema penal e, em proporção superior ou inferior ainda indefinida, diante da jovialidade da Lei, dificulta-se, com o avanço da reação estatal, a retro injeção do dinheiro “sujo” na indústria do crime.

2 – No que tange à pena privativa de liberdade e a pena de multa, observou-se: a) a opção do legislador brasileiro de não alterar a pena privativa de liberdade máxima para 18 (dezoito) anos, é referendada, em certa medida, pela TEC, sob o argumento de que penas severas não são suficientes para dissuasão por possuírem eficácia declinante, bem como de que não há relação de linearidade entre o aumento da punição e a redução de custos sociais; b) para a TEC há evidências empíricas do maior efeito dissuasor à medida que a idade do criminoso aumenta, dada a característica desses criminosos de não descontarem irrazoavelmente o futuro, tal qual fazem os mais jovens; c) com relação à pena de multa, deve exceder a restituição perfeita, pois fazer os criminosos devolverem

apenas o dinheiro “lavado”, sempre que forem pegos, pode não ser suficiente para dissuadi-los; d) se a “Operação Lava Jato” refletisse o perfil dos benefícios advindos dos crimes de “lavagem” no Brasil, haveria um incentivo à escolha pelo crime, já que os ganhos advindos da conduta ilícita superam em grau elevado a máxima pena de multa cominada ao delito em questão; e) a opção do legislador brasileiro de fixar o montante da pena administrativa em valor que excede cerca de 4 (quatro) vezes a pena de multa penal referenda Edwin Sutherland, quando concluiu que, para a criminalidade do “colarinho branco”, o Direito Penal é utilizado em menor escala; f) apesar de as penas de multas terem a preferência dos teóricos da TEC, o Relatório do Conselho Nacional, ano-base 2016, informa que os processos de execução fiscal no Brasil apresentam uma taxa de congestionamento de 91%, situação que impacta no efeito dissuasor da pena de multa e ofusca o objetivo da Execução Penal de efetivar as disposições da sentença criminal, nos termos do artigo 1º da Lei n. 7.210/84; e) a opção legislativa brasileira consistente na complementariedade entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa, encontra respaldo na TEC;

3 – Com relação ao *criminal compliance*: a) na equação da TEC, guarda relação com a variável p , já que a sua implementação consiste em maior vigilância das transações comerciais e financeiras e, por consequência, no aumento da probabilidade de investigação e condenação; b) o Estado perdeu a centralidade na prevenção dos crimes de “lavagem” de dinheiro e optou por alocar, por meio da imposição de obrigações, os recursos da esfera privada em prol da *law enforcement*; c) o Estado alterou a probabilidade de punição sem investir recursos próprios, já que entregou aos entes obrigados a assunção dessas obrigações e os custos dela decorrentes; d) a criação da “indústria da *compliance*”, que se ocupa de consultorias, cursos, treinamentos, instalação de softwares para o monitoramento e identificação de operações suspeitas, é identificada como uma externalidade advinda dessa alteração legislativa; e) de acordo com o Relatório de Atividades do COAF - considerando o número de comunicações suspeitas recebidas, o número de RIFs difundidos e os valores bloqueados em virtude dessas atividades - é possível concluir que as atividades da FIU aumentaram significativamente após a entrada em vigor da Lei n.12.683/2012; e) a produtividade do COAF permite identificar, também, quais setores da economia estão sendo mais fiscalizados e podem nortear futuras investigações, havendo evidências de que a rigidez dos controles impostos a determinados setores levam a migração dos crimes de “lavagem” para esferas que possuem brechas regulatórias;

f) a identificação mais apurada dos custos e benefícios do *criminal compliance* depende da articulação de dados e resultados entre os órgãos que compõe o sistema antilavagem no Brasil;

4 – Quanto à colaboração premiada: a) situa-se nas variáveis *p e f*, por facilitar a apreensão e a condenação e influenciar no *quantum* da pena; b) realocou os custos da “formação da culpa” - aperfeiçoamento pessoal, aparato técnico para realizar as oitivas, ampliação das instalações, além de outros - para o Ministério Público e para a Polícia; c) entre os benefícios da colaboração premiada para o Estado, há a economia de tempo e de dinheiro, abreviando a investigação, e a facilitação da recuperação do proveito econômico auferido com a “lavagem”; d) prestigia o efeito reparatório, na medida em que o acordo permite a recuperação célere do produto do crime, objetivo que ordinariamente apenas seria alcançado após longos anos como efeito da condenação; e) na equação do criminoso, por um lado, diminui o preço do crime, porque permite o arrependimento, amplia as opções de defesa e resguarda parcela de seu maior bem, a liberdade; por outro, instala a desconfiança e dificulta as parcerias ilícitas; f) a Teoria dos Jogos vem sendo utilizada para identificar os incentivos à colaboração pelo criminoso, entre eles: ter o conhecimento de que o coautor recebeu a proposta de acordo, ter sido abandonado pelo grupo a que pertencia, estar preso preventivamente e serem robustas as provas contra si;

