

PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL NOS CRIMES EMPRESARIAIS

Artur de Brito Gueiros Souza

Professor de Direito Penal da Universidade Estadual do Rio de Janeiro;
Pós-doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra;
Procurador da República no Brasil

1. Introdução

Denominam-se programas de *compliance*⁽¹⁾ – ou programas de cumprimento ou de integridade – as medidas de autocontrole ou de autovigilância adotadas por *empresas*⁽²⁾ consoante as diretrizes fixadas

⁽¹⁾ *Compliance* é vocábulo da língua inglesa que pode ser traduzível ao português como significando “cumprimento, atendimento, obediência”. (Cf. GOYOS JR., Durval de Noronha. *Noronha's Legal Dictionary*. 5ª ed. S. Paulo: Observador Legal, 2003, p. 86). No presente texto, optou-se por manter a expressão original inglesa – *compliance* – em razão da carga valorativa que possui em diversos segmentos, inclusive extrajurídicos. Nesse sentido: ROTSCHE, Thomas. *Sobre las preguntas prácticas y científicas del criminal compliance*. In www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal_50_indice.pdf, acessado setembro 2015.

⁽²⁾ Cf. “Por razões que, *brevitatis causa*, se dão, aqui, por explicadas, o desenvolvimento técnico e tecnológico, ligado à prevalência de uma *ratio calculatrix*, levou a que o homem passasse a agir, dentro da sociedade civil, quase que de uma forma exasperada, através da ‘personagem’ que a empresa – legalmente constituída ou não,

pelo poder público, para que seus dirigentes e empregados cumpram com as normativas, tanto internas como externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações, inclusive as de natureza criminal. Os programas de *compliance* também compreendem protocolos de investigação de infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos fiscalizadores estaduais. Dentre as diversas medidas inerentes aos programas de *compliance* está a implantação de “códigos de ética” e “políticas de boa-governança”, bem como o estabelecimento de “canais de denúncias”, anônimas ou não, à disposição de empregados ou do público externo.

A generalização de programas de *compliance* no âmbito empresarial guarda relação com a expansão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, notadamente para certos grupos de crimes, tais como a corrupção de servidor público nacional ou estrangeiro, a lavagem ou branqueamento de capitais, a formação de cartéis, concorrência desleal, infrações ambientais, infrações contra a segurança do trabalhador, a responsabilidade pelo defeito do produto etc. A ideia – aparentemente simples –, seria a de que, diante da possibilidade de a empresa sofrer sanções não apenas administrativas, mas, precipuamente, *criminais*, em razão da violação de normas por parte de seus dirigentes ou empregados, quando agem em seu nome e em seu proveito – sofrendo ela, a empresa, com o pagamento de multas, a publicação da sentença penal condenatória em detrimento da sua imagem, além de outras consequências punitivas –, a implantação de programas de *compliance* preveniria a ocorrência de infrações, protegendo-a dos os riscos penais.

pouca monta, neste particular, para o caso – representa. Em termos de linguagem jurídica, comunicacionalmente relevante, a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de gerar comunicação; considerou susceptível de produzir uma narrativa jurídica, designadamente jurídico-penal.” (FARIA COSTA, José de. *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*. In Revista Portuguesa de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Ed. Ano 2, Fasc. 4, out.-dez., 1992, p. 540).

Com o mesmo escopo defensivo, mas já na hipótese de terem ocorrido infrações, a empresa, por intermédios daqueles programas, tomariam a iniciativa de comunicá-las aos órgãos oficiais de fiscalização e controle, com o propósito de atenuar ou mesmo se eximir das respectivas sanções públicas.

Portanto, programas de *compliance* e responsabilidade (penal) da pessoa jurídica caminhariam simetricamente no contexto socioeconômico contemporâneo. Ocorre, porém, que a contribuição científica de tais programas não se esgotaria na problemática da adoção, em maior ou menor extensão, do princípio do *societas deliquere potest*. De fato, as modernas estratégias de autorregulação regulada possuiriam aptidão para solucionar ou contribuir para a solução de outras questões da “dogmática penal globalizada”⁽³⁾. Dentre elas, esse trabalho se deterá naquela que, talvez, venha a ser a mais complexa – a atribuição de responsabilidade individual no âmbito da criminalidade empresarial⁽⁴⁾.

Com efeito, para se avaliar a relevância dos programas de *compliance*

⁽³⁾ Cf. “Sem pretensão de esgotar os temas, há algumas questões da ‘dogmática penal da globalização’ que não se poderão iludir por muito mais tempo: na imputação objectiva, há que equacionar formas de imputação ‘paralela’, ‘acumulativa’ ou outras (...); no domínio da responsabilidade por omissão, a abordagem das figuras da *common law* e francesa, respectivamente, a *vicarious liability* e a *responsabilité du fait d’autri* permitirão certamente ultrapassar algumas dificuldades que se fazem sentir no âmbito da criminalidade das empresas ou de estruturas organizadas; neste domínio empresarial, também ganha relevo o problema da responsabilidade criminal, sabido como é que, atrás de estruturas organizadas empresariais, se esconde a parte mais relevante da nova criminalidade; (...) finalmente, que a distinção entre autoria e outras formas de comparticipação tende a ser cada vez mais difusa, já ao nível de tipificações propostas (por exemplo, no crime de branqueamento de capitais), exige um aprofundamento da questão no domínio dos chamados ‘crimes de organização’.” (MIRANDA, Anabela Rodrigues. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 383)

⁽⁴⁾ Cf.: “Cuida a criminalidade empresarial de expressão genérica que abrange, na esteira das lições de Bernd Schünemann, os crimes económicos cometidos por intermédio de uma pessoa jurídica. Nesse sentido, segundo aquele Autor, a criminalidade de empresa (*Unternehmenskriminalität*) não se confundiria com a criminalidade na empresa (*Betriebskriminalität*) – isto é, os crimes cometidos *dentro* ou *contra* a própria

como critério de solução dos problemas de autoria e comparticipação nos crimes de empresa, este trabalho percorre um caminho composto de algumas etapas. A primeira diz respeito ao fenômeno aqui denominado de “cultura empresarial criminógena”. Em seguida, detém-se sobre a origem e generalização das novas estratégias de regulação da ordem econômica, na perspectiva de “um mundo cada vez mais interligado”. A terceira e derradeira etapa do estudo terá por finalidade enfrentar o cerne da hipótese: quais contribuições dos programas de *compliance* são propícias para a atribuição de responsabilidade aos integrantes de uma organização empresarial que praticam infrações penais em seu nome e em seu benefício?

Em termos metodológicos, sublinhe-se o caráter interdisciplinar do texto; parte-se do saber criminológico, conjugando-o com aportes político-criminais de alcance transnacional, até se atingir o âmago das vertentes dogmáticas relativas ao concurso de pessoas na criminalidade empresarial. Todavia, em razão das limitações de espaço, esclarece-se, desde logo, da impossibilidade de se abordar em profundidade a presente temática, visto abarcar discussões de alta complexidade e de vastíssima literatura especializada.

