



COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL: UMA METODOLOGIA BASEADA NA DEFINIÇÃO DE CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Cláudio Macedo de Souza¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo investigar os motivos que constituem a metodologia preventiva da cooperação criminal internacional, a partir da compreensão da definição legal de organização criminosa transnacional. Apoiado e atento a esta situação, foi questionado: "No âmbito da cooperação internacional, em que se baseou a metodologia de prevenção para o crime organizado transnacional?" Assumiu-se que a metodologia preventiva baseou-se na ideia de risco a qual foi construída na definição legal de organização criminosa transnacional.

Palavras-chave: Cooperação penal; Metodologia da prevenção; Risco; Crime organizado transnacional; Direito penal internacional.

CRIMINAL INTERNATIONAL COOPERATION: A METHODOLOGY BASED ON THE DEFINITION OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME

ABSTRAT

This article aims to investigate the reasons that constitute the preventive methodology of international criminal cooperation, from the understanding of the legal definition of transnational criminal organization. Supported and attentive to this situation, it has been questioned: "At the context of international cooperation, in what the methodology of prevention for transnational organized crime has based on?" It was assumed that the preventive methodology has been based on the idea of risk founded on the legal definition of transnational criminal organization.

Keywords: Criminal cooperation; Prevention methodology; Risk; Transnational organized crime; International criminal law.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo compreender as razões nas quais se fundamenta a metodologia preventiva do Direito Penal Internacional, a partir da definição de organização criminosa transnacional prevista na Lei 12.850 de 2013, a qual foi construída na idéia do risco. O Direito Penal Internacional é na sua essência preventivo, porque está sendo construído para combater o crime organizado transnacional, o qual carrega a ideia do risco. Assim sendo, o Direito Penal Internacional é uma espécie de prevenção do risco, isto é, de

¹Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Advogado. Pesquisador no CNPq na área do Direito Penal Internacional. Professor Adjunto da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina. Autor do Livro: Direito Penal no MERCOSUL: Uma metodologia de harmonização.



gestão do crime organizado transnacional. Portanto, a definição legal de crime organizado² está justificada no interesse do Brasil em combater o risco por meio da prevenção. Neste aspecto, a edição legislativa evidencia os compromissos assumidos pelo Brasil via Tratados e/ou Convenções Internacionais³.

A Lei 12.850/13 atribuiu nova dimensão à denominada *organização criminosa*, passando a exigir não apenas sua revisão conceitual, mas, principalmente, sua adequação político-criminal no compromisso de fazer prevenção do crime na esfera internacional. Com isso, a Lei redefiniu a organização criminosa, adotando as terminologias: *crime transnacional* e, *crime transnacional previsto em Tratado ou em Convenção Internacional*. Neste cenário, o compromisso de prevenir tornou-se determinante para o combate ao crime organizado transnacional intensificado, sobretudo, pelo surgimento das novas tecnologias de informação e de comunicação.

A finalidade de enfrentar a criminalidade transnacional, organização essencialmente perigosa, contribui para a existência de métodos preventivos. Esta afirmação sugere uma reconfiguração da dogmática jurídico-penal e da própria teoria do crime para o seu enfrentamento. Nesta direção, a tendência é responsabilizar penalmente, não apenas a pessoa física; mas, sobretudo, a pessoa jurídica capaz de produzir situações de risco.

Este panorama é, também, responsável pela criminalização do perigo abstrato, ao invés da ofensa ao bem jurídico relevante; pela ampliação dos tipos penais de omissão e, também, pela exasperação das posições de garantia por meio das quais certas pessoas têm o dever de combater o crime organizado transnacional⁴. Ainda que o termo “crime organizado transnacional” não seja preciso, acentua-se que a teoria da sociedade de risco, formulada por

² O advento da Lei n. 12.694/2012 passou a definir no artigo 2º a organização criminosa no Brasil. Entretanto, essa definição não se consolidou, porque o legislador brasileiro editou em seguida a Lei 12.850/2013 redefinindo organização criminosa, revogando o artigo 2º da Lei 12.694/2012 e revogando a Lei n. 9.034/1995.

³ Carta da ONU. Artigo 1º Os propósitos das Nações Unidas são: 3. Para conseguir a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

⁴ Além dos processos de criminalização, há também mecanismos extrapenais para combater o crime transnacional de forma preventiva, como por exemplo, o *Compliance*, previsto na Lei 9.613/98 de Lavagem de Capitais.



Beck⁵, é bastante útil para explicar o início desta nova era do Direito Penal. Em que pese a definição legal de crime organizado, a dimensão imprevisível de suas conseqüências gera temor, pois os riscos desencadeados são ameaças em níveis desconhecidos.

