

Matheus de
ALENCAR
e Miranda

**(In)eficiência de
compliance e os direitos
dos trabalhadores:
evitando o "bode expiatório"**

Prefácio de
Artur de Brito Gueiros Souza

1ª edição

 editora
LiberArs

**(IN)EFICIÊNCIA DE *COMPLIANCE*
E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES:
EVITANDO O “BODE EXPIATÓRIO”**

Comitê Científico

Ary Baddini Tavares
Andrés Falcone
Alessandro Octaviani
Daniel Arruda Nascimento
Eduardo Saad-Diniz
Francisco Rômulo Monte Ferreira
Isabel Lousada
Jorge Miranda de Almeida
Marcelo Martins Bueno
Miguel Polaino-Orts
Maurício Cardoso
Maria J. Binetti
Michelle Vasconcelos Oliveira do Nascimento
Paulo Roberto Monteiro Araújo
Patricio Sabadini
Rodrigo Santos de Oliveira
Sandra Caponi
Sandro Luiz Bazzanella
Tiago Almeida
Saly Wellausen

MATHEUS DE ALENCAR E MIRANDA

**(IN)EFICIÊNCIA DE *COMPLIANCE*
E OS DIREITOS DOS TRABALHADORES:
EVITANDO O “BODE EXPIATÓRIO”**

1ª edição

LiberArs
São Paulo – 2020

(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”

© 2019, Editora LiberArs Ltda.

Direitos de edição reservados à
Editora LiberArs Ltda

ISBN 978-85-86123-03-6

Editores

Fransmar Costa Lima
Lauro Fabiano de Souza Carvalho

Revisão técnica

Cesar Lima

Diagramação e capa

Editora LiberArs
Nathalie Chiari

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

M672i	(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório” / Matheus de Alencar e Miranda. - São Paulo : Liber Ars, 2019. 355 p. ; 16cm x 23cm. Inclui índice, bibliografia e anexo. ISBN: 978-85-86123-03-6 1. Direito. 2. Compliance. 3. Direitos dos trabalhadores. I. Miranda, Matheus de Alencar e. II. Título.
2019-245	CDD 344.01 CDU 34:31

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura.
Foi feito o depósito legal.

Editora LiberArs Ltda

www.liberars.com.br
contato@liberars.com.br

Dedico à minha mãe, Sandra, que aguardou vinte e cinco anos até receber “seu” mestrado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que ajudaram neste trabalho,
professores, familiares, amigos e colegas de trabalho.
Sem vocês, nada teria acontecido!

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Artur de Brito Gueiros Souza13

INTRODUÇÃO..... 19

CAPÍTULO 1

DIAGNÓSTICO DO PROBLEMA:

CRIMES DE EMPRESA, REAÇÃO E CRÍTICAS..... 25

1.1 Crime de empresa e leituras criminológicas:
sobre a interação entre indivíduos e agrupamentos criminosos
e as mudanças de paradigmas25

1.2 A reação pela gestão: governança e *compliance*.....33

1.3 *Criminal compliance* e as diferentes formas de regulação46

1.4 Críticas ao gerencialismo nas empresas,
compliance e proposições iniciais50

CAPÍTULO 2

O CONTEXTO REGULATÓRIO DE *COMPLIANCE*

E A REALIDADE NACIONAL 65

2.1 Considerações iniciais.....65

2.2 Padronização regulatória, direito internacional
e o problema da internalização66

2.3 Globalização, contexto econômico, regulação
e o gerencialismo: problemas nacionais e *compliance*73

2.4 Manifestações de *criminal compliance* como
ferramenta de prevenção de delitos de empresas privadas
no direito brasileiro e os problemas da regulação77

2.4.1 A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98).....80

 2.4.1.1 Críticas à tutela da informação por meio
 dos deveres de *compliance* na lei antilavagem 100

2.4.2 A Lei Anticorrupção de Empresas (Lei 12.846/13)	120
2.4.2.1 Lei Anticorrupção e “Operação Lava Jato”: parâmetro atual da análise da regulação promovida pela lei e sua relevância para as proposições deste trabalho	136
2.4.3 A Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) a partir da interpretação jurisprudencial	138
2.4.3.1 Repercussão na jurisprudência	141
2.4.3.2 Possível alternativa de interpretação a partir dos critérios legais e jurisprudenciais atualmente vigentes	146
2.4.3.3 Algumas notas conclusivas sobre o tema	151

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL

COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO DE *CRIMINAL COMPLIANCE*..... 153

3.1 Considerações iniciais sobre a responsabilidade penal da empresa e da pessoa jurídica	153
3.2 Das razões de política criminal para a responsabilidade penal empresarial	165
3.3 É pena o que se impõe à empresa? Um esclarecimento conceitual basilar.....	172
3.3.1 A origem do atual tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica e o pragmatismo da <i>common law</i> nos Estados Unidos da América	174
3.3.2 A discussão espanhola: a partir das consequências assessórias.....	179
3.3.3 A discussão nacional e uma proposta a partir do conceito de pena	188
3.4 As repercussões da pena para a responsabilidade empresarial: não responsabilidade, heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade penal da empresa e os papéis de <i>compliance</i>	207
3.5 Situação no Brasil.....	218