2. Cultura empresarial criminógena

A criminologia sempre se ocupou da etiológica do crime, inclusive aquele cometido no âmbito de sociedades estabelecidas com o móvel de lucro, como são as empresas. Nesse sentido, mesmo ao tempo do predomínio da *Scuola Positiva* Italiana, Gabriel Tarde sustentou que a criminalidade decorreria não de fatores atávicos, anomalias, pobreza etc., mas, sim, de influxos ou de valores partilhados por certos grupos sociais, singularizados por aquilo que ele denominou de “traços imitati-

empresa –, na medida em que, neste último caso, as regras tradicionais do Direito Penal se prestariam a solucionar a atribuição de responsabilidade penal.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 105, São Paulo, nov.-dez., 2013, p. 60).

vos”.⁽⁵⁾ Dessa maneira, aquele criminólogo desenvolveu a ideia de que os dogmas, os sentimentos, os costumes e as ações seriam transmitidos pelo fenômeno do exemplo. Haveria, portanto, para Gabriel Tarde, três grandes “leis da imitação”: 1ª O fator proximidade: os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância; quanto mais próximo, maior a imitação; 2ª O fator hierarquia: a imitação é feita de baixo para cima; os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores; os filhos imitam os pais; as pessoas do interior imitam as da cidade etc.; e 3ª O fator cronológico: quando há uma contradição entre dois modelos de comportamento, o novo substitui o antigo; por exemplo, os homicídios por arma de fogo substituíram os homicídios à faca, os crimes na condução de veículos substituíram os crimes dos carros com tração animal etc.⁽⁶⁾

Posteriormente, outro criminólogo – Edwin H. Sutherland – teorizou sobre a causa explicativa do crime por um viés mais sofisticado do que o de Gabriel Tarde: a teoria da associação diferencial. Para Sutherland, o comportamento criminoso, como qualquer outro, seria consequência de um processo que se desenvolve no âmbito de um grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, a causa geral para o delito em todo o agrupamento social seria a aprendizagem. Cuidar-se-ia, segundo Sutherland, não de um formal processo pedagógico, mas do resultado do contato com atitudes, valores, pautas de conduta e com definições favoráveis à desobediência da lei⁽⁷⁾. Conforme suas palavras, pode-se afirmar que “uma pessoa se torna delinquente quando as defini-

⁽⁵⁾ Cf. TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation*. Paris: Félix Alcan, 1890, p. 43.

⁽⁶⁾ *Apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. in: Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p. 109.

⁽⁷⁾ *Idem*, p. 111.

ções favoráveis à transgressão da lei superam sobre as definições favoráveis à obediência da lei – é este o princípio da associação diferencial”⁽⁸⁾. Em síntese, para aquele Autor, a criminalidade não seria um déficit de socialização, mas, sim, uma socialização diferencial⁽⁹⁾.

No mesmo sentido – em um contexto mais atual –, observa José de Faria Costa que “[n]esta óptica, poderá dizer-se que a empresa foi «descoberta» pelo direito penal e pela criminologia como um centro suscetível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilí-

⁽⁸⁾ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 87. (tradução livre).

⁽⁹⁾ Merece registro de que em razão do contraste entre a teoria da associação diferencial, enquanto “teoria explicativo-geral”, válida para a generalidade da população, e os dados estatísticos que apresentavam uma criminalidade alta nas classes sociais mais baixas e uma criminalidade baixa nos estratos sociais superiores, Sutherland aprofundou seus estudos empíricos analisando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores companhias comerciais e industriais norte-americanas, envolvendo infrações como concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, marcas e direitos autorais, violações de leis trabalhistas, fraudes financeiras, abusos de confiança de administradores de empresas, violações de embargos de guerra etc. Depois de coletar e analisar os dados de suas investigações, o Autor chegou a conclusão de que “empresários” e “homens de negócios” também perpetravam infrações penais, conquanto não integrassem as estatísticas oficiais. Segundo ele, “esses fatos não são discretas violações de regulamentos técnicos. São ações criminais deliberadas e possuem relativa unidade e consistência.” (SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime (the uncut version)*. N. Haven: Yale University Press, 1983, p. 227). Dessa maneira, aquele Autor desdobrou a teoria da associação diferencial, dando origem a conhecida teoria do crime do colarinho branco: “Essas violações da lei por parte de pessoas da alta classe sócio-econômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão-somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho-branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social elevado no curso de sua ocupação profissional. Consequentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que estes casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e status social elevado.” (*Idem*, p. 7) (tradução livre).

ditos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas actividades ilícitas. Assim, podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: *a*) uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; *b*) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; *c*) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, *d*) a criminalidade que se projecta a partir da empresa”⁽¹⁰⁾.

Ainda sobre o fenómeno, Ulrich Sieber assinala que “la investigación criminológica de la criminalidad económica demuestra que, para la criminalidad empresarial, resulta en primer lugar determinante la influencia específica de la empresa en la conducta de los trabajadores. (...) Las infracciones a las normas sob favorecidas especialmente por un *clima de erosión normativa*, por *técnicas de neutralización* al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que encuentren ‘soluciones innovadoras’ así como por oportunidades para la comisión de delitos”⁽¹¹⁾.

Com relação às técnicas de neutralização, decorrentes de estados de erosão normativa intraempresarial, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade assinalam tratar-se de fenómenos analisados pelas teorias criminológicas e incluídas naquilo que se denominam “dinâmicas psico-sociológicas”⁽¹²⁾. Segundo estes Autores, dentre outras variáveis, as “técnicas de neutralização de culpa” explicariam o fato de pessoas passarem por cima das normas que interiorizaram, vencendo

⁽¹⁰⁾ FARIA COSTA, José de. *Op cit.*, p. 543.

⁽¹¹⁾ SIEBER, Ulrich. *Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Trad. Abanto Vázquez. In *El derecho penal económico en la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 96. (grifou-se)

⁽¹²⁾ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1ª ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 235 e segs.

resistências ao cometimento do delito. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade, uma das explicações para tais comportamentos residiria no fato de “as normas legais raramente ou nunca assumirem a natureza de imperativos categóricos, destinados a valer em todas as condições. Todos os preceitos legais revelam grande plasticidade ou flexibilidade e permitem um conjunto mais ou menos amplo, mais ou menos explícito, de justificações. Todos os preceitos legais comportam a possibilidade de manipulação dos seus elementos (...), o que se traduz na redução, em concreto, da sua vigência”⁽¹³⁾.

De fato, a abordagem criminológica do tema descortina que a atividade empresarial, notadamente em um cenário de intensa competitividade e de busca incessante de lucros, seria um ambiente propício à citada cultura empresarial criminógena, na medida em que predisporia dirigentes e empregados à violação das normativas legais⁽¹⁴⁾. Efetivamente, tal fenômeno acarretou – e ainda acarreta – lesões a bens jurídicos penalmente relevantes, individuais ou coletivos, com deletérios efeitos socioeconômicos. Sendo assim, à *cultura empresarial criminógena* antepôs-se, ao nível de

⁽¹³⁾ *Idem*, p. 237. Dentre as várias técnicas de neutralização possíveis de ocorrer, os Autores assinalam as seguintes: 1º *Negação da responsabilidade* (o delinquente nega a sua identificação com os fatos e os atribui a circunstâncias irresistíveis); 2º *Negação do dano* (o delinquente convence-se da neutralidade ético-jurídica da sua conduta, em geral nos casos de crimes de vitimização difusa ou nos crimes dentro de organizações burocráticas, como empresas ou órgãos públicos); 3º *Negação da vítima* (trata-se de negar a condição de pessoa humana da vítima, digna, portanto, de simpatia); 4º *Condenação dos condenadores* (trata-se do delinquente desviar o centro das atenções dos seus atos e motivos sob o argumento de que “todos o fazem”); e 5º *Apelo a lealdades superiores* (trata-se de manifestação axiológica de prevalência das normas do pequeno grupo social ao qual o delinquente pertence frente às normas da sociedade em geral). (*Idem*, p. 238-241).