Assim, a lógica extraída deste pensamento leva ao raciocínio de que o Direito Penal Internacional é construído na idéia de que o crime é uma situação de risco, em razão da criminalidade organizada que ocasiona perigos desconhecidos ou imprevisíveis impulsionados pelos progressos científicos e tecnológicos. Nesse novo cenário, o progresso da tecnologia disponível a todos que recorrem, por exemplo, ao sistema bancário globalizado, cedeu lugar aos avanços da criminalidade transnacional, no tocante à lavagem de dinheiro, cujos reflexos econômicos, por exemplo, somente serão vivenciados em longo prazo.

Portanto, para lidar com o risco atrelado ao dinamismo das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas, não são suficientes as estruturas tradicionais do Direito Penal. Se o problema atual direciona-se para o risco, uma metodologia de prevenção ao crime transnacional passa a ser necessária na esfera internacional. Implica dizer que, a internacionalização do Direito Penal tem sido realizada por meio da aproximação da ordem jurídica nacional à ordem internacional, por força de Tratados ou Convenções.

Neste caso, a legislação que conceitua a organização criminosa transnacional foi pensada numa perspectiva de aproximação à ordem jurídica internacional. A aproximação legislativa encontra apoio no artigo 1º, parágrafo 3º da Carta das Nações Unidas e na Resolução 2625 na qual está prevista a Declaração de Princípios de Direito Internacional referentes às relações de cooperação entre os Estados⁶.

Entretanto, a despeito do Direito Penal Internacional ter como finalidade o combate à criminalidade transnacional por meio da prevenção; ainda, são desconhecidas as razões que fundamentam esta metodologia. Respaldo e atento a essa situação, indaga-se: “Em que se fundamenta o combate ao crime organizado transnacional, enquanto compromisso assumido pelo Brasil na esfera internacional?” Supôs-se, assim, que a ideia de prevenção do risco construída a partir da definição legal de organização criminosa transnacional pode apresentar

⁵ A obra “Sociedade de Risco” foi lançada em 1986 na Alemanha. Além de Beck, o inglês Anthony Giddens escreveu em 1988 sobre o risco na sociedade moderna.

⁶ A Constituição Federal brasileira prevê, no artigo 4º inciso XI, que o Brasil rege-se nas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.



as características necessárias para a compreensão das razões que fundamentam a metodologia de combate ao crime na esfera internacional.

Com base na lei penal, cumpre a nós destacar que, o risco faz parte da essência da organização criminosa. Ou seja, além de se constituírem em crimes transnacionais que *visam à obtenção de vantagem de qualquer natureza*, a definição de organização criminosa⁷, inclui a *estrutura ordenada como garantia da prática de crimes* e, também, *a divisão de tarefas (colaboração) entre os seus integrantes*. Ou seja, a estrutura ordenada e a divisão de tarefas são conseqüências da própria essência da organização voltada para a prática de uma série de crimes com a finalidade específica de obter vantagem.

Para alcançar o objetivo geral proposto, este artigo parte do pressuposto de que o Direito Penal Internacional é construído a partir da ideia do risco presente na definição de crime organizado transnacional, conforme a Lei 12.850/13. Com isso, tornou-se possível constatar que o método de prevenção do risco se fundamenta na própria definição legal de crime organizado transnacional.

Esta análise ocorreu em duas etapas. Na primeira etapa, o texto empreendeu uma abordagem em que considerou o compromisso de cooperar para o combate do crime organizado transnacional como ponto de partida para a compreensão das razões, nas quais se fundamenta a metodologia de prevenção. Em decorrência deste compromisso, tornou-se imperativo que o combate à criminalidade na esfera internacional se realizasse por meio da prevenção. Defendeu-se que o método é a prevenção, porque o risco integra a definição legal de organização criminosa transnacional.

Nesta linha de raciocínio, afirmou-se que o risco está alinhado à vantagem de qualquer natureza que os integrantes da organização desejam obter. O risco está representado não apenas na garantia da existência da estrutura ordenada da organização; mas, sobretudo, na certeza de que a divisão de tarefas será estabelecida de acordo com a vantagem que se pretende obter com a prática do crime transnacional. Pois bem, qualquer que seja o crime transnacional eleito pelos seus integrantes, sempre haverá uma estrutura ordenada e uma adequada divisão de tarefas que vise ao propósito da organização. Diante do perigo

⁷A organização criminosa sem transnacionalidade é uma associação de 04 (quatro) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas para a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos. Esta distinção decorre da precisão conceitual do texto da Lei 12.850/13.



representado pela organização criminosa transnacional, o Direito Penal se antecipa por meio da gestão do risco ao assumir o compromisso de cooperar na esfera internacional.

Em uma segunda etapa, a partir do raciocínio de que as específicas características da organização⁸ presentes na sua definição legal configuram o risco, foram discutidas algumas políticas criminais comprometidas com a prevenção. Nesta direção, afirmou-se que iniciativas legislativas de combate à criminalidade transnacional são políticas que merecem ser investigadas, pois estão alinhadas à metodologia de prevenção.