Por fim, com relação às medidas assecuratórias para recuperação dos ativos: a) situam-se na variável (*f*) - na medida em que instrumentalizam o pagamento da pena de multa e da prestação pecuniária - e, igualmente, guardam relação com o benefício da atividade ilegal, por levarem à perda dos instrumentos, produtos e proveito do crime, além da reparação do dano; b) há indicativos potenciais de que os custos sociais do crime foram reduzidos, já que se enfatiza a reparação do dano, permitindo-se a constrição de bens inclusive com origem lícita comprovada, além de impactar na dissuasão, por impedir que o dinheiro “sujo” seja reinserido no mercado ilegal; c) a administração dos bens que já se encontram apreendidos pelo Judiciário Brasileiro, em virtude dos mais variados crimes, não é eficiente sob o cálculo dos custos e benefícios, demonstrando-se oneroso para o Estado, quando o ideal seria que o aparato destinado a esta guarda fosse autossuficiente e resultasse numerários para investimentos no sistema de justiça; d) a venda antecipada, umas das principais alterações da Lei n. 12.683/2012, no campo das medidas assecuratórias, está sendo subutilizada pelos órgãos da *law enforcement*.

Nesse cenário, possível concluir que a teoria comportamental da Microeconomia, longe de levar a conclusões absolutas, revela-se útil para apontar os custos e benefícios das possíveis escolhas, o que pode contribuir para a qualidade do processo decisório.

O ideal é que se atinja um estágio de coleta e tratamento estatístico dos custos com a prevenção e combate à “lavagem” de dinheiro, assim como o levantamento dos recursos recuperados em virtude do atual modelo. A falta de integração dos dados das atividades realizadas pelos órgãos da *law enforcement*, além de não obedecerem à transparência que deve nortear os atos do setor público, impede que a TEC mostre todo o seu potencial para auxiliar nas escolhas legislativas e de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. **El blanqueo de dinero en la normativa internacional**: Especial referencia a los aspectos penales. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2002, p. 59 - 60. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=Qtj0iltMafMC&pg=PA36&lpg=PA36&dq=ABEL+SOUTO+MIGUEL+EL+BRANQUEAMENTO+D+EL+DINERO&source=bl&ots=6nJOyuqYy&sig=8R0eiAq5KoGXsQ9sAGixteAesfs&hl=ptBR&sa=X&ved=0ahUKEwiU8IDYuOjWAhUCNZAKHd8EC3sQ6AEIPDAH#v=onepage&q=ABEL%20SOUTO%20MIGUEL%20EL%20BRANQUEAMENTO%20DEL%20DINERO&f=false>>. Acesso em: 11 out. 2017.

ALLDRIDGE, Peter. Money Laundering and Globalization. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 5/2009. **Journal of Law and Society**, v. 35, Issue 4, p. 437-463, December 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=133304>. Acesso em: 5 jan. 2018.

ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, v. 2.

AMARAL, Augusto J. do; GLOECKNER, Ricardo J. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 25, n. 128, p. 65- 89, mar. 2017.

AMARAL, Cláudio do Prado et al. Pesquisa do custo do recluso do país e da transparência da UF's. Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo – GECAP-USP. Disponível em: http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/522-pesquisa-do-custo-do-recluso-do-pais-e-da-transparencia-da-uf-s#_ftn4. Acesso em: 5 jan. 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson

de Miranda (org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANDREONI, James. Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime? **Rand Journal of Economics**, v. 22, 1991, p. 385-395. Disponível em: <<http://econweb.ucsd.edu/~jandreon/Publications/rand1991.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração premiada e devida investigação criminal. In: **Polícia judiciária no estado de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 155-161.

_____. Compliance, Direito Penal e Investigação Criminal: Uma Análise à luz da ISO 19600 E 37001. **Revista dos Tribunais**, v. 979, p. 53 – 67, maio 2017.

_____. Colaboração premiada como novo paradigma do processo penal brasileiro. In: MANSUR, Sandro (Org.) **Estudos em homenagem ao professor Sérgio Moro**. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017, p. 219-248.

ANTUNES, José Leopoldo Ferreira; CARDOSO, Maria Regina Alves. Uso da análise de séries temporais em estudos epidemiológicos. *Epidemiol. Serv. Saúde*, Brasília, v. 24, issue 3, p. 565-576, jul./set. 2015.

ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.) **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 503-582.

ARAUJO, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34 - 73.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, Lyza Anzanello de. **Análise Econômica da Tributação**: a importância da arrecadação do ICMS para garantia dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

BACEN. Carta Circular n. 3.641, de 4 de março de 2013. Estabelece os procedimentos para o cálculo da parcela dos ativos ponderados pelo risco (RWA) referente às exposições em ouro, em moeda estrangeira e em ativos sujeitos à variação cambial cujo requerimento de capital é calculado mediante abordagem padronizada (RWACAM), de que trata a Resolução n. 4.193, de 1º de março de 2013. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v7_P.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BACEN. Carta Circular n. 3.654, de 27 de março de 2013. Altera a Circular n. 3.461, de 24 de julho de 2009, que consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48975/Circ_3654_v1_O.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BACEN. Circular n. 3.858, de 14 de novembro de 2017. Regulamenta os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50462/Circ_3858_v1_O.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BACEN. Resolução n. 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BACKHAUS, Jürgen. Defending Organised Crime? A Note. **The Journal of Legal Studies**. Chicago, v. 8, n. 3, p. 623-631, jun. 1979. Disponível em:

<<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467625>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: Aspectos penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proteção de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. Crimes de Lavagem de Dinheiro e o devido processo legal. **Revista dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, v. 9, p. 237-246, jan./jun. 2002.