⁽¹⁴⁾ Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Compliance*, debido control y unos refrescos. In *El Derecho penal económico en la era compliance*. Arroyo Zapatero; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 120.

estratégias político-criminais, a *cultura do criminal compliance*⁽¹⁵⁾.

3. Estratégias político-criminais de prevenção do risco empresarial

Segundo Ulrich Sieber, as novas estratégias de autorregulação regulada, instrumentalizadas nos programas de *compliance*, seriam reações aos “espetaculares” e “recentes” escândalos no campo da criminalidade econômica, como, por exemplo, os “desastres empresariais” da *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* e *Flowtex*, que trouxeram grandes prejuízos para a economia global⁽¹⁶⁾. Entretanto, considera-se que as

⁽¹⁵⁾ Cf.: “En primer lugar, es *conditio sine qua non* el que en la empresa reine una cultura de cumplimiento (*compliance culture*), eso es, tanto trabajadores como directivos deben interiorizar la necesidad de que todo lo que sucede en la empresa, de puertas para afuera y de puertas para adentro, sea respetuoso para con el Ordenamiento jurídico. Un sistema de *compliance* eficaz exigiría una voluntad general de cumplimiento en todos y cada uno de los niveles empresariales. Por lo tanto, sería obligatorio el desarrollo de una ‘cultura de cumplimiento’, esto es, la interiorización por parte de todos los miembros de la empresa de la necesidad de actuar siempre conforme el Derecho así como de la utilización constante y sin reparos de los medios de asesoría, información y denuncia *intraempresariales*. Se habla incluso de una necesaria ‘moralización de la economía’. Sin embargo, no faltan tampoco los que, con buenos argumentos, señalan que es absolutamente imposible concebir a las empresas como un actor autónomo en el debate sobre los valores intrínsecos a las normas jurídicas, pues el único incentivo que explica la fundación y el funcionamiento de una empresa es el beneficio económico. El Derecho sería en realidad una perturbación para su programa, que no estaría orientado al código justo/injusto, sino al de beneficio/pérdida. El hecho de que éstas únicamente se concentren en la maximización de los beneficios – nada distinto esperan los socios de la gestión societaria –, junto con la cultura empresarial cortoplacista contribuirían a desleír el inicial entusiasmo en relación con la eficacia del *compliance*. En todo caso, lo censurable no es que las empresas sean ‘egoístas’, lo cual es en realidad legítimo y no puede ser objeto de reproche, el problema es negarlo y confiar en ellas la gestión en exclusiva de sus intereses individuales.” (COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Silva Sánchez, Jesús-María (Dir.). Barcelona: Atelier, 2013, p. 56) (grifos do original).

⁽¹⁶⁾ SIEBER, Ulrich. *Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Trad. Aban-

providências de exigir das empresas medidas de autocontrole e de prevenção da criminalidade têm raízes mais antigas, ou seja, se originaram nos Estados Unidos por ocasião das políticas de privatizações e desregulamentações de setores econômicos, quando se percebeu a necessidade de novas estratégias político-criminais a um tipo de Estado não mais diretamente intervencionista.

Nesse sentido, em um estudo publicado nos anos 1980, John Braithwaite já observava a incapacidade das agências estaduais de fiscalizarem diretamente as atividades das empresas que exploravam segmentos econômicos, tanto nos mercados internos como no incipiente mercado global. Assim, aquele Autor teorizou sobre uma nova forma de enfrentamento da criminalidade empresarial, por ele denominada de *enforced self-regulation*.⁽¹⁷⁾ Segundo suas palavras, o “Estado-vigia, que precedeu ao Estado Keinesiano, era concebido como aquele em que a maior parte, tanto do *remar* como do *pilotar*, era realizado pela sociedade civil. No Estado Keinesiano que o sucedeu, o Estado se encarregava, principalmente, de *remar* e era deficiente em *pilotar* a sociedade civil. No novo Estado regulador, o mais recente nessa cronologia, sustenta-se como ideal o Estado *pilotando* e a sociedade civil *remando*”⁽¹⁸⁾.

Por outro lado – e como exposto por Ulrich Sieber –, podem-se classificar três modelos distintos de regulação ou intervenção econômica: *a autorregulação*, procedente exclusivamente do “mundo da

to Vásquez. *In El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant, 2013, p. 63. Os efeitos deletérios das falências das empresas até então tidas como *too big to fail* tornaram-se eloquentes na esteira da crise financeira de 2008, com a quebra de “gigantes” como o *Lehman Brothers* e o *Merril Lynch*, este adquirido pelo *Bank of America*, dentre outras instituições financeiras nos EUA e na Europa – como o Banco Espírito Santo, de Portugal –, com prejuízos da ordem de trilhões de dólares.

⁽¹⁷⁾ BRAITHWAITE, John. *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*. *In Michigan Law*, vol. 80, 1982, p. 1466 e segs.

⁽¹⁸⁾ BRAITHWAITE, John. *The new regulatory state and the transformation of criminology*. *In British Journal of Criminology*, vol. 40, 2000, p. 223. (tradução livre) (grifou-se).

economia”; a *autorregulação regulada*, ou “corregulação estatal e privada”; e a *regulação puramente estatal*. Segundo aquele Autor, “[m]ientras que la autorregulación en sentido estricto deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la co-regulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por esta razón, la co-regulación se denomina autorregulación regulada, una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción”⁽¹⁹⁾.

No bojo da autorregulação regulada, como visto, destacam-se os programas de *compliance* para o atendimento dos objetivos e valores reconhecidos pelo poder público. Repita-se: programas de *compliance* seriam medidas pelas quais as empresas visariam assegurar que fossem cumpridas as regras vigentes para elas e seus funcionários, bem como que eventuais infrações sejam descobertas ou noticiadas, com a punição de seus autores⁽²⁰⁾.

Ainda no tocante às estratégias político-criminais para o enfrentamento da criminalidade econômica, deve-se fazer referência à adoção pela generalidade dos países – em maior ou menor extensão – da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Segundo Jesús-María Silva Sánchez, a tendência favorável à introdução de sanções penais aos entes morais lastreia-se na ideia de que isso seria uma necessidade para se combater, com êxito, a criminalidade empresarial. Segundo o Autor, os argumentos que sustentariam tal modelo punitivo – como ocorreu na

⁽¹⁹⁾ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 77.

⁽²⁰⁾ Cf. KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de 'compliance' y derecho penal*. In *Compliance y teoría del Derecho penal*. ____; Pablo Montiel, Juan; Urbina Gimeno, Íñigo (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51.

Espanha com a introdução do então *Artículo 31- bis*, dispositivo posteriormente ampliado pela *Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de março de 2015 – seriam de diversas ordens: “En primer lugar, el de la *irresponsabilidad organizada*: no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, el de la *insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual*: incluso en los casos en que tal sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se suscitan, ella constituye una respuesta insuficiente para la criminalidad empresarial. Y, en tercer lugar, el de la *insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales*: las alternativas orientadas a la responsabilidad de la propia persona jurídica al margen del Derecho y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa; en este punto, son consideraciones vinculadas al modo de articulación de los procedimientos penal y administrativo, así como a la peculiar naturaleza simbólica de la reacción penal las determinantes”⁽²¹⁾.