CAPÍTULO 4

A PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS DE LIBERDADE E

DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES COMO FUNÇÃO

LEGITIMADORA DE *COMPLIANCE* 225

4.1 Problemas da aplicação de <i>criminal compliance</i>	225
4.2 Os programas de <i>criminal compliance</i> e a proteção dos espaços de liberdade e dos direitos dos trabalhadores	230
4.3 Os mecanismos de proteção dos trabalhadores.....	249

4.3.1 A verificação dos direitos fundamentais e os limites para as responsabilidades penais: mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir de critérios essenciais de imputação de responsabilidade penal no âmbito corporativo	250
4.3.1.1. A resignificação da atribuição de autoria na esfera corporativa com base no critério de domínio do fato: o domínio sobre a gestão	264
4.3.2 Verificação dos direitos fundamentais e o respeito aos direitos dos trabalhadores: mecanismos de proteção dos trabalhadores decorrentes da reorganização dos sistemas internos de denúncias, investigações e medidas disciplinares	281
4.3.3 Verificação de direitos fundamentais no conflito com o impulso econômico: mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir da informação fornecida pelo código de conduta e ética e pelo treinamento	295
4.3.4 Sugestão de <i>lege ferenda</i> : a normativa do Estado no incentivo à construção de uma cultura de <i>compliance</i> voltada à proteção dos trabalhadores	299
CONCLUSÃO	301
REFERÊNCIAS	308
ANEXO: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA (STF, STJ E TRF-4, DE 2013 A 2016)	321

PREFÁCIO

Bode expiatório é uma expressão muito utilizada, em diversas culturas, no sentido de dizer que uma pessoa carregaria toda a “culpa” por um determinado fato, mesmo que ela não tenha realizado nada para isso ou que sua participação tenha sido de menor relevância. Contudo, visto que outros possíveis envolvidos não sofreriam imputações, àquela pessoa – ao bode expiatório – cumpriria suportar todo o “peso” e as “consequências” de uma acusação.

Segundo o *Dicionário Online*, a origem da expressão remontaria à Bíblia Sagrada, mais especificamente ao Livro do Levítico, onde há relato sobre o dia da expiação. Na ocasião, seria necessário realizar um ritual de purificação para limpar toda a nação de Israel. Para fazer a cerimônia, era necessário levar dois bodes, sendo que um deveria ser sacrificado enquanto o outro, considerado o *bode expiatório*, recebia o toque do sacerdote em sua cabeça e ouvia a confissão que ele realizava sobre todos os pecados cometidos pelos israelitas.¹

É interessante observar que os significados tanto vulgar como histórico do nome bode expiatório atenderiam a uma função normativa de solucionar um evento desvalioso. Contudo – e, principalmente, por isso mesmo –, tal finalidade resolutive de conflitos não implicaria em uma solução justa ou equânime. Isso é importante porque, como visto ao longo da obra que se tem a honra de prefaciá-lo, detecta-se uma nova tendência político-criminal, de duvidosa sustentação científica, de sempre transferir aos escalões mais baixos de uma organização empresarial, toda a responsabilidade penal relativamente a ocorrência de um fato penalmente punível, ocorrido no curso da atividade de exploração econômica ou comercial. Ou seja, estar-se-iam construindo novos bodes expiatórios, agora para descarregar a responsabilidade por infrações socioeconômicas, nelas incluídas os delitos ambientais?

Para verificar a veracidade dessa assertiva, deve-se tomar como ponto de partida a constatação de que a adoção de programas de *compliance* ou cumprimento se generalizam ao nível nacional e transnacional, transmudando-se em uma sorte de “imperativo corporativo” e, por via de consequência, de um suposto “salto de qualidade” para o próprio Direito Penal Econômico. Nesse contexto, dentre inúmeras consequências relativas à adoção de programas de *compliance*, um aspecto que parece

¹ Cf. *Dicionário Online*. In www.meusdicionarios.com.br, acessado julho 2016.

estar sendo olvidado pelos estudiosos que se dedicam a refletir acerca dessa realidade é, justamente, o risco de que a reorganização das empresas na forma de *compliance* redunde, em termos práticos, na transferência para o trabalhador – a parte mais frágil de uma estrutura, enfim – de toda a “culpa” de um ilícito, mais ou menos complexo, havido no seio de uma corporação. E, quanto maior e, portanto, mais difícil, a identificação de todos os autores ou intervenientes de uma lesão ou ameaça a bens jurídicos coletivos ou difusos, mais acentuada seria essa tendência de criação de “bodes expiatórios” empresariais.

Esse indesejável efeito, decorrente, como dito, das novas estratégias político-criminais relativas a prevenção e repressão dos crimes de empresa – isto é, dos programas de autorregulação regulada –, é justamente o objeto do consistente trabalho investigativo que ora se apresenta ao público brasileiro. Em outros termos, mas dentro do mesmo terreno científico, a obra (*In*)*eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*, escrita por Matheus de Alencar, tem por finalidade principal denunciar os perigos de uma importação acrítica de novas ideias atinentes às infrações econômicas e ambientais, em especial aquelas que possam gerar a desoneração de responsabilidade dos escalões superiores e intermediários de uma estrutura empresarial, culminando na responsabilização dos trabalhadores – dos executores imediatos – que se encontram no piso de uma companhia.

Nesse sentido, o Autor começa seu estudo diagnosticando o problema, que aponta ter como origem o tratamento dado ao crime de empresa e chega, atualmente, às questões concretas envolvendo *criminal compliance* e a posição dos trabalhadores. No caminho do diagnóstico, passa por considerações criminológicas, pela descrição