_____. **Lavagem de Capitais**: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas. 5. ed. São Paulo: Juruá, 2017.

BARROS, Marco Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 95, p. 398, dez. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89039>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

_____. **Princípios do Direito Penal Mínimo**: Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da Lei Penal. Tradução de Francisco de Assis Bissoli Filho. Florianópolis: [s.n.], 2003.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Somani (coord.). **Corrupção como fenômeno supralegal**. Curitiba: Juruá, 2017.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. **A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: Conexões com o Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil.** Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley), 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed. Tradução de José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, p. 173, mar./apr. 1968. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2016.

_____. **The Economics of Discrimination.** 2. ed. University of Chicago Press, 1971.

_____. Theory of Social Interactions. **Journal of political economy**, v. 82, n. 6, p. 1063 - 1093, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w0042.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the Economics of Crime and Punishment.** New York: Columbia University Press, 1974.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1 - 18, jan. 1974. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724119>>. Acesso em: 30 maio 2017.

BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M.; GROSSMAN, Michael. **The Economic Theory of Illegal Goods: The Case of Drugs.** NBER Working Paper n. 10976. Issued in December 2004. Disponível em:

<<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 5 jan. 2018

BECKER, Howard Saul. A escola de Chicago. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, out. 1996. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131996000200008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. **Outsiders: Estudos de Sociologia do Desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro, et al. **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Leme: CL EDIJUR, 2002.

BERNI, Duilio de Ávila. **Teoria dos Jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização: dos antecedentes a reincidência criminal**. Florianópolis: Obra jurídica, 1998.

_____. **Linguagem e criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória**. Curitiba: Juruá, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Cálculo da Pena de Multa de acordo com a Reforma Penal de 1984. **Revista Consultor Jurídico**, 27 jul. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-27/cezar-bitencourt-calculo-pena-multa-segundo-reforma-penal>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27 – 37.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Arazandi, 2012.

_____. Eficacia del Sistema de Prevención del Blanqueo de Capitales Estudio del Cumplimiento Normativo (*Compliance*) desde una Perspectiva Criminológica. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 23, p. 117 – 138, diciembre 2009. Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2176697/11-Blanco.indd.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**, San Sebastián, n. 15, p. 7 – 38, diciembre 2001. Disponível em: <<https://www.ehu.es/documents/1736829/2174323/Eguzkilore+15-3.+BLANCO.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORILLI, Salete P.; Shikida, Pery F. Assis. Apontamentos Acerca das Organizações Criminosas a Partir de um Estudo Exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz do Iguaçu (Paraná). In: **Encontro Paranaense de Economia**. Maringá: UEM, 2002.

BOSON, Daniel Silva. Three Strikes and You're Out: uma análise econômica das penas. **RBCCrim**, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 17-37, set./out. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.01.PDF>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Cegueira Deliberada no julgamento da Ação Penal 470. **Revista Consultor Jurídico**, Direito de Defesa, 30 jul.

2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BOTTINO, Thiago; MALAN, Digo (Coord.). **Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Lei n. 2.848. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, de 7 de dezembro de 2012.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, de 3 de março de 1998.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de

Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.467, de 11 de junho de 2002, Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dispositivo à Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10467.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm. Acesso em: 22. Nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.701, de 9 de julho de 2003. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.701.htm >. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção

não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 jul. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n.154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.799, de 8 de outubro de 1998. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2799.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.976, de 11 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3976.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5640.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Decreto n. 9.255, de 29 de dezembro de 2017. Regulamenta a Lei n. 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e sua política de valorização de longo prazo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9255.htm. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação n. 4, de 7 de agosto de 2017. Estabelece diretrizes para o tratamento, o fluxo procedimental e a metodologia de utilização, no âmbito do Ministério Público brasileiro, dos dados oriundos dos Relatórios de Inteligência Financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_04-2017_-_PEP_05-2017_-_assinada.pdf. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.471, Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 29 de setembro de 2011.