De toda sorte, a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica – penal e/ou administrativa – pelas infrações praticadas em seu nome e benefício pressupõe, na atualidade, a aferição da existência e/ou eficácia de um programa de *compliance*. Consoante a variedade dos modelos adotados pelos Estados, a comprovação da existência e/ou eficácia de um programa de *compliance* poderá atenuar ou mesmo eximir a sanção aplicável ao ente moral. Por outro lado, isto é, sob a perspectiva de uma *justiça penal consensual*, há sistemas penais que condicionam a não

⁽²¹⁾ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español*. In *Criminalidad de empresa y Compliance*. ____; Montaner Fernández (Dir.). Barcelona: Atelier, 2013, p. 18. (grifos do original). Sobre o assunto, vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, *passim*.

aplicação – ou a suspensão da sanção – contra a pessoa jurídica à uma completa “reformulação” de seu programa de *compliance*, haja vista ter se verificado inadequado ou ineficaz.

4. Origem e expansão normativa dos programas de *compliance*

O primeiro documento legal a adotar normas de autocontrole e autofiscalização típicas de programas de *compliance* parece ter sido o *Foreign Corrupt Practices Act* (ou “FCPA”), editado em 1977, nos Estados Unidos. Esta lei – subsequentemente ampliada e atualizada –, teve por finalidade moralizar as práticas comerciais das empresas norte-americanas, coibindo a condenável “praxe” de se conquistar mercados internacionais por intermédio da corrupção de autoridades públicas estrangeiras, ou seja, uma condenável forma de concorrência desleal⁽²²⁾.

Nesse sentido, os principais vetores do “FCPA” seriam a percepção de que os efeitos prejudiciais da corrupção causam danos não apenas à administração pública estrangeira, mas, igualmente, a uma salutar concorrência empresarial e aos próprios acionistas da empresa envolvida em um esquema de corrupção, ante a inevitável “propaganda negativa” de um escândalo dessa natureza. Disso decorre a exigibilidade, feita pelo “FCPA”, de “transparência contábil”, não só na matriz, mas nas filias de uma companhia multinacional, haja vista que o pagamento de suborno em geral tendia a ocorrer com a utilização de “fundos ocultos”, fora do alcance da jurisdição norte-americana. Outro vetor introduzido pelo “FCPA” foi a corresponsabilização das empresas na prevenção da corrupção, estabelecendo-se um sistema de responsabilidade penal do

⁽²²⁾ Cf.: “Na ocasião, já se tinha a percepção de que o aumento da corrupção nas relações comerciais decorria da debilidade dos controles de fiscalização por parte das agências públicas da generalidade dos países, agregado ao poder das empresas multinacionais, cuja capacidade econômica era – e ainda é – maior do que o PIB de muitos países.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais*. In *Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado*. Carlos Eduardo A. Japiassú (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5).

ente moral. Nesse sentido, constitui-se em ilícito a dedutibilidade contábil de “subornos” pagos no estrangeiro⁽²³⁾. Por fim, aquela legislação se caracterizou, posteriormente, pelos seus efeitos extraterritoriais, sancionando as pessoas físicas ou jurídicas que corromperam funcionários públicos em diversas partes do globo, sejam por intermédio de empresas norte-americanas ou de outros países, mas que, por qualquer circunstância, realizem “negócios” ou tenham “ativos” no território dos EUA⁽²⁴⁾.

Outro diploma normativo norte-americano relacionado com programas de *compliance* são as *U.S. Sentencing Guidelines*, do direito federal daquele país. Com efeito, no Capítulo VIII, ao tratar das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas, são previstas duas “atenuantes” para a crimi-

⁽²³⁾ Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. In *La Ley*, Revista Penal, Salamanca, n. 12, 1997, p. 7-8. No mesmo sentido: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción*. In *El derecho penal económico en la era compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 193.

⁽²⁴⁾ Por razões evidentes, de pouco adiantava os Estados Unidos exigirem padrões de integridade de suas empresas, no âmbito dos negócios internacionais, se outros países também não exigissem semelhantes padrões de suas respectivas empresas. Portanto, por pressões norte-americanas, foram adotados diversos documentos inspirados, direta ou indiretamente, naquela legislação, como, por exemplo: a *Convenção Interamericana contra a Corrupção*, aprovada pela Organização dos Estados Americanos, em março de 1996; a *Convenção sobre o combate a corrupção de funcionários públicos estrangeiros da OCDE*, concluída em Paris, em dezembro de 1997, e que entrou em vigor no ano de 2000; a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em outubro de 2003 (“Convenção de Mérida”); o *Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção aos quais estão implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros da União Europeia*, aprovada pelo Conselho da União Europeia (1997); o *Convênio de Direito Penal sobre a corrupção e o Convênio de direito civil sobre a corrupção*, aprovados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1999; a *Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção*, aprovada pelos Chefes de Estado e de Governo da União Africana (2003); e a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional* (“Convenção de Palermo”), aprovada em 2000 (cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Breves considerações sobre a corrupção...*, cit., p. 6).

nalidade empresarial⁽²⁵⁾. A primeira reside no fato de a empresa possuir um efetivo programa de *compliance* por ocasião da prática criminosa. A segunda atenuante consiste na pessoa jurídica “confessar” e “cooperar” com as investigações levadas a efeito pelas autoridades norte-americanas. Cumpre observar que programas de *compliance* não eximem a empresa de punição, mas propiciam um abrandamento à luz das *U.S. Sentencing Guidelines*. Nesse sentido, é possível também que a colaboração da empresa acarrete a paralisação de um processo criminal, com a celebração de um acordo – *deferred prosecution agreement* ou *non-prosecution agreement* – com o *Prosecutor*, com ou sem a admissão de “culpa”, em troca de uma punição abrandada. É interessante observar que, nos EUA, as pessoas jurídicas não estão amparadas pela 5ª Emenda, ou seja, elas não têm o direito a “não se auto-incriminar”, caso, por exemplo, o Ministério Público norte-americano exija a apresentação de um documento ou uma informação confidencial que possa vir a incriminar o próprio ente moral⁽²⁶⁾. Mesmo que queira litigar criminalmente, como no rumoroso caso *U.S. v. Arthur Andersen*⁽²⁷⁾ – o que é raro de acontecer – a pessoa jurídica não pode se furtar a apresentar a documentação exigida pelo Departamento de Justiça (*U.S. Justice Department*). Reitere-se que, no contexto dos mencionados “acordos”, em geral são exigidas a mencionada reformulação do programa de *compliance*⁽²⁸⁾.

É interessante registrar que, via de regra, os “acordos” formulados pelo Ministério Público, nos Estados Unidos são unilaterais. Ou

⁽²⁵⁾ Cf. *United States Sentencing Commission*, in: www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8, acessado setembro 2015.

⁽²⁶⁾ Cf. GARRET, Brandon L. *Too big to jail. How Prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, p. 92.

⁽²⁷⁾ *Idem*, p. 19 e segs. Sobre o assunto: GOLUBIC, E. Court; LICHY, Albert D. *The ‘Too big to Jail’ Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy*. In *Hastings Laws Journal*. Vol. 65, San Francisco, 2014, p. 1296.

