Plataformas e dogmática penal do século 21

Desde meu primeiro ano de faculdade, ouço falar na crise da dogmática — em especial, na minha área de atuação: a crise da dogmática penal. Talvez por ter se prolongado demais, essa crise — ou como quer que se chame o momento em que a dogmática passou a perder espaço como eixo racionalizador da interpretação e aplicação das leis penais — está matando a dogmática tradicional pelos seus sintomas.

Essa morte lenta vem abrindo um abismo entre a redação dogmática mais avançada — de matiz europeia, hispano-germânica, tipológica e catalogadora — e a prática forense — cada vez mais pragmática, americanizada e com conceitos abertos.

Nos tribunais brasileiros, quiçá, essa transformação poderia ter sido notada quando a jurisprudência expressamente rejeitou a teoria da imputação objetiva[1], a qual nunca teve o mesmo prestígio e a mesma abrangência que sua "antecessora", a teoria da ação final de Welzel, ou ainda na transformação da teoria do domínio do fato em uma teoria da autoria finalista[2].

Advogados do apocalipse anunciaram essa transformação como um velório do rígido pensamento dogmático e centrado nas leis, o que exigiria uma revolução na postura dos juristas, seja para atuar, seja para descrever o Direito.

Mas a diminuição do papel da velha dogmática não é a única transformação que impacta o Direito, pois ela vem a galope com o crescimento da força do Judiciário, que um dia foi apenas a boca da lei e, agora, busca seu espaço ao sol como um verdadeiro Poder do Estado. Outra mudança foi a entrada da empresa como um agente do crime, para muito além da arcaica discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica: a estrutura organizacional e societária das companhias se mostra um desafio para a criminologia econômica, para a dogmática e para a política criminal, que se defrontam com "corrupção sistêmica", complexas redes de lavagem de capitais e crimes financeiros transnacionais, entre outros desafios típicos da realidade empresarial.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Há muitos outros pontos da eterna crise do Direito Penal, é certo — o ressurgimento da importância das teorias genéticas em uma criminologia "conservadora" e os paradigmas do sul que questionam os vieses de gênero e de raça no Direito Penal também são dignos de nota —, mas a aproximação do nosso direito de matriz continental com o *common law* é a grande pendência a ser resolvida.

Todas essas diferentes abordagens do fenômeno do crime trazem à tona a complexidade[3] que inunda o pensamento jurídico.

Nesse cenário, um retorno ao garantismo positivista é capaz apenas de demonstrar uma nostalgia romântica que tem pouco ou nenhum impacto prático (e cada vez menos potencial analítico).

O papel do jurista que deseja ver o poder punitivo mantido sob controle democrático não pode mais ser o de lutar pelos valores que, infelizmente, são incapazes de fazer o mundo regressar, e sim o de apresentar soluções racionais (centradas no poder legiferante da democracia e que possam ser utilizadas mediante justa argumentação no Judiciário) para os problemas complexos da nossa sociedade.

Uma dessas soluções aborda exatamente a questão dos agentes empresariais do crime.

Trata-se da teoria das plataformas.

Acostumados a tratar o delito como divisível entre sujeito e objeto[4], a realidade dos nossos tempos demonstra que a crescente figura da interposição merece um lugar de honra a meio termo entre o sujeito ativo do delito e o objeto do crime.

A figura da interposta pessoa jurídica revela um aspecto complexo da imputação — a atribuição da ação se dilui, cada vez mais, para elementos institucionais, deixando definitivamente de lado elementos corpóreos (comissão, omissão, vontade etc.).

Na dogmática da lavagem de capitais, a operação de ocultação da origem do fruto de uma ação criminosa (identificada como crime antecedente) é um ato autônomo de lavagem, o qual, muitas vezes, não é suficiente para que os recursos sejam de fato reintroduzidos na economia formal e possam ser utilizados por quem cometeu o crime antecedente ou por terceiro.

Por essa razão, os recursos lavados são alocados em interpostas pessoas jurídicas — as quais realizam verdadeira mediação entre a origem ilícita do recurso e seu destinatário final (o qual pode ou não ser o autor do crime antecedente). A existência da interposta pessoa jurídica, contudo, não é ilícita por si só, de modo que passa a ser importante identificar se a pessoa jurídica se presta única e exclusivamente a ocultar a origem de recursos ou se, no contexto de outras atividades lícitas, também é utilizada para lavagem.

Na operação "lava jato", por exemplo, várias *offshores* foram utilizadas para gerar camadas de lavagem. Muitas delas existiam com o único e exclusivo propósito de lavar dinheiro. Houve, porém, remessas de recursos a *offshores* operacionais, braços internacionais de companhias atuantes e instituições financeiras que atuavam inclusive com lavagem[5]. No primeiro caso, da empresa constituída para servir de "passagem", não estaríamos falando de um verdadeiro utensílio do crime? Mas não é a empresa

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

também uma pessoa constituída? E no caso de ser, de fato, uma empresa com atividade lícita e também ilícita? Se o objeto do delito é o recurso de origem ilícita, mas este passa a integrar o patrimônio de uma empresa (seus ativos[6]), como diferenciar a empresa de um potencial agente criminal?