Dje, 29 fev. 2012. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273462/inquerito-inq-2471-sp-stf/inteiro-teor-110301940>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.831 – Distrito Federal – Relator Ministro Celso de Mello. DJE n. 175, divulgado em 08/08/2017. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5193562>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus n. 127.483/PR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 27 ago. 2015. DJE, Brasília, 4 fev. 2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Portaria n. 242, de 29 de setembro de 2014. Institui a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia (Rede-Lab). Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 30 de novembro de 2014. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=275259>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 209, de 2003. Dá nova redação a dispositivos da Lei n. 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>>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 310, de 2016. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal),

para prever que as despesas com monitoramento eletrônico serão arcadas pelo condenado. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126640>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. COAF. Cartilha Lavagem de dinheiro: Um problema mundial. Disponível em:

<<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 330, de 18 de dezembro de 1998. Aprova o Regimento Interno do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em:

<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/portaria-no-330-de-18-de-dezembro-de-1998>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. Resolução n. 6, de 29 de junho de 2012. Disponível em:

<<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnppc-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-6-de-29-de-junho-de-2012.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.

Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file>. Acesso em: 5 jan. 2018,

BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Penal n. 470. Superior

Tribunal Federal. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. ENCCLA. Manual Colaboração Premiada. Brasília, jan. 2014. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRENNER, Geraldo. A Teoria Econômica do Crime. **Revista Leader**.

Porto Alegre, n. 35, fev. 2003. Disponível em:

http://www.revistalider.com.br/leader/educacao_35/artigo_02.asp. Acesso em: 6 ago. 2017.

BUCHANAN, James M. A Defense of Organized Crime? In: ROTTENBER, Simon. (ed.). **Economics of Crime and Punishment**. Washington, DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research, p. 119 - 432, 1973. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/78219/1/688814166.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2017.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. Scholarship Series**. 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1961>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 93-110, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: CULTRIX, 2002.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____. Compliance das instituições financeiras e a nova regulação do BACEN. **Compliance Review**, 12 dez. 2017. Disponível em:

<<http://complianceview.com.br/regulacao-instituicoes-financeiras-bacen/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CARRERA-FERNANDEZ, José; MALDONADO, Genaro Emílio Carrión. A economia do narcotráfico: uma abordagem a partir da experiência boliviana. **Nova Economia**: revista do departamento de Ciências Econômicas da UFMG. Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 137 - 173, 1999. Disponível em: <<http://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2161/1148>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade Econômica no Direito. **Revista Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2011, p. 223.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1992.

CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens - o que o Brasil está efetivamente perdendo? In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Somani (coord.). **Corrupção como fenômeno supralegal**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 73-97.

CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Reação Social**. Tradução de Ester Kosovoski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**: Uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005.

CAVALCANTI, José Robalinho. O sistema nacional antilavagem de dinheiro e seus atores. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro**: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHEMIN, Rodrigo. **Mãos Limpas e Lava Jato**: a corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: CDG, 2017.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. Law & Econ. v. 3, p. 1-44, oct.1960. Disponível em:<<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

COLSON, Aurélien. Administrar a tensão entre o sigilo e a concorrência: os casos análogos da negociação e das empresas. In: LEMPEREUR, Alain Pekar; SEBENIUS, James;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zekner. **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DUXERT, Yann. **Manual de Negociações Complexas**. Tradução de Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGC, 2007, p. 33 - 47. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=Cm46K7RUY4AC&pg=PA33&pg=PA33&dq=tens%C3%A3o+entre+sigilo+e+transpar%C3%A2ncia&source=bl&ots=JgJXNNRDhy&sig=Opj4c8vIleAFclfZe9_b2CwWlk&hl=pt. Acesso em: 10 ago. 2017.

COMIN, Fernando da Silva. A objeção da reserva do possível na ponderação de Direitos Fundamentais. In: BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro et al. **Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 217-259.

CONTI, Thomas Victor. **Capital Humano, Crime e Punição**: Becker, Foucault e os seminários de Chicago de 2012 e 2013. Working paper de apresentação do autor realizada no Instituto de Economia da Unicamp em 27 nov. 2015. Disponível em: <<http://thomasvconti.com.br/tag/gary-becker/>>.

COOTER, Robert. Prices and Sanctions. **Columbia Law Review**, v. 84, p. 1523 – 1560, jan. 1984.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORCOY, Bidasolo Mirentxy. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, Athayde de Ribeiro; DALLAGNOL, Deltan; POZZOBON, Roberson. **A prisão dos réus da Lava Jato**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 2 abr. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/214368-a-prisao-dos-reus-da-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COSTA, José de Faria. **O perigo em Direito penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Trimestral, ano 8, n. 32, out./dez. 2000.

D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas: uma análise da cooperação**. 2008. 274f. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 45-119.

DICK, Andrew R. When does organized crime pay? A transaction cost analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 15, p. 25-45, jan. 1995.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DRAGO, Francesco; GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. **The Deterrent Effects of Prison: Evidence from a Natural Experiment**. Discussion Paper N. 2912. July 2007. IZA, Bonn - Germany. Disponível em: <<http://ftp.iza.org/dp2912.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018

DUSEK, Libor. Time to Punishment: The Effects of a Shorter Criminal Procedure on Crime Rates. Out. 2013. **International Review of Law and Economics**, v. 43, August 2015, p. 134-147. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818814000210?via%3Dihub>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

EIDE, Erling. Economics of Criminal Behavior. Encyclopedia of Law and Economics. Oslo, 1997, p. 351 – Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/8100-economics-of-criminal-behavior-incl-compliance.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

EHRlich, Isaac. Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, 1973. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/260058>. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. Participation in Illegitimate Activities: An Economic Analysis. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. **Essays in the Economics of Crime and Punishment**. New York: Columbia University Press, 1974, p. 68-134.