⁽²⁸⁾ Cf. GOLUBIC, E. Court; LICHY, Albert D. *The ‘Too big to Jail’ Effect and the Impact on the Justice Department’s Corporate Charging Policy...*, cit., *passim*. No mesmo sentido: GARRET, Brandon L. *Too big to jail...*, cit., p147 e segs.

seja, a empresa só presta seu “consentimento”, o que não constitui uma “condenação”. Em geral, a empresa reconhece que cometeu um ilícito e acede em colaborar com a investigação dos fatos, pagar multas em valores consideráveis, reestruturar seu programa de *compliance* etc. Em troca, o *Prosecutor* se compromete a retirar a acusação após um período de tempo (*probation*), contanto que a empresa não venha a descumprir o acordo⁽²⁹⁾.

Ainda no âmbito do Direito norte-americano, cumpre ser feita referência à *Sarbanes-Oxley Act de 2002*. Esta Lei visou restabelecer a confiança dos investidores no mercado depois dos escândalos protagonizados por grandes empresas, como a *World-Com* e a *Enron*. O objetivo maior da *Sarbanes-Oxley Act* foi o de proteger os acionistas com a imposição aos dirigentes de “deveres gerais e especiais de organização”, deveres estes impostos a todas as empresas, sediadas ou não nos EUA, e independentemente do seu porte, desde que tenham registrado ações junto a *U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)*. A *Sarbanes-Oxley Act* impôs às empresas que incluam, em todos os seus registros financeiros, relatórios de órgãos de controle interno, de modo a comprovar que os seus dados são precisos e confiáveis. Além disso, ela também prevê a possibilidade de atenuação da pena nos casos em que o ente moral tenha adotado ou reformulado seu programa de *compliance*⁽³⁰⁾.

Por fim, deve-se fazer menção ao *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, sancionado em 2008 depois da crise financeira global daquele mesmo ano. O objetivo maior da *Dodd-Frank Act* foi o de restabelecer a confiança nos mercados mediante o “aprimoramento dos mecanismos contábeis” e de uma maior “transparência” no funcionamento das instituições financeiras. Fundamentalmente, aquela Lei procurou proteger os contribuintes e consumidores norte-americanos

⁽²⁹⁾ GARRET, Brandon L. *Too big to jail...*, cit., p. 163 e segs.

⁽³⁰⁾ Cf. *A guide to the Sarbanes-Oxley Act*, in www.soxlaw.com, acessado setembro 2015.

frente às abusivas condutas das instituições financeiras, impedindo-se “socorros” (*bailout*), com dinheiro público às chamadas empresas *Too big to fail*⁽³¹⁾.

Um aspecto importante do *Dodd-Frank Act* foi a valorização da figura dos *whistleblowers*, vinculado-os aos programas de *compliance*⁽³²⁾. Passou-se, assim, a estimular os empregados que “comuniquem”, com a garantia do “anonimato”, a ocorrência de supostas infrações das normas estabelecidas para a atividade empresarial. Consoante as circunstâncias do caso concreto, é possível, inclusive, que o *whistleblower* receba o “perdão” ou a “atenuação da pena”, podendo, ainda, receber uma recompensa, em dinheiro por ter auxiliado as agências estatais na apuração das infrações penais⁽³³⁾.

Sendo assim, com o pioneirismo do *Foreign Corrupt Practices Act*, bem assim o conjunto normativo norte-americano, consubstanciado nas *Sentencing Guideline*, *Sarbanes-Oxley Act* e *Dodd-Frank Act*, tem-se observado na Europa semelhantes transformações legislativas. Nesse sentido, citem-se a *Convenção relativa a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias*, a *Diretiva 2005/60*, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas com sucessivas atualizações; as modificações no *Code pénal*, de 1994, bem como a edição da *Loi n. 1117*, de 2013, ambos da França; a promulgação do *Decreto Legislativo 231*, de 2001, na Itália; a promulgação da *Bribery Act*, de 2010, na Grã-Bretanha; a *Ley Orgánica 5/2010*, que introduziu o *artículo 3-bis*, no *Código*

⁽³¹⁾ Cf. LEÓN BERINI, Arturo González de. *El ‘criminal compliance’ en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*. In *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Silva Sánchez, Jesús-María (Dir.). Barcelona: Atelier, 2013, p. 132.

⁽³²⁾ *Idem*, p. 136-137.

⁽³³⁾ Brandon L. Garrett cita o episódio de um *whistle-blower* que recebeu uma recompensa do Governo norte-americano, com base na *Dodd-Frank legislation*, no valor de US\$ 104 milhões, apesar de também ter sido sentenciado a dois anos de prisão em razão do seu envolvimento no “esquema” de evasão de divisas de clientes do *Swiss Bank* (cf. GARRET, Brandon L. *Too big to jail...*, cit., p. 225).

Penal da Espanha, atualmente ampliado pela Reforma Penal de 2015; as modificações da *Ordnungswidrigkeitengesetz*, da Alemanha, dentre outros instrumentos normativos nacionais ou supranacionais⁽³⁴⁾. Em Portugal, os programas de *compliance* têm sido igualmente observados, mas como *soft law*, isto é, ao nível da regulação de determinados setores, como o sistema financeiro⁽³⁵⁾.

Esses novos mecanismos político-criminais também se expandiram globalmente. No espaço jurídico latino-americano merece destaque a *Ley n. 20.393*, de 2009, do Chile, com seu “sistema de certificações”.⁽³⁶⁾ No Brasil, as Leis ns. 12.529/2011, 12.683/2012 e 12.846/2013⁽³⁷⁾, assimilaram essas novas estratégias, estabelecendo deveres empresariais de fiscalização, autoinvestigação e incentivos a denúncias de infrações, com compromissos de cessação vinculados a atenuação ou mesmo extinção da punibilidade dos agentes envolvidos na criminalidade empresarial (os chamados “acordos de leniência”)⁽³⁸⁾.

No particular, merece destaque a Lei n. 12.846/2013 – promulgada

⁽³⁴⁾ Cf. NIETO MARTÍN, Adan. *La privatización de la lucha contra la corrupción*. In *El Derecho Penal Económico en la era compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; _____, (Dir.). Valencia: Tirant, 2013, p. 193 e segs.

⁽³⁵⁾ Cf. SOUSA, Susana Aires de. *Compliance e responsabilidade penal dos dirigentes. Autoria e participação*. Curso Compliance e Direito Penal, ministrado em 21/02/2015. Coimbra: IDPEE. No mesmo sentido: CAEIRO, Pedro; SOUSA, Susana Aires. *Economic criminal law in the Portuguese legal system: an overview*. In *Onderneming en Strafrecht*, n. 1/2, 2005, p. 22.

⁽³⁶⁾ Sobre o modelo legal chileno vide: MATYS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento*. In *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant, 2013, p. 145 e segs.

⁽³⁷⁾ Tratam-se, respectivamente, das leis de defesa da concorrência, da lavagem de ativos e da prevenção de corrupção de funcionários públicos brasileiros e estrangeiros.