2. METODOLOGIA CONSTRUÍDA A PARTIR DA DEFINIÇÃO LEGAL DE CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.

Ao adotar a terminologia *crime organizado transnacional*, a Lei 12.850/13 definiu organização criminosa na esfera internacional. O parágrafo 1º do artigo 1º da legislação apresenta duas espécies de organização criminosa. Na primeira parte do dispositivo legal está a organização criminosa *sem transnacionalidade*; e, na segunda parte está a organização criminosa *com transnacionalidade*. A organização criminosa transnacional contida *in fine* do dispositivo legal refere-se à associação de pessoas para a prática de crimes no Brasil com resultado no exterior ou vice-versa.

Já, a redação contida nos incisos I e II, do parágrafo 2º do artigo 1º tem como objetivo estender a aplicação da Lei aos crimes transnacionais previstos em Tratados e em Convenções internacionais. Em outros termos, define a transnacionalidade a partir das infrações penais previstas em Tratados e em Convenções internacionais da qual faz parte, por exemplo, o crime de lavagem de dinheiro⁹ e o tráfico internacional de drogas¹⁰. De acordo

⁸ Neste ponto, fica sepultada de uma vez por todas a polêmica sobre a semelhança ou a identificação com a associação criminosa do artigo 288 do Código Penal. É preciso destacar que a associação criminosa é uma reunião de 03 (três) ou mais pessoas para a prática de crimes que não requer a ordenação estrutural e, tampouco se caracteriza pela divisão de tarefas.

⁹ A Lei 9.613/1998, no parágrafo 4º do artigo 1º, determina o aumento da pena se a lavagem de dinheiro ocorrer por meio de organização criminosa. Essa previsão de aumento da pena revela que a lavagem de dinheiro poderá ocorrer, também, por meio da organização criminosa. Ademais, a redação do artigo 8º da Lei reforça a existência de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa transnacional; ao afirmar que o juiz, por solicitação de autoridade estrangeira, determinará medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes praticados no exterior e com lavagem no Brasil. A lavagem de dinheiro (em si mesma, sem considerar qualquer



com os referidos incisos, a organização criminosa, relacionada aos atos executórios que se iniciaram em um país e ao resultado que tenha ou devesse ter ocorrido em outro país estrangeiro, requer que os crimes transnacionais estejam contidos em instrumentos internacionais.

No âmbito internacional, segundo a Lei 12.850/13, tanto os crimes previstos em Tratados ou em Convenções internacionais quanto aqueles não previstos possuem transnacionalidade¹¹ e, quaisquer deles são realizados por meio de organização criminosa. E, embora nem todo crime organizado seja um crime transnacional, é possível afirmar que todo crime transnacional se realiza por meio de organizações criminosas. De acordo com a Lei, sabe-se que o crime organizado pode ter transnacionalidade ou não ter transnacionalidade. Já a transnacionalidade da organização criminosa se subdivide entre aquela prevista em Tratados ou em Convenções Internacionais e aquela não prevista.

Em suma, o crime que interessa aos propósitos deste artigo é a organização criminosa transnacional, tendo em vista que sua definição legal oferece as condições que irão subsidiar a metodologia de prevenção. Sob o império da Lei 12.850/13, a estrutura central do “crime de organização criminosa” reside na vontade e consciência dos seus integrantes *organizarem-se de forma ordenada e com clara divisão de tarefas, com o fim especial de obter vantagem de qualquer natureza*, mediante a prática de *crimes transnacionais*.

Portanto, o dado importante contemplado na sua definição legal é o compartilhamento das atividades por diversos lugares, expressado na determinação de que haja divisão de tarefas, servindo assim para fortalecer a estrutura ordenada, o que, a bem da verdade, revela a ideia do risco. Cumpre afirmar que, essas características da organização

dos delitos antecedentes) é crime previsto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a saber: as Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003) promulgada pelo Decreto 5.687/2006; e, contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000); promulgada pelo Decreto 5.015/2004.

¹⁰ Para combater o crime de tráfico de drogas, existem várias convenções internacionais, dentre as quais: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, aprovada pelo Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991; a Convenção das Nações Unidas sobre as Substâncias Psicotrópicas de 1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90, de 5 de dezembro de 1972; e, a Convenção Única das Nações Unidas de 1961 sobre os Entorpecentes - Decreto Legislativo nº 5, de 1964.

¹¹ A espécie de crimes transnacionais previstos em Tratados ou em Convenções Internacionais está registrada no inciso V, do artigo 109 da Constituição Federal brasileira. Essa espécie de transnacionalidade atrai a competência para a Justiça Federal.



criminosa transnacional são elementares constitutivas da sua definição legal, as quais por exigência dogmática são objeto do artigo 1º.

Convém que se destaque, desde logo, que na definição de organização criminosa surge um aspecto penal relevante. O texto legal declara que a organização pratica crimes com *o fim especial* de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. Percebe-se, pois, que a prática de crimes transnacionais constitui meio pelo qual se busca a obtenção dessa vantagem. Torna-se, portanto, relevante definir que a natureza da vantagem pretendida, pode ser econômico-financeira ou outra. Significa dizer que, a locução “qualquer vantagem”, elementar do crime, não precisa ser necessariamente de natureza econômico-financeira, tendo em vista que o legislador não quis restringir o seu alcance.