ELSTER, Jon. **Egonomics: Análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales en la economía de la acción individual y sus desviaciones**. México: Gedisa, 1997. Disponível em: <<http://home.sandiego.edu/~baber/gender/Elster.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

FARIAS, Arioto Junior; AYRES, Carlos. A nova norma ISO 37001:2016: Sistemas de gestão antissuborno requisitos com diretrizes para uso. **Legal Ethics Compliance News**, 22 jun. 2016. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2016/06/22/a-nova-norma-iso-370012016-sistemas-de-gestao-antissuborno-requisitos-com-diretrizes-para-uso>. Acesso em: 5 jan. 2018.

FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. **Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 76, p. 41-54, fev./mar. 2017.

FERNANDES, Tiago Pereira; KASSAI, José Roberto; CARVALHO, L. Nelson. Balanço Contábil do Poder Legislativo Federal do Brasil: reflexões sobre o custo dos projetos de leis apresentados na Legislatura 2007 a 2010. In: Encontro da ANPAD, 35., Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APB1393.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (organizadores). **Poder Econômico: Direito Pobreza Violência Corrupção**. Barueri: Manole, 2009

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: para cursos de administração e economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIORENTINI, Gianluca; PELTZMAN, Sam. **The Economics of Organised Crime**. New York: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIorentini,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organise+d+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt>. Acesso em: 10 ago. 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, ago. 2015 (Texto para Discussão n. 181). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24 fev. 2018.

FONTES, Márcio Schiefler. Novas fronteiras da investigação, o processamento de atos de corrupção e a colaboração premiada. In: GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David. **Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectiva**. Florianópolis: Empório do Direito: 2017.

FRANCO, Glaura da Conceição. APOSTILA DE MODELOS LINEARES EM SÉRIES TEMPORAIS - (EST/UFMG) Belo Horizonte, ago. 2016, 104p., p. 8. Disponível em: <<ftp://est.ufmg.br/pub/glaura/MLST/Modelos%20Lineares%20em%20S%20E9ries%20Temporais.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

FRIEDMAN, David. **Price Theory: An Intermediate Text**. Cincinnati, OH: South-Western Publishing Co., 1990. Disponível em: <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Price_Theory/Price%20Theory-%20D.%20Friedman.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

FRIEDRICHS, David O. **Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society**, 4th Edition, 2010. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=ZQGmgHjovawC&printsec=frontcover&hl=ptBR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

FROSSARD, Denise. A lavagem de dinheiro e a Lei brasileira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 1, p. 22 - 30, ago./set. 2004.

FURTADO, Regina Helena Fonseca Fortes. A importância do Compliance no novo direito Penal Espanhol. **Boletim IBCCrim**, ano 20, n. 235, jun. 2012.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 134, abr./jun. 2015.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Manuel Enriquez. O Setor Público. In: PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAROUPA, Nuno. **Crime and Punishment: Further Results**. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Department d'Economia I

Empresa, n. 344, 1998. Disponível em SSRN:
<<https://ssrn.com/abstract=145756>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. Behavioral Economic Analysis of Crime: a Critical Review. **European Journal of Law Economics**, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan. 2003.

_____. Corruption and the optimal use of nonmonetary sanctions. **International Review of Law and Economics**, v. 24, Issue 2, jun. 2004, p. 219-225. Disponível em:
<<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0144818804000420>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

_____. The Economics of Organized Crime and Optimal Law Enforcement, **Economic Inquiry**, v. 38, issue 2, p. 278-288, 2000.

_____. Optimal Magnitude and Probability of Fines (April 2, 2000). Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Department of Economics and Business. Working Paper n. 454, 02 abr. 2000. Disponível em:
<<https://www.upf.edu/en/web/econ/papers>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-31.

GIVATI, Yehonatan. **The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence**. Discussion Paper n. 39. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2011. Disponível em:
http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center. Acesso em: 5 jan. 2018.

GLASER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. Crime and social interactions. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 61, n. 2, 1996. p. 507-548. Disponível em:
<<https://www.princeton.edu/~joses/pp/crime.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: **XXI Congresso**

Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 75 – 102.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de Branqueamento de Capitais** – Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, v. 6, n. 34, p. 18-19, out./nov. 2005.

GONÇALVES, Everton das Neves. A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica Brasileira de 1988. 1997. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: Conferência Nacional da ALACDE, 11, 2007, Brasília. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, p. 77 - 122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/indexphp/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 17 set. 2015.

GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos**: da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da mediação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos Juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROSSMAN, H. I. **Rival kleptocrats: the mafia versus the state.** The Economics of Organised Crime. Cambridge, UK: Cambridge University Press e CEPR, 1995. Disponível em:
 <https://books.google.com.br/books?id=sciLKj_3RWgC&pg=PA17&dq=FIORENTINI,+G.+e+PELTZMAN,+S.+The+Economics+of+Organise+d+Crime.+Ed.+Cambridge+University&hl=pt>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David. **Investigação preliminar e processo penal:** novos desafios e perspectiva. Florianópolis: Empório do Direito: 2017.

HAGE, Jorge. Avanço Irreversível. **Folha de S. Paulo**, 23 jun. 2014. Caderno Opinião. Disponível em:
 <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>>. Acesso em: 8 dez. 2017.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do Direito Penal. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

_____. Límites Del Estado de Derecho para El Combate Contra La Criminalidad Organizada. Tesis Y Razones. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 1998.

HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, Legislation and Liberty.** Chicago: The University of Chicago Press, 1973, v. 1.

HICKS, John. Foundation of Welfare Economics. **Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, Dec. 1939. Disponível em:
<https://www.jstor.org/stable/2225023>. Acesso em: 13 out. 2017.

HULSMAN, Louk. Descriminalização (relatório apresentado ao Colóquio do XI Congresso Internacional de Direito Penal de 1973). **Revista de Direito Penal**, n. 9/10, jan./jun. 1973.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico. **Revista de Processo**, v. 42, n. 263, p. 429-449, jan. 2017.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal** – Parte General: Fundamentos Y teoría de la imputación. Tradução de José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JENNINGS, William P. A Note on the Economics of Organized Crime. **Eastern Economic Journal**, n. 10, issue 3, p. 315-321, 1984. Disponível em: <<http://EconPapers.repec.org/RePEc:eej:eeconj:v:10:y:1984:i:3:p:315-321>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, Sep. 1939. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i338890>. Acesso: 13 out. 2017.

KALOW, L.; SHAVELL, S. Optimal law enforcement with self-reporting of behavior. **Journal of Political Economy**, n. 102, p. 583–606, 1994. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/261947>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

KESSLER, Daniel; LEVITT, Steven D. Using Sentence Enhancements to Distinguish between Deterrence and Incapacitation. **The journal of law and economics**, v. 42, april 1999, p. 343-363. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

KOLM, S. C. A note on optimum tax evasion. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

KRUGMAN, Paul R; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7. Disponível em: <<https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/introducao-a-economia-paul-krugman-e-robin-wells.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

LEE, David S.; MCCRARY, Justin. Crime, Punishment, and Myopia. **NBER**, Cambridge, MA, Working Paper 11491, June, 2005.

LEMPEREUR, Alain Pekar; SEBENIUS, James; DUXERT, Yann. **Manual de Negociações Complexas**. Tradução de Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGC, 2007. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Cm46K7RUY4AC&pg=PA33&lpg=PA33&dq=tens%C3%A3o+entre+sigilo+e+transpar%C3%A2ncia&source=bl&ots=JgjXNNRDhy&sig=Opj4c8vllAFclZe9_b2CwWik&hl=pt>. Acesso em: 10 ago. 2017.

LEVITT, Steven David.; MILES, Thomas J. Economic contributions to the understanding of crime. **Annual Review of Law and Social Science**, n. 2, p. 147 – 164, 2006.

LEVITT, Steven David; DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LEVITT, Steven D. Why do Increased Arrest Rates Appear to Reduce Crime: Deterrence, Incapacitation or Measurement Error? **National Bureau of Economic Research**, Working Paper n. 5268. Cambridge, 1995.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações do Compliance. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 51-120.

LIMA, Maria Lúcia. L. M. Pádua (coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia, 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: JusPodivm, 2017.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. Tradução de Eduardo Lassere. São Paulo: Futura, 2001.

LOBATO, José Danilo Tavares. Notas críticas acerca da relação entre criminal compliance e whistleblowing. **Boletim IBCCRIM**, n. 275, v. 23, 2015, p. 4.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Icone, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Método, 2006.

LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis : Vozes, 1985.

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

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade Civil do Estado pela deterioração de Bens em depósito judicial. Disponível em: <http://sistemas.qjs.com.br:8084/hugomachado/conteudo.asp?home=1&secao=2&situacao=2&doc_id=143>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MADINGER, John; ZALOPANY, Sydney. **Money Laundering: A Guide for Criminal Investigators**. Third Edition. Washington, DC: CRC, 2011. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=uvQ7MIeWu3YC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q=pirate&f=false>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de Dinheiro**. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1984, v. 2.

MANSUR, Sandro (Org.) **Estudos em homenagem ao professor Sérgio Moro**. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness. **The Yale Law Journal**. Yale University, School of Law. 1993. Disponível em: <<https://www.highbeam.com>>. Acesso em: 27 out 2017.

MARTIN, Luís Gracia. Globalização Econômica e Direito Penal. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, v. 6, n. 10, p. 134-158, jan./jun. 2009.