⁽³⁸⁾ Cf. “Cuida-se de comportamentos pós-delitivos por parte do agente que podem vir a gerar efeitos de relevância penal, inclusive a extinção da punibilidade para certos crimes. Leniência provém do latim *lenitate*, significando tratar com brandura ou mansidão. (...) A Lei n. 12.529/2011, tratou da matéria, dispondo que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio da sua Secretaria-Geral,

após a “primavera brasileira” de julho de 2013⁽³⁹⁾ –, mas que entrou em

pode celebrar acordo de leniência com efeitos não somente na esfera administrativa, como, igualmente, na penal, desde que a pessoa física ou jurídica que forem autoras de infração a ordem econômica colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, resultando, dessa colaboração: 1º a identificação dos demais envolvidos na infração; 2º a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (cf. art. 86 e incisos da Lei n. 12.529/2011).” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 2ª ed. ver., ampl., atualiz. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 667).

⁽³⁹⁾ Em julho de 2013, o Brasil viveu um momento histórico, por muitos denominados de “primavera brasileira”. Milhares, talvez milhões, de cidadãos foram às ruas de dezenas de cidades, para protestar contra as péssimas condições da saúde, educação, transportes públicos; contra a corrupção e o desperdício de dinheiro público em obras para “grandes eventos”, de retorno social duvidoso, como a realização da *Copa do Mundo de Futebol da FIFA* (2014) e as *Olimpíadas* e as *Paraolimpíadas* (2016). Parte dos protestos foi direcionada para pedidos de reformas políticas, igualdade de gênero, combate ao racismo, liberação do consumo de drogas leves, legalização do casamento homossexual, descriminalização do aborto, ampliação de medidas de investigação de crimes econômicos e corrupção, dentre outras questões. Aparentemente “cansado” do *status quo*, o povo brasileiro foi às ruas pedir por “mudanças”. Em um primeiro momento, o meio político viu-se atônito com a “primavera brasileira”. A ausência de lideranças nas passeatas – muitas delas terminadas em pancadaria e violência generalizada –, pelas ruas e praças do Brasil, dificultava a clara compreensão dos objetivos das reivindicações sociais. Na mesma esteira, os poucos partidos políticos que tentaram se aventurar, no sentido de associar suas agremiações aos protestos fracassaram, pois eram expulsos pelos populares. Era o povo a protestar contra a política em geral, inclusive os partidos políticos. Em síntese, o grito coletivo de “basta” surgia espontaneamente – ou, quando muito, era convocado pelas “redes sociais” na Internet. Depois do primeiro momento de perplexidade, a resposta político-institucional aos protestos de julho de 2013 deu-se de forma pontual e geral. Pontualmente, reviram-se decisões socialmente indesejadas, como, por exemplo, o aumento das passagens dos transportes públicos (que teria sido o “estopim” dos protestos), bem como foram arquivados projetos em tramitação no Parlamento, como a conhecida PEC 37 (Projeto de Emenda Constitucional n. 37), que tinha por finalidade coibir o poder de investigação do Ministério Público brasileiro. A reação geral se materializou em “pacotes” de projetos de diversas ordens, inclusive de reformas político-eleitorais. Contudo, em razão do caráter geral de tais proposições, com o passar do tempo, elas foram paulatinamente deixadas de lado. A única grande inovação legislativa efetivada talvez tenha sido a aprovação da citada Lei n. 12.486/2013 (denominada *Lei Anticorrupção*), cujo Anteprojeto, datado

vigor em 29 de janeiro do ano seguinte. A Lei trata de responsabilidade administrativa e civil da pessoa jurídica por atos delitivos praticados contra a administração pública, direta ou indireta, nacional ou estrangeira. Muito embora cuide da responsabilidade extrapenal – inspirada, ao que parece, no italiano *Decreto Legislativo 231* –, a Lei n. 12.846/2014 complementa dispositivos contidos no Código Penal e em leis penais especiais, adotando, expressamente, os programas de *compliance* no seu artigo 7º, inciso VIII. Deve-se, pois, na aplicação da pena, ser levada 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.” Segundo o parágrafo único, do art. 7º, os parâmetros de “avaliação” dos mecanismos de integridade dependeriam de “regulamentação” do Poder Executivo, o que somente ocorreu por intermédio do Decreto Federal n. 8.420, de março de 2015⁽⁴⁰⁾.

5. Contribuições dos Programas de *Compliance* para atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais

Como exposto, os programas de *compliance* vinculam-se aos modelos político-criminais de responsabilização do ente moral. No entan-

de 2010, estava “estacionado” no Congresso Nacional, presumivelmente pelo conteúdo que desagradava determinados setores políticos e empresariais.

⁽⁴⁰⁾ Cf. os seguintes dispositivos do Decreto n. 8.420/2015: “*Art. 41.* Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. *Parágrafo único.* O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. *Art. 42.* O programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes *parâmetros*: I- comprometimento da alta direção

to, eles também auxiliam na atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. Isto porque as estratégias de autorregulação

da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II- padrões de conduta, códigos de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III- padrões de conduta, códigos de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV- treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V- análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI- registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII- controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII- procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX- independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; XI- medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII- procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII- diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV- verificação, durante os processos de fusão, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV- monitoramento contínuo do programa de integridade visando o seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos; e XVI- transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o *porte e especificidades* da pessoa jurídica, tais como: I- a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II- a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III- a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV- o setor do mercado em que atua; V- os países em que atua, direta ou indiretamente; VI- o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII- a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII- o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.”

regulada e a adoção dos programas de *compliance* se adequam às teorias normativas atualmente prevalentes em matéria de imputação de responsabilidade como autor ou partícipe nos crimes empresariais, como, por exemplo, com a *teoria da instigação-autoria*, desenvolvida por Jorge de Figueiredo Dias⁽⁴¹⁾, ou a *teoria dos delitos de infração de dever* de Claus Roxin⁽⁴²⁾. Disso decorre o potencial teórico dos progra-

⁽⁴¹⁾ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*. Vol. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 797. Segundo este doutrinador, deve ser considerado autor quem, dolosamente, inculca no executor direto, de “modo determinante”, a decisão de cometer o ilícito. Dessa maneira, aquele que, em uma perspectiva tradicional, seria considerado “instigador”, constitui-se, segundo a teoria da instigação-autoria, o “senhor”, o “dono” ou o “dominador”, senão do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da “decisão do instigado de o cometer”. Para Figueiredo Dias, esta determinação integra antecipadamente “a totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico e, por isso também, do conteúdo material de ilícito”. Sendo assim, conquanto constitua-se “obra pessoal do homem da frente”, o fato delituoso configura-se, igualmente, como “obra do instigador e dá ao seu contributo para o facto o caráter de co-realização de um ilícito e não de mera ‘participação’ (externa ou ‘estrangeira’) no ilícito de outrem.” (*Idem*, p. 800). Semelhantemente: SOUSA, Susana Aires de. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. In Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias. Vol. II. Manuel da Costa Andrade; Maria João Antunes; _____. (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1020.

⁽⁴²⁾ Segundo Roxin, a infração do dever não decorre, necessariamente, de uma norma penal. Cuidar-se-ia, na verdade, de “un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos os implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas.” (ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 7ª ed. Trad. Coello Contreras; González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 387). O autor esclarece, em outra obra, que “son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (...), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial, o (...) en el cual la infracción del deber de secreto profesional opera fundamentando la autoría. También es un delito de infracción de deber (...) el tipo de la gestión desleal (...), ya que en el mismo es presupuesto de la autoría la vulneración de un deber especial de cuidar el patrimonio.” (ROXIN, Claus. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Trad. Luzón Peña; García Conlledo; Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 338).

mas de *compliance* para clarificar os deveres impostos aos integrantes de uma organização empresarial, evitando-se, pois, a ocorrência da citada “irresponsabilidade organizada”⁽⁴³⁾ ou, ao contrário, a “responsabilidade objetiva” daquele que se encontra na cúpula da empresa (modelo de imputação penal *top-down*)⁽⁴⁴⁾.