No âmbito da organização criminosa, a busca pela vantagem de qualquer natureza é uma situação de risco a ser considerada pelo Direito Penal. O risco é, pois, característica de qualquer organização criminosa que mediante a prática de crimes transnacionais, busca obter vantagem econômico-financeira ou, não. Enquanto instrumento de combate ao crime organizado transnacional, o Direito Penal Internacional se constitui na regulação do risco.

Assim sendo, a prevenção é princípio que norteia a produção legislativa nacional de combate à criminalidade transnacional. Portanto, atualmente, orientado pela contenção do *risco*, tornou-se fundamental para o Direito Penal agir preventivamente na esfera internacional. Nesta perspectiva, a clássica idéia de *ultima ratio* é dispensável, porque a intervenção imediata do Direito Penal é vista como *prima ratio* na regulação desses novos e complexos conflitos sociais. Ou seja, torna-se a única alternativa para o controle de condutas que produzem situações de risco.

Com efeito, por exigência legal, a divisão de tarefas (distribuição de funções e obrigações), a estrutura ordenada (organização hierárquica estável e permanente), o fim especial de obter vantagem de qualquer natureza e a transnacionalidade são características da organização criminosa que a configura no ambiente do risco. Diante do perigo representado pela organização criminosa transnacional e da assunção do compromisso de fazer a sua prevenção, é preciso antecipar-se ao risco. E, da necessidade de antecipar-se ao risco, surgem políticas legislativas para o combate da criminalidade transnacional.

3. POLÍTICAS CRIMINAIS ALINHADAS À METODOLOGIA DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL.



Construído sobre o princípio da prevenção e direcionado para o combate à criminalidade organizada transnacional, o Direito Penal na esfera internacional é uma forma de gestão de riscos. Nesta perspectiva, as políticas criminais pressupõem reação ao crime por meio da prevenção. Por isso, a discussão em torno das políticas criminais deve ser metodológica. Nesse sentido, iniciativas legislativas de combate à criminalidade transnacional devem ser consideradas políticas criminais alinhadas à metodologia da prevenção. Afirma-se que o combate ao crime organizado transnacional reúne um conjunto de políticas que se antecipam ao risco.

No amplo leque de políticas, pareceu-nos conveniente mencionar, em primeiro plano, a responsabilidade penal das empresas, que se abre para essa possibilidade, na medida em que deixa ao sabor da evolução dogmática penal esta discussão. Com a ascensão da questão ambiental na esfera internacional, a responsabilidade penal das empresas não escapou da política de proteção ao meio ambiente. O plano internacional sempre esteve em estreita relação com o direito ambiental. Esta política prevista na Lei dos crimes ambientais, na qual as empresas também são chamadas para o compartilhamento de responsabilidade com as pessoas físicas, está alinhada à gestão de riscos porque se fundamenta na prevenção.

O tema ambiental é objeto de diversos acordos internacionais, o que evidencia a natureza global da matéria. Cabe aqui mencionar os mais relevantes Tratados Internacionais os quais demonstram a estreita relação entre a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o compromisso de prevenir o crime. A Conferência de Estocolmo (1972), convocada pela Organização das Nações Unidas, figurou como o primeiro evento com enfoque predominantemente ambiental. Este fato estabeleceu um marco no alerta da sociedade global ao problema do meio ambiente gerado pela atividade humana. Como resultado da Conferência, a Convenção da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano foi firmada.

Seguiram-se as tratativas de outros ajustes na esfera internacional, contemplando diferentes aspectos da proteção ao meio ambiente. Destacam-se a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção – CITES (1973), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985), o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Esgotam a



Camada de Ozônio (1987), a Convenção sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos (Convenção da Basiléia, 1989).

Dentre outras iniciativas, verifica-se que a temática ambiental tem sido objeto de constante abordagem em Tratados Internacionais. O princípio 24 da Declaração de Estocolmo reconhece a importância do tema na seara internacional e preceitua que "*a cooperação através de convênios multilaterais ou bilaterais (...) é essencial para efetivamente controlar, prevenir, reduzir e eliminar os efeitos desfavoráveis ao meio ambiente (...)*". Portanto, o compromisso de prevenir por meio de acordos internacionais é indispensável para o efetivo combate ao crime transnacional.

Exemplo de política preventiva, o tipo penal do artigo 56 da Lei penal brasileira 9.605/98 pune quem importar ou exportar produto ou substância tóxica ao meio ambiente em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou em regulamentos. Este tipo penal refere-se ao movimento transfronteiriço de resíduos perigosos e de outros resíduos considerado ilícito como resultado de atuação por parte do exportador ou do produtor, previsto no artigo 9º da norma internacional prevista na *Convenção da Basiléia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e outros resíduos e seu depósito*¹². A legislação penal brasileira deve assegurar, portanto, que as pessoas envolvidas na gestão de resíduos perigosos dêem os passos necessários na prevenção à poluição.