_____. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La dimensión internacional del blanqueo de dinero. In: ARÁN, M. Garcia (Dir.). **El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica**: Estudios de Derecho Judicial, n. 61, C.G.P.J., Madrid, 2005, p. 179 - 270.

MARX, Karl. **Para a Crítica da Economia Política**. Salário, Preço e Lucro. O Rendimento e suas fontes. Tradução de Edgar Malagodi et al. São Paulo: Abril-Cultural, 1982.

MASCIANDARO, Donato. Money Laundering: the Economics of Regulation. **European Journal of Law and Economics**, v. 7, p. 225–240, may 1999, p. 225. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1023/A:1008776629651>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de dinheiro**: os Mecanismos de Controle penal na justiça federal no combate à criminalidade. Curitiba: Juruá, 2012.

MONTEIRO, Jorge Viana. **Lições de economia constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book

_____. A autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. **Revista CEJ**, Brasília, ano 12, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

_____. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2005.

MUNGAN, Murat C. A behavioral justification for escalating punishment schemes. **International Review of Law and Economics**, v. 37, 2014, p. 189-197. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science?_ob=ShoppingCartURL&_method=add&_eid=1-s2.0-S0144818813000756&originContentFamily=serial&_origin=article&_ts=1511885811&md5=602b3a819dce07e4400e63b7feb6b81a.

NASAR, Silvia. **Uma mente brilhante**. Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002.

NOVAES, Rubem de Freitas. A Escola de Chicago através de seus expoentes. **Instituto Ordem Livre**, 17 out. 2014. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/a-escola-de-chicago-atraves-de-seus-expoentes>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme. **O princípio constitucional da individualização da pena e sua aplicação concreta pelo Supremo Tribunal Federal no caso do mensalão**. Página web do autor. Publicação de 28 fev. 2014. Disponível em: <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/o-principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-e-sua-aplicacao-concreta-pelo-supremo-tribunal-federal-caso-mensalao>. Acesso em: 5 jan. 2018.

OLIVEIRA, Eudes Quintino de. Novo tipo penal: uso de telefone celular no presídio. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823180/novo-tipo-penal-uso-de-telefone-celular-no-presidio>. Acesso em: 5 jan. 2018.

OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2015 (Texto para Discussão n. 175).

Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. **Por que Prisão?** Uma análise econômica do dilema pena de prisão *versus* pena de multa para os crimes de corrupção no Brasil. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão nº 237). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 5 jan. 2018.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de Juridicidade de Proposições Legislativas**. 2014. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago. 2014 (Texto para Discussão n. 151). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-151-analise-de-juridicidade-de-proposicoes-legislativas>>. Acesso em:

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Provimentos Cautelares Patrimoniais em Lavagem de Ativos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org).

Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

OLSOON, Gustavo André. Análise econômica no direito criminal: Gary Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/45639>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Digo (Coord.).

Direito Penal Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PALAZZI, Leonardo. O caráter preventivo do Processo Penal nos delitos empresariais. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2013.

PARETO, Wilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 76.

PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho**: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4th ed. London: Macmillan, 1932. Disponível em: https://campus.fsu.edu/bbcswebdav/users/jcalhoun/Courses/History_of_Economic_Ideas/Readings/Pigou-The_Economic_of_Welfare.pdf. Acesso em: 13 out 2017.

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHO, Diva Benedines; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. (org.). **Manual de Economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Edivane Silvia; SUSKI Liana Maria Feix. Prisão civil do devedor de alimentos na comarca de Itapiranga nos anos de 2013 a 2015: análise da efetividade do cerceamento da liberdade como meio de coerção. **Revista do Curso de Direito Unitas**, p. 272-292, 2016. Disponível em: <http://docplayer.com.br/51491198-1-introducao-issn-no-1-ano-2016-p.html>. Acesso em: 5 jan. 2018.

POLINSKY, A. Mitchel; SHAVELL, Steven. A note on optimal fines when wealth varies among individuals. **American Economic Review**, v. 81, p. 618 - 621, 1991. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_Amer_Econ_Rev_618.pdf. Acesso em: 8 ago. 2017.

POSNER, Eric A. Símbolos, Sinais e Normas Sociais na Política e no Direito. Tradução de José Rodrigo Rodriguez. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 231-268, jan./jun. 2008.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010b.

_____. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1205-1214, Oct. 1985. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiI5f->. Acesso em: 8 ago. 2017.

_____. The Economic Approach to Law. **Texas LawReview**, v. 53, n. 4, 1975.

_____. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

_____. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review**, p. 409 - 418, 1980.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRESSMAN, Steven. Expanding the Boundaries of the Economics of Crime. **International Journal of Political Economy**, v. 1, n. 37, p. 78-100. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40471022>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROBINSON, Jeffrey. **The Laundrymen: Inside the World's Third Largest Business**. 1. ed. New York: Simon & Schuster, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, democracia e crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise Econômica da Expansão do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. Análise econômica da execução penal: ressocialização e regime semiaberto. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3, n. 2, p. 101-124, jul./dez. 2011. Disponível em: http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/403/433. Acesso em: 5 set. 2017.