Cosoante visto ao longo do texto, os programas de *compliance* objetivam a evitação de infrações de normativas, tanto internas quanto externas, mas, principalmente, a não violação de normas penais – o chamado *criminal compliance*. As estratégias de autorregulação regulada pressupõem, portanto, uma reorganização empresarial para que fatos delituosos não ocorram ou, se ocorrerem, que sejam detectados e comunicados aos órgãos estaduais de persecução criminal⁽⁴⁵⁾. Em pequenas empresas, tais atribuições são inerentes aos gestores ou administradores. No entanto, em médias e grandes empresas, faz-se necessária a delegação de tais funções de prevenção de riscos para uma pessoa ou até mesmo para um departamento inteiro – o chamado *compliance officer*⁽⁴⁶⁾.

Nesse sentido, Percy García Caveró observa que o *criminal com-*

⁽⁴³⁾ Ainda sobre a “irresponsabilidade organizada” vide MUÑOZ CONDE, Francisco. *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* In Revista Penal, n. 9, Barcelona, 2002, p. 74.

⁽⁴⁴⁾ Cf. ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*. InDret 1/2012, Barcelona, 2012, p. 7.

⁽⁴⁵⁾ Cf. DAOUD, Emmanuel *et alii*. *Gérer le risque pénal en entreprise*. Paris: Lamy, 2011, p. 151 e segs.

⁽⁴⁶⁾ Não existe uniformidade na tradução das expressões inglesas *compliance officer* ou *chief compliance officer*. As denominações mais comuns seriam “oficial de cumprimento”, “monitor”, “inspetor”, “encarregado de prevenção”, “oficial de ética”, “ouvidor”, “ombudsman”, “fiscal” ou “diretor de integridade”. Há, ainda, quem identifique a expressão com a de “auditor”, muito embora, nas grandes companhias, as funções de auditoria (interna ou externa) e de *compliance* não se confundam. De toda sorte, é cada vez mais presente a figura do *compliance officer* no mundo empresarial. Nesse sentido, o jornal *Financial Times* publicou reportagem informando que a figura

pliance constitui um efetivo esforço para minimizar os riscos de responsabilidade tanto da empresa, como dos seus dirigentes e empregados, por intermédio da adoção de medidas preventivas eficazes no âmbito da reorganização empresarial.⁽⁴⁷⁾ Não se trataria, como se poderia supor em uma interpretação mal-intencionada, “de un mecanismo que apunta a preservar a los miembros directivos de la empresa de una imputación penal por los delitos acaecidos en el marco de la actividad empresarial. (...) Lo que el *criminal compliance* persigue es, por el contrario, la efectiva disminución de los riesgos de infracción penal a través de la adopción de diversas medidas preventivas”⁽⁴⁸⁾.

Segundo García Caveró, ao se nomear um *compliance officer*, a ele corresponderá o adequado funcionamento do programa de *compliance*, ainda que deva prestar contas regularmente à direção da empresa sobre a instauração, desenvolvimento e deficiências dos protocolos⁽⁴⁹⁾. Deve-se destacar – segundo aquele Autor – que o trabalho especificamente assinalado ao *compliance officer* não se reduz ao aspecto preventivo, mas engloba a deteção de irregularidades cometidas e o cumprimento de deveres específicos de comunicação frente a certos órgãos públicos de controle. Todavia, faz-se importante que não se lhe dê outras fun-

do *compliance specialist* cresceu “rapidamente de importância”, em particular depois da “tsunami de iniciativas regulatórias” e das “substanciais multas” impostas a instituições após a crise financeira de 2008. Segundo a citada reportagem, “Andy Haldane, Chefe do setor de estabilidade do Banco da Inglaterra, estimou, em um discurso feito em 2012, que 70 mil novos empregos [de *compliance officers*] de tempo integral deveriam ser criados na Europa, apenas para atender ao requerido pelo 3º Acordo da Basileia de regulação bancária, enquanto que, pelas regras do *US Dodd-Frank*, deveriam ter como resultados o surgimento de dezenas de milhares de postos de *compliance officers* em tempo integral.” (FLEMING, Sam. *The age of the compliance officer arrives*. In Financial Times: <http://ft.com/cms/s/0/cadd54a6-c3bd-11e3-a8e0-00144feabdc0.html>, acessado maio de 2015). (tradução livre)

⁽⁴⁷⁾ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra, 2014, p. 57.

⁽⁴⁸⁾ *Idem*, p. 57-58.

⁽⁴⁹⁾ *Idem*, p. 40.

ções com as quais possa entrar em conflito em seu labor de controle⁽⁵⁰⁾.

Deve-se atentar, contudo, que uma empresa pode optar por não adotar um programa de *compliance*. Porém, caso isso ocorra, mas a lei (*hard law*) ou o setor econômico onde ela atue (*soft law*) exija a adoção de um programa de *compliance*, como ocorre em casos onde há o risco de branqueamento de capitais, corrupção de funcionários públicos, poluição ambiental, acidentes de trabalho, fabricação ou distribuição de produto defeituoso etc., a atribuição de responsabilidade, à título de autoria, ao dirigente que se omitiu do controle ficaria mais evidenciada⁽⁵¹⁾. Nesse sentido, há um sintonia entre a situação de *non-compliance* e a imputação de autoria pela posição de garantidor, fundamentando-se uma omissão punível dos dirigentes⁽⁵²⁾.

Ao revés, com a adoção de um programa de *compliance*, há a distribuição de responsabilidade entre dirigentes, oficial de *compliance* e demais empregados. O empregado, como executor direto, pode responder como autor ante o *domínio da ação*⁽⁵³⁾; o oficial de *compliance* pode, por sua vez, responder como autor diante do descumprimento de suas funções de supervisão ou vigilância⁽⁵⁴⁾; por fim, o dirigente pode

⁽⁵⁰⁾ Idem, p. 40. Nesse sentido, cumpre não confundir as funções do *compliance officer* com as funções de advogado da empresa. Isto porque, enquanto a este último cumpre assessorar juridicamente, inclusive por intermédio de aconselhamentos no sentido de driblar normativas legais – como, por exemplo, as elisões fiscais –, ao oficial de cumprimento cumpre fiscalizar a correta observância de tais preceitos. Embora distintas e, às vezes, conflitantes, Michele DeStefano recomenda a não separação do *compliance officer* do advogado em departamentos distintos, tendo em vista o possível “isolamento” do *compliance officer*, o que dificultaria seu labor de fiscalização, além do risco de ocorrer “disputas territoriais” entre os titulares de tais funções dentro da própria empresa (cf. DESTEFANO, Michele. *Creating a Culture of Compliance: Why Departmentalization May Not be the Answer*. In *Hastings Business Law Journal*. Vol. 10, fasc. 1, San Francisco, 2014, p. 71 e segs.)

⁽⁵¹⁾ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance...*, cit., p. 101.

⁽⁵²⁾ Cf. SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 82-83.

⁽⁵³⁾ Cf. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7ª ed. Trad. Coello Contreras; Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 151.