O tráfico ilegal de resíduos perigosos é considerado crime pelos países signatários da Convenção e, por isso, cada Estado-parte deverá adotar legislação nacional para combater o tráfico. Ademais, o movimento transfronteiriço se caracteriza como tráfico ilegal quando as condutas do exportador, do importador, do encarregado do depósito ou do gerador de resíduos ocorrerem sem notificação para os Estados interessados; sem o consentimento do Estado interessado; com o consentimento obtido por falsificação ou outra fraude, que não esteja materialmente em conformidade com os documentos.

Outro documento com enfoque na prevenção de crimes na esfera internacional é a CITES - *Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção*. Esta normativa tem como objetivo regulamentar e restringir o comércio internacional de espécies que estejam ameaçadas de extinção ou que corram risco de

¹² Conforme o número 5 do artigo 9º da Convenção da Basiléia, "Cada Parte aplicará legislação nacional própria para prevenir e punir o tráfico ilícito. As Partes cooperarão com vista a cumprir os objetivos deste artigo."



se tornarem ameaçadas se o seu comércio não for controlado. Para atingir seus objetivos, a CITES obriga as partes a criarem sanções penais. O tipo penal do artigo 29, inciso III da Lei 9.605/98 pune, por exemplo, quem exporta ou adquire espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. Percebe-se que, a exigência de autorização é a garantia de que todo o espécime vivo será acondicionado e transportado de forma a evitar os riscos de ferimentos, doença, maltrato ou morte.

Desde a elaboração da Convenção de Viena em 1988 até os dias atuais, diversos Tratados e Convenções internacionais trataram do combate à lavagem de capitais. Entre eles, destacam-se a Convenção de Estrasburgo, de 1990; a Convenção de Palermo, de 2000; e a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas para a Corrupção), de 2003. Observa-se que o combate à lavagem de capitais torna-se indispensável, pois é crime de forte dimensão transnacional, sendo a principal atividade do crime organizado, movimentando o PIB mundial de forma clandestina.

Diversos setores criminosos estão diretamente envolvidos com a lavagem de capitais, como o narcotráfico, o contrabando de armas, o terrorismo, as grandes fraudes, roubos, extorsões, evasão fiscal, crimes financeiros e, especialmente, a corrupção. Neste aspecto, políticas e práticas de prevenção aos crimes antecedentes à lavagem de capitais são princípios que fazem parte de Tratados e de Convenções Internacionais e, que, portanto, norteiam as medidas adotadas pelos Estados signatários por meio das suas legislações penais. Por exemplo, antes que ocorra o crime de lavagem de capitais, é preciso que políticas e práticas de prevenção da corrupção sejam criadas. A prevenção do crime antecedente é, também, uma maneira de combater a lavagem de capitais. Nesta perspectiva, o enfrentamento do crime pressupõe metodologia baseada na prevenção.

Em outros termos, para combater com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente faz-se necessária a prevenção dos crimes antecedentes. Cite-se, por exemplo, a *Convenção das Nações Unidas para a Corrupção* (2003), promulgada pelo Decreto n. 5.687 de 31/01/2006 instrumento no qual a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional. Esta constatação tornou necessária a adoção de medidas para preveni-la. Neste caso, a prevenção da corrupção passou a ser responsabilidade de todos os Estados, os quais devem cooperar entre si, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público, como a sociedade civil,



as organizações não-governamentais e as organizações de base comunitárias, para que seus esforços neste âmbito sejam eficazes.

Ademais, o artigo 26 da Convenção dispõe que cada Estado-parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos. As medidas adotadas servirão para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos crimes qualificados (Suborno de funcionários públicos nacionais; Suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas; Tráfico de influências; dentre outros) de acordo com a referida Convenção. E que a responsabilidade das empresas existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os crimes.

No Brasil, a previsão do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. É sabido que a idéia de responsabilidade penal das empresas foi incorporada à Lei 9.605/98, por força de Tratados e Convenções em defesa do meio ambiente e da ratificação do Brasil ao princípio da precaução. A adoção de medidas legislativas nesta direção torna possível legitimá-las como políticas de prevenção. Observa-se que, a nova fórmula de prevenção ao crime contra o meio ambiente está simbolizada pelas políticas de responsabilidade penal. Essa nova fórmula baseia-se na idéia de que as empresas representam risco, tendo em vista que passaram a ter participação direta nas questões ligadas à criminalidade econômico-financeira. Na verdade, não foram razões jurídicas, mas necessidades políticas, que determinaram a reaparição do debate sobre a punibilidade das empresas no século XXI¹³.