O fato de que pessoas jurídicas não podem ser penalmente responsabilizadas por lavagem não resolve o problema — até porque essa é uma realidade brasileira, não mundial[7].

A situação ganha um brilho a mais quando se pensa no sistema bancário e em sua relação com a lavagem de dinheiro: o banco utilizado para lavar dinheiro é vítima ou coautor? Como pode ser vítima se se beneficia do ato de lavagem? Como pode ser coautor se não toma a decisão de lavar dinheiro? Como pode ser vítima se tem o dever de evitar o delito[8]?

Se nem sujeito nem objeto, vítima ou autor direto, os bancos podem ser considerados plataformas que permanecem em posição ambígua com relação ao crime de lavagem de capitais.

Por um lado, a lavagem favorece o banco, o qual fatura com a operação; por outro, a exposição da instituição ao recurso ilícito pode ser trágica não apenas pelas consequências regulatórias, mas também reputacionais.

O tamanho do apetite de risco da instituição é o que acaba por definir, ao fim do dia, se a instituição tem uma postura mais ativa na identificação e mitigação da lavagem ou uma postura mais complacente.

Como a dogmática pode lidar com um agente dúbio, cujo papel pode variar dentro de um mesmo caso (exemplo: um banco que era negligente com relação aos deveres de *compliance*, mas passa a cooperar com as autoridades a partir de determinado momento)?

A tendência da dogmática-continental à qual nos filiamos é a da torção dos conceitos e da recorrente apresentação de novas leituras dos mesmos institutos, tendência que vem causando cada vez mais repulsa por parte dos agentes da *práxis* jurídica[9], os quais adotam estratégias dogmáticas em regime de "importação criativa" (domínio do fato à la Supremo, cegueira deliberada à la Curitiba, entre outros).

Via reversa, podemos iniciar a definir dogmaticamente as plataformas.

Plataformas podem ser conceituadas como intermediárias de condutas comissivas e omissivas com potencial criminoso. Não apenas intermediárias no sentido de um humano que pode agir a mando de outrem, mas no sentido de que, de alguma forma, a ação criminosa ocorre na plataforma.

Plataformas são, ao mesmo tempo, agentes potenciais e "espaços" onde ações são realizadas, assim como ocorre na internet ou nas redes sociais.

Uma injúria cometida em um vídeo no YouTube ou postado no Facebook tem efeito semelhante: a repercussão do vídeo — seu maior engajamento e grande número de compartilhamentos — é benéfica para a plataforma, levando em consideração seu modelo de negócios; é, também, prejudicial em termos reputacionais e chama atenção para sua potencial responsabilidade[10].

Plataformas podem ou não ter deveres de evitabilidade ou de vigilância (com o intuito de evitar) da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ocorrência de determinados crimes em seus “espaços”, sendo que esses deveres existem justamente para colocá-las em xeque com seu modelo de negócio ou de atuação social.

Esse conflito de interesses (imposto ou derivado de repercussão negativa) em que se encontram as plataformas deve ser levado em consideração para repensar a dogmática do delito a partir da multiplicidade de agentes que, muitas vezes, sequer são humanos.

Uma das principais características das plataformas é que as decisões por elas tomadas — ao menos em um primeiro momento — são automatizadas, tomadas por algoritmos e decorrem de um quadro de previsão inicial antevisto por humanos em momento mais ou menos distante: o momento da programação.

Não bastasse, as plataformas são também um repertório de decisões tomadas as quais, por sua vez, fomentam a tomada de decisões futuras, em processos que podem ser totalmente autônomos ou apenas parcialmente humanizados.

Um banco, por exemplo, reforça seus controles de prevenção à lavagem de dinheiro com base no histórico de transações qualificadas como suspeitas e na consulta recorrente a listas de pessoas com potencial risco de lavagem e, a partir disso, é capaz de transformar seus controles e torná-los mais efetivos ou mais seletivos.

Em uma perspectiva clássica, a responsabilidade penal do banco não existe, e a de seus gestores será avaliada a partir das complexas teorias de crimes comissivos por omissão. Para isso, será preciso identificar quem, dentro da instituição, deixou de agir de modo que sua omissão possa ser considerada causa do crime de lavagem — uma vez que o agente tinha o dever de agir, mas não agiu.