⁽⁵⁴⁾ Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Salvar al Oficial Ryan (Sobre*

responder, igualmente, como autor, caso tenha procedido a uma “delegação defeituosa” das funções ao setor responsável⁽⁵⁵⁾.

A propósito, vale registrar a ora denominada *teoría da delegabilidade*, desenvolvida – em diversos trabalhos –, por Juan Antonio Lascuráin Sánchez⁽⁵⁶⁾. Segundo o Autor, em uma empresa organizada com programa de *compliance*, “[l]a delegación tiene dos efectos principales. El más evidente es el de *generar un deber de seguridad nuevo en el delegado* que lo acepta; el menos evidente es el de *transformar el contenido del deber de seguridad del delegante*. Es menos evidente, porque cabe pensar que si una persona delega libremente su deber de garantía en otra persona que lo asume libremente, solo ésta queda obligada ya por el deber transmitido, que es precisamente, el efecto liberador ló que busca el delegante, y que ló contrario, una duplicación de deberes, elimina la ventaja de multiplicación y coordinación de tareas propias del mecanismo de la delegación”⁽⁵⁷⁾.

Susana Aires de Sousa, por sua vez, ao conceituar programa de

la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). In Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. Hortal Ibarra, Juan Carlos; Valiente Ivañez, Vicente. Montevideo: B de F, 2014, p. 328.

⁽⁵⁵⁾ *Idem*, p. 310.

⁽⁵⁶⁾ V.g. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Compliance*, debido control y unos refrescos. In El Derecho penal económico en la era *compliance*. Arroyo Zapatero; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. *Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*. In Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. Hortal Ibarra, Juan Carlos; Valiente Ivañez, Vicente. Montevideo: B de F, 2014. *La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales*. In Manual de cumplimiento penal en la empresa. Nieto Martín, Adán *et alii*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. *La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa*. In Manual de cumplimiento penal en la empresa. Nieto Martín, Adán *et alii*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

⁽⁵⁷⁾ Cf. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. *La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales...*, cit., p. 170. (grifos do original). No mesmo sentido: “[L]a exclusión de la responsabilidad penal que produciría la incorporación de un sistema de cumplimiento normativo idóneo en la empresa, no

compliance como “um plano de boas regras”, observa que a estruturação empresarial na forma de *compliance* auxilia na identificação da posição de garantidor e na responsabilização tanto do oficial de *compliance* – quando ele tem a possibilidade concreta de intervir, decorrente da assunção voluntária das funções de garantia –, como, em certos casos, de imputar a autoria ao dirigente que não observa, da sua parte, os deveres residuais de supervisão.⁽⁵⁸⁾ Segundo a Autora, a adoção do programa de *compliance* acarretaria a atribuição de responsabilidade ao oficial de *compliance* ante os deveres de controle, pressupondo, porém, a verificação das funções a ele delegadas (por exemplo, se seriam somente funções de investigação e ou de comunicação às instâncias superiores). Cuida-se, assim, de responsabilidade penal por omissão, que pode ou não ser cotitularizada pelo dirigente, sob certas hipóteses⁽⁵⁹⁾.

Por fim, conforme lecionado por Ulrich Sieber, as regras de *compliance* também surtem efeitos na imputação de *delitos imprudentes*. Isto porque, “[l]a violación del deber de cuidado, que es básica en estos delitos, se produce por la desviación de la conducta del autor de aquella conducta cuidadosa que era la objetivamente preceptuada (a menudo basándose en reglas extralegales como la ‘experiencia cimentada’)”⁽⁶⁰⁾.

cierra absolutamente la posibilidad de sancionar penalmente a los directivos. Los deberes residuales derivados de los actos de delegación o de una relación de subordinación se mantienen igualmente vigentes, siendo lo usual incluso que el propio programa de cumplimiento normativo los contemple expresamente. Lo que a incorporación de un programa de cumplimiento normativo hace es dar por cumplido el deber de los directivos de establecer mecanismos idóneos para supervisar los riesgos de infracción penal, pero no impide una imputación penal que se sustente en la inobservancia del directivo de alguna de las medidas específicas que su posición o el propio programa de cumplimiento le asigne. Puede decirse que la adopción del *compliance* en la empresa circunscribe el ámbito de competencia de los directivos en dicho mecanismo empresarial.” (GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 70).

⁽⁵⁸⁾ SOUZA, Susana Aires de. *Compliance e responsabilidade penal dos dirigentes. Autoria e participação*. IDPEE. Curso *Compliance e Direito Penal*, Coimbra, 21/02/2015.

⁽⁵⁹⁾ *Idem*.

⁽⁶⁰⁾ SIEBER, Ulrich. *Op. cit.*, p. 89-90.

Segundo aquele Autor, “[l]a importancia de la imprudencia resulta aun más clara si, para determinar ésta, además de la violación del deber de cuidado se exige la previsibilidad, la posibilidad de reconocer la realización del tipo, en cuanto que la evitación de un perjuicio adoptando las medidas de cuidado pertinentes depende decisivamente del conocimiento del peligro que amenaza”⁽⁶¹⁾. Em síntese, para atribuição de responsabilidade a título de imprudência, as regras de *compliance* fazem-se relevantes, particularmente nos crimes empresariais, clarificando aquilo que se pode denominar de um “costume geral do meio empresarial” ou, ainda, para “precisar”, em seu âmbito de aplicação, o “risco geralmente permitido”, definindo-se “campos de ação”, bem assim evitando-se “zonas cinzentas criminógenas”⁽⁶²⁾.

6. Conclusão

A título de conclusão, como exposto ao longo do texto, tem-se que as modernas estratégias de autorregulação regulada, das quais os programas de *compliance* são os principais referenciais, estão a modificar profundamente as práticas empresariais, estabelecendo novos padrões éticos no “mundo dos negócios”. Essas estratégias também estão a trazer influências para o Direito Penal, nomeadamente ao Direito Penal Econômico, não somente para a questão da *societas delinquere potest*, como, igualmente, para a atribuição de responsabilidade individual nos crimes de empresa, permitindo-se clarificar as posições de garantia e de vigilância de dirigentes, oficiais de *compliance* e empregados de uma organização empresarial.

Desse modo, como bem observado por Ulrich Sieber e Marc En-

⁽⁶¹⁾ *Idem*, p. 90.

⁽⁶²⁾ *Idem*, p. 90. No mesmo sentido: “[L]os Programas de Cumplimiento podrían jugar un importante papel en relación con los delitos imprudentes (también en menor medida en los dolosos), pues determinarían o coadyuvarían a la determinación del deber de cuidado que integra el tipo objetivo de aquéllos. Así, por ejemplo, el umbral de diligencia debida de un empleado frente a su empresa podría quedar establecido en un programa de cumplimiento.” (COCA VILA, Ivó. *Op. cit.*, p. 66).

gelhart, essa nova realidade deve ser apreendida no contexto do que aspirava o jus-filósofo alemão Gustav Radbruch: ele não queria somente um “melhor” Direito Penal, mas a substituição do Direito Penal por “algo melhor”. Nesse sentido – como assinalado por Ulrich Sieber –, a substituição completa do Direito Penal parece não ser realista. No entanto, uma melhor prevenção da criminalidade econômica, bem como uma parcial substituição, aprimoramento e melhora do Direito Penal tradicional parece, sim, possível de ser atingido⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies*. Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut, 2014, p. 26.