Atualmente, a técnica legislativa e o clássico instrumental dogmático-penal ideologicamente condicionado e pautado pelos princípios da responsabilidade pessoal e da responsabilidade subjetiva têm sido considerados obstáculos à responsabilização da pessoa jurídica. Entretanto, afirma-se que o debate a respeito desse tema não pode ter início pela dogmática penal clássica, porque a atual prática – interpretação e aplicação – do Direito Penal baseia-se na tradicional Teoria do Crime. Com isso, o debate deve gravitar em torno dos ajustes na Teoria do Crime os quais deverão modificar a dogmática penal clássica. A justificativa para os ajustes na Teoria do Crime decorre de uma opção eminentemente política. Diante desse fato, a responsabilidade penal não poderá ser entendida na forma tradicional.

¹³ Apenas na idade média, quando as corporações começam a ter maior importância, tanto na esfera econômica quanto política, entra em pauta o debate sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Com base na ideia do risco, supõe-se que a justificativa para a responsabilização da pessoa jurídica atende a dois pontos. O primeiro deles está ligado à utilização de empresas por pessoas físicas não apenas para lesar, mas, sobretudo para colocar em perigo o meio ambiente. O segundo ponto, como consequência do primeiro, consiste no fato de que as empresas tomam parte nas ações criminosas, tendo em vista suas atividades econômico-financeiras. O efeito disso produz uma alteração ao paradigma de apuração das infrações, tornando também responsabilidade das empresas o zelo pela preservação do meio ambiente. Por certo, não se pretende mediante esse raciocínio esvaziar a responsabilidade penal da pessoa física; muito pelo contrário. Na verdade, a legislação revela que ambos são convocados a agir preventivamente ao risco.

Essa forma especial de agir pode estar diretamente vinculada à omissão ao dever de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, previsto no § 3º, do artigo 54; e, também, à omissão ao dever de obedecer às normas legais e regulamentares pertinentes, por exemplo, para a instalação de serviços potencialmente poluidores, conforme artigo 60, todos da Lei 9.605/98.¹⁴ Sendo a conduta por omissão, o fato é que o dolo/culpa é de perigo abstrato.

O crime de perigo abstrato constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. O perigo não aparece como elemento do tipo objetivo. Não é necessária a demonstração da existência do perigo, bastando a simples comprovação de uma atividade finalista. Neste caso, o perigo é inerente à ação, não sendo preciso verificar se a situação de perigo para o bem jurídico protegido realmente ocorreu ou não, pois esta é presumida pelo legislador. Diferentemente do perigo concreto cuja existência se relaciona com o modo de agir do agente, do objeto material atacado e/ou dos meios selecionados para o ataque.

Significa dizer que, a crescente tendência em criminalizar comportamentos abstratamente perigosos é política que escapa da ideia de repressão às condutas ofensivas aos bens jurídicos relevantes. Além de distanciar-se dos princípios constitucionais penais

¹⁴ § 3 do artigo 54 reza que: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.” “Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização de órgãos ambientais competentes ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.”



limitadores do *ius puniendi* estatal, essa espécie de política interfere na Teoria do Crime e altera a dogmática jurídico-penal.

Essa política criminal preventiva pode ser oportuna quando se trata do crime organizado transnacional. No entanto, a preocupação deve ir além da prevenção do crime organizado. A preocupação reside no fato de que o uso indiscriminado da prevenção não poderá servir de justificativa para a punição de condutas omissivas como se comissivas fossem. Citem-se, mais uma vez, o § 3º, do artigo 54 que impõe a aplicação da mesma pena do crime comissivo para o crime omissivo (dolo de perigo abstrato).

Na Lei 9.613/98 de combate à lavagem de capitais, o *especial dever legal de agir* da pessoa física e da pessoa jurídica para evitar o resultado decorre dos artigos 10 e 11. Esse *especial dever de agir* para evitar a ocorrência da lavagem de dinheiro é chamado de *compliance*. O *compliance* se sustenta na ideia de conformidade normativa como valor fundamental, buscando zelar pela reputação da organização empresarial e pelas práticas de governança interna, submetendo o próprio ente fictício a um controle o mais abrangente possível. Reinterpretando-o no contexto do Direito Penal Internacional, o instituto apresenta-se como um conjunto de mecanismos internos de gestão para detectar e prevenir condutas criminosas que venham a ocorrer dentro da corporação.

As fontes do *especial dever de agir* podem provir de lei, de convenção ou de situação anterior (lícita ou ilícita) criada pelo próprio agente, conforme previstas, respectivamente, nas alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 13, §2º do Código Penal que fundamentam a responsabilidade do garantidor pelo resultado que não evitar. No entanto, os sujeitos ativos obrigados do art. 9º da Lei 9.613/98 são garantidores no sentido do artigo 13, §2º, alínea “a” do Código Penal e, assim, poderão cometer o crime de lavagem de capitais na forma omissiva imprópria.

O combate à criminalidade transnacional, sobretudo, daquela que se utiliza dos aparatos tecnológicos, tem requerido como solução do problema a prevenção de riscos. Diante deste fato, o crescente número de crimes omissivos parece ser uma tendência bastante aceitável. Dentro da parcela da atividade humana que o Direito Penal valora negativamente, como conduta indesejada, estão os crimes omissivos impróprios. Nesses crimes, a norma penal vai impor ao sujeito ativo o dever de agir para evitar o resultado.