_____. **Um convite à Teoria Econômica do Crime**. Disponível em: <http://jusliberdade.com.br/um-convite-a-teoria-economica-do-crime>. Acesso em: 29 nov. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EMdara, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**, São Paulo: Portfólio-Penguin, 2016.

ROTTENBER, Simon. (ed.). **Economics of Crime and Punishment**. Washington, DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973. p. 119-432. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/78219/1/688814166.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos com função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3.ed. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador do direito. **Caderno Direito GV**, n. 22 – mar. 2008a, p. 15. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno_meyerhof_salama>. Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. O que é pesquisa em direito e economia. In: **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 2, caderno n. 22, mar. 2008b, p. 9-10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Marcelo Almeida Ruivo dos. Criminalidade fiscal e colarinho branco: a fuga do fisco é exclusividade do *white-collar*? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: Visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Disponível em: <<https://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/ruivo-criminalidade-fiscal-e-colarinho-branco.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 131-166, 2017.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do Direito Econômico. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 22, n. 111, p. 61–90, nov./dez., 2014.

_____. **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHANE, Frederick; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHUE, Ted. Time Discounting and Time Preference: A Critical Review. **Journal of Economic Literature**, v. 40, n. 2, jun. 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; BORILLI, Saleté Polonia. Economia do crime: Um Estudo Exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz do Iguaçu (PR). **Revista Econômica do Nordeste**. Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr./jun. 2003.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; AMARAL, Thiago Botini do. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 296-338.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. Causa de Aumento de Pena na Lei de Lavagem de Capitais. Parte III. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942300/causa-de-aumento-de-pena-na-lei-de-lavagem-de-capitais-parte-iii>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximacion Al Derecho Penal Contemporaneo**. Barcelona: Bosch, 1992. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/228797515/Silva-Sanchez-Jesus-m-Aproximacion-Al-Derecho-Penal-Contemporaneo>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **A Expansão do Direito Penal**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série: As ciências criminais no século 21; v. 11).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280, ago. 2016. (Volume Especial). Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104984>>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. A Noção Penal dos Programas de Compliance e as Instituições Financeiras na “Nova Lei de Lavagem” - Lei 12.683/2012. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 57, p. 267-279, jul./set. 2012.

_____. *Compliance* e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 979, 2017, p. 31 – 52, maio 2017. DTR\2017\1045.

SINGH, B. Makin; Honesty the best policy. **Journal of Public Economy**, n. 2, 1973.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

STIGLER, George, (1970). The Optimum Enforcement of Laws, **Journal of Political Economy**, 3. ed. n. 78, p. 526 - 36. Disponível em: <<https://EconPapers.repec.org/RePEc:ucp:jpolec:v:78:y:1970:i:3:p:526-36>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). **Inovações no direito penal econômico**: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. A Criminalidade de Colarinho Branco. Tradução de Lucas Minorelli. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Processual Penal – UFRGS**, v. 2, n. 2, p. 93 – 103, 2014. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/56251/33980>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. **A Criminalidade de Colarinho Branco**: Versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Disponível em: <https://downloadflix.com/download/book/keyword.html?aff.id=9217>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 207.

TABAK, B. M. **A Análise Econômica do Direito**: Proposições Legislativas e Políticas Públicas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, outubro/2014 (Texto para Discussão n. 157), p. 17. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 28 out. 2017.

TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOKARS, Fábio. Por uma *law and economics* tupiniquim. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 13 de janeiro, 2008. Caderno Direito e Justiça.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução de Sérgio Fernando Moro. **Revista CEJ**, Brasília, ano 11, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. 7. ed. Tradução de Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VERHAGE, Antoinette. Supply and Demand: Anti-money Laundering by the Compliance Industry. **Journal of Money Laundering Control**, v. 12, n. 4, p. 4371-4391, 2009.

VERAS, Palas Ryanna. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da Sociologia Criminal**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do Crime**: uma explicação para a formação do criminoso. Porto Alegre: AGE, 2006.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da Sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen E. Barbosa. 3. ed. Brasília: UNB, 1994.

WEBER, Patrícia Maria Núñez; MORAES, Luciana Furtado. **Infrações Penais Antecedentes**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro**: Prevenção Penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

WELTER, Antônio Carlos. **Dos crimes: dogmática básica**. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org). **Lavagem de dinheiro: Prevenção Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 187-213.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**: Firms, Markets, Relational Contracting. New York: Free Press, 1985, p. 85-163.

WILSON, James Q. e ABRAHAMSE, Allan. Does Crime Pay. **Justice Quarterly**, v. 9, n. 3, Sep. 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia**: aproximación desde un margen. Bogotá: TEMIS, 1988, p. 13-15. Disponível em: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/criminologc3ada-aproximacic3b3n-desde-un-margen-zaffaroni.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo . **Compliance y derecho penal.**

Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 17. Disponível em:

https://books.google.com.br/books/about/Compliance_y_derecho_penal.html?id=TSFNXwAACAAJ&redir_esc=y. Acesso em: 25 nov. 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.