Antes, a responsabilidade de uma plataforma deveria ser mensurada muito além de um dever genérico de conhecer e evitar que é atribuído a pessoas específicas dentro da organização — uma tarefa sempre muito complexa e que nos distancia cada vez mais do bom e velho garantismo penal. Essa responsabilidade deve ser auferida levando em consideração os deveres concretos daquela plataforma de evitar ou não determinadas condutas, mas também a quantidade de informação que ela tinha à disposição para avaliar seu próprio risco e controlá-lo.

Nosso direito punitivo tem um *insight* nesse sentido: para o Código Penal, pode ser considerado autor de um crime aquele cuja ação deu ensejo ao “risco da ocorrência do resultado” criminoso (Código Penal, artigo 13, parágrafo 2º, "c"), inciso de raro uso em nossos tribunais.

Estendê-lo a empresas que atuam como plataformas não apenas parece distante da nossa dogmática, parece impossível, pois os conceitos de imputação disponíveis (e cada vez mais desfigurados) não se dispõem a compreender a realidade de um agente que é também meio do cometimento de crimes.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Esta teoria, apenas muito superficialmente apresentada aqui, é um pequeno esforço para encerrar o ciclo de crise e, ao mesmo tempo, tentar resguardar a "tradição" dogmática continental a qual nos filiamos ressalvando o que ela tem de melhor: padrões de previsibilidade — sem, contudo, negar que o apelo ao pragmatismo da *common law* tem sua razão de ser.

[1] A meu ver, um dos trechos mais marcantes dessa rejeição é o que segue, oriundo de acórdão de tema repetitivo do Superior Tribunal de Justiça: "[…] É evidente que a lei deve atender a um fim social e expressar os anseios da sociedade, como manifestação de legitimidade na concretização dos pressupostos da teoria tridimensional do inesquecível mestre Miguel Reale, na conjugação dos elementos fato x valor x norma. […] Adotar os fundamentos socializadores, próprios da teoria da imputação objetiva, onde preponderam os requisitos de condutas de risco permitido e risco proibido, leva à quebra da segurança jurídica que, assim, perde a certeza dos limites estabelecidos em defesa do cidadão". Voto vencedor do ministro Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado) no Recurso Especial 1.111.566, julgado em 4 de setembro de 2012.

[2] Ver, por exemplo, o seguinte trecho de uma ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal: "11. A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a denúncia apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados." Habeas Corpus 127.397 – relator ministro Dias Toffoli, julgado em 6 de dezembro de 2016.

[3] "A complexidade surge então no cerne do Uno simultaneamente como relatividade, relacionaliodade, diversidade, alteridade, duplicidade, ambiguidade, incerteza, antagonismo e na união dessas noções complementares, concorrentes, antagônicas, que se encontram umas em relação às outras". MORIN, Edgard. *O Método. 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 183. Enquanto as demais matérias das humanidades, as não normativas, por assim dizer (a literatura, a crítica das artes, a história, a geografia, a política) já se chocaram com os movimentos de deslocamento da "pós-modernidade", o Direito resistiu como último bastião do positivismo (elemento central para o garantismo, não nos esqueçamos). Até hoje.

[4] Uma pretensa triangulação entre sujeito ativo, passivo e objeto do delito sempre encontrou no mais clássico dos crimes, o homicídio, um impasse em que vítima (sujeito passivo) e objeto do crime se confundem de maneira que parece pejorativa e insensível à situação como um todo.

[5] Especialmente nos núcleos que de fato atuavam no setor petroleiro, as *offshores* eram utilizadas em atividades lícitas no estrangeiro. Muitas das subsidiárias estrangeiras das empreiteiras brasileiras, que de fato desenvolviam negócios no exterior, também foram utilizadas como intermediárias de propinas.

[6] Especialmente na lavagem. essa confusão entre conduta do agente e objeto do delito é relevante, pois o objeto não é apenas o recurso visto de maneira contábil, mas a transação em si, uma vez que as condutas típicas de lavagem se realizam por meio de transações imputáveis a agentes econômicos "lícitos".

[7] E mesmo no Brasil elas podem ser responsabilizadas administrativamente pela lei de lavagem, pela

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

lei anticorrupção e pela lei de improbidade administrativa, a depender do caso.

[8] Dever de evitar, na verdade, materializado no dever de identificar e reportar o ato de lavagem para que o próprio Estado possa frustrá-lo.

[9] Temática que apresentei em SIMÕES DA CONCEIÇÃO, Pedro Augusto. *Crime e Caos: proposta para a criminalidade empresarial brasileira*. São Paulo: LiberArs, 2019.

[10] Nesse sentido, as discussões recentes sobre eventual responsabilidade (moral) das redes sociais na reprodução de conteúdos racistas, de fake news e de seitas como os terraplanistas. V.: https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/02/youtube-e-base-de-formacao-de-terraplanistas-mostra-estudo.html (acessado em 16 de janeiro de 2020).

Date Created
18/01/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.