Pela dogmática tradicional, um fato típico de crime omissivo impróprio ocorre quando ao sujeito ativo é conferida uma obrigação de realizar um comportamento positivo de modo a evitar que um bem jurídico seja atingido. Deixando de realizar a ação exigida e, em



consequência dessa inação, ocorrendo o resultado, o sujeito que podia e devia agir responde pelo evento, como se o tivesse cometido. Na verdade, está obrigado a agir para impedir que o resultado aconteça. Se não impede o resultado, responde como se tivesse dado causa a ele. É essa a norma penal.

Contudo, quando o assunto envolve o Direito Penal Internacional, é preciso compreender os limites da responsabilidade a fim de que os atores envolvidos não respondam pelo resultado produzido. Por isso, defende-se que a punição da omissão imprópria deverá obedecer aos critérios da prevenção de resultados, tendo em vista tratar-se da metodologia adotada na esfera internacional. Ou seja, os garantidores devem estar obrigados, por lei, a agirem apenas para a prevenção do resultado e não para evitá-lo.

Na Lei 9.613/98, os artigos 10 e 11 descrevem comportamentos omissivos impróprios. O §2º do artigo 13 do Código Penal estabelece que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” Ou seja, as pessoas (os garantidores) estão obrigadas a agir para evitar que o resultado ocorra. É claro que só se pode considerar o resultado do ponto de vista normativo, por força da norma, e não do ponto de vista físico. Portanto, os garantidores têm o dever de agir para evitar o resultado jurídico.

Todavia, na esfera internacional, o especial dever de agir não deverá ser para evitar o resultado jurídico, senão que para a sua prevenção. O Direito Penal Internacional é na sua essência preventivo, porque é construído com base no conceito de crime organizado transnacional. Portanto, a omissão penalmente relevante deverá exigir do sujeito ativo apenas que, podendo agir, aja visando evitar o resultado. Ou seja, não poderá ser exigível do sujeito ativo que efetivamente evite o resultado; caso contrário, haverá uma excessiva responsabilidade penal. Neste caso, não se pode ignorar que essa tendência introduzida pelos dispositivos da Lei 9.613/98 está alinhada à prevenção de resultados jurídicos. Significa que é preciso regular a figura do garantidor na perspectiva da prevenção do resultado jurídico, isto é, *da ideia de que o Direito Penal Internacional é gestão do risco*. E o que é gestão de risco no contexto do Direito Penal Internacional? Gestão de risco é o conceito de crime que está sendo desenvolvido na esfera internacional.

De acordo com a Teoria da Imputação Objetiva, o resultado produzido será penalmente relevante se o sujeito ativo criou com sua omissão um risco juridicamente desaprovado que se consubstanciou naquele. Sobre esse nexos de causalidade incide a responsabilidade penal. Entretanto, na esfera internacional, criar com sua omissão um risco



juridicamente desaprovado não deve significar omitir-se diante do risco ocorrido, não obtendo êxito no impedimento do resultado; *senão que, omitir-se diante da possibilidade, mesmo que remota, do surgimento do risco, não conseguindo êxito na prevenção do resultado.*

Com base nesta lógica, é verdade que o garantidor não pode esperar que o risco se instale. Significa dizer que, ele deverá agir antes da instalação do risco. Ou seja, deverá agir antes da ocorrência do risco para fazer a prevenção do resultado. Podendo agir para a prevenção do resultado jurídico, ele estará isento de responsabilidade penal. Ora, se o conceito de crime é a ideia de prevenção do risco, então a responsabilidade penal do garantidor também deverá seguir esta lógica. Ou seja, a sua responsabilidade não pode ultrapassar o dever de prevenir.

Cite-se, por exemplo, o dever legal das pessoas físicas e jurídicas de identificarem seus clientes e de manterem o cadastro atualizado previsto no inciso I, do artigo 10 da Lei 9.613/98. Este dispositivo precisa ser traduzido como sendo o *dever de agir para a prevenção do crime* de lavagem de capitais. Portanto, com a ocorrência do crime de lavagem de capitais não se pode responsabilizar penalmente o garantidor; *senão que indagar a respeito da existência de um nexos de causalidade entre a omissão do sujeito ativo e o resultado produzido, levando-se em consideração o dever de agir para a prevenção do risco.*

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se propôs a compreender as razões em que se fundamentou a metodologia preventiva do Direito Penal Internacional a partir da definição legal de organização criminosa transnacional, a qual foi construída na ideia do risco. Na medida em que a tecnologia e a ciência progridem, a criminalidade transnacional avança. Neste cenário de risco, a definição de crime organizado transnacional foi construída pela Lei 12.850/2013.

Sabe-se que o Brasil se comprometeu a cooperar na esfera internacional com a finalidade de combater o crime organizado transnacional. Com essa constatação, o artigo afirmou que o Direito Penal Internacional fundamentou sua metodologia da prevenção na ideia de risco presente na definição legal de crime organizado transnacional. Nessa linha de construção, sustentou-se que esta metodologia tem sido indispensável para a concretização do combate ao crime organizado transnacional na esfera internacional.

A criminalidade transnacional avança para a produção de novos riscos, especialmente, lesivos à coletividade. No contexto do risco, a sociedade que vive na



insegurança, requer cada vez mais a presença do Direito Penal. Por isso, não é difícil constatar a tendência claramente dominante de expansão do Direito Penal para a prevenção de riscos. Implica dizer que a atual política criminal baseia-se na prevenção de condutas de risco como forma de enfrentar a criminalidade transnacional.

Na perspectiva do risco, a essência da definição de “organização criminosa transnacional” reside na prática de crimes mediante associação organizada de pessoas com o objetivo de obter, diretamente ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. O núcleo de definição repousa, portanto, na associação organizada de pessoas. Assim sendo, é necessária a reunião de pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo informalmente, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes em territórios de países diversos.

Positivado e expresso em Tratados e Convenções, o compromisso de prevenir para combater a criminalidade transnacional representa um importante referencial para as políticas criminais de reação ao risco. Entretanto, este compromisso não pode significar a negação dos direitos e das garantias constitucionais. Ou seja, a política criminal, como expressão de Tratados e Convenções Internacionais, não pode estar imune aos questionamentos e às revisões judiciais.

A crescente tendência em criminalizar comportamentos abstratamente perigosos é política criminal que escapa da idéia de repressão às condutas ofensivas aos bens jurídicos relevantes. Nesta direção, o texto afirmou que essa espécie de política interfere na Teoria do Crime, altera a dogmática jurídico-penal e, que, também, se distancia dos princípios constitucionais penais limitadores do *ius puniendi* estatal. Observando-se mais atentamente, não é difícil concluir que nesse contexto, há produção de políticas públicas criminais descontextualizadas do perfil garantista da Constituição.

O Direito Penal Internacional tem foco na prevenção, porque o crime transnacional representa risco. Neste sentido, no contexto internacional, o combate da criminalidade transnacional se realiza por meio da gestão do risco. Portanto, as medidas adotadas pelos Estados (signatários de Tratados e de Convenções Internacionais) em relação à criminalidade transnacional são políticas preventivas. Concluiu-se, pois, que as iniciativas infraconstitucionais de combate à criminalidade transnacional são políticas alinhadas à gestão do risco.



O texto considerou, ainda, que a metodologia de prevenção de riscos é o objeto de investigação quando o debate envolve o combate à criminalidade transnacional. Pois bem, atestou que compreender a Direito Penal Internacional é conhecer a sua metodologia preventiva; mas, também, concluiu que é preciso debater a respeito dos limites da responsabilidade penal dos atores que são chamados para fazerem a prevenção dos riscos.

Citou diversos exemplos de políticas alinhadas à prevenção do risco, dentre elas o *Criminal Compliance* para o combate à lavagem de capitais. Discutiu, no entanto, que a adoção dessa política traz modificações de ordem dogmática, pois a omissão relevante em relação aos deveres de *compliance* poderá gerar excessiva responsabilidade penal em função da ideia de garantidor, preceituada pelos crimes omissivos impróprios.

Em razão disto, sugeriu a necessidade de uma mudança de postura, principalmente, no campo da atribuição da responsabilidade penal. Ademais, considerou a possibilidade de aplicação da Teoria da Imputação Objetiva como importante ferramenta para a análise da atribuição da responsabilidade penal, já que se baseia em conceitos abertos, que se compatibilizam com a realidade concreta dos fatos.

Em que pesem algumas críticas dirigidas à Imputação Objetiva, o debate penal na esfera internacional pode se aprofundar com base em seus postulados teóricos. Enfim, para combater crime organizado transnacional que ofendem bens jurídicos difusos e coletivos, a imputação objetiva mostra-se relevante. Nesta seara, dada a essencialidade do Direito Penal Internacional no combate ao crime organizado transnacional, sobreleva a importância do estudo dos instrumentos internacionais, como os Tratados e Acordos bilaterais ou multilaterais que conformam o Regime Global de proibição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARTA DA ONU. <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 15/04/2017.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm Acesso em 10/05/2017.

CONVENÇÃO DE BASILEIA. <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/convencao-de-basileia> Acesso em 15/04/2017.



**CONVENÇÃO SOBRE COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ESPÉCIES DE FLORA
E FAUNA SELVAGENS EM PERIGO DE EXTINÇÃO.**

http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cites/legislacao/convencao_citesconf1115.pdf

Acesso em 15/05/2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, Paulo César. **Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Tratado de direito penal – parte geral 1**. São Paulo: Saraiva. 2008.

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs. 2015.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Tradución de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. 490p.

SOUZA, Cláudio Macedo de. **Direito penal no Mercosul: uma metodologia de harmonização**. Mandamentos: Belo Horizonte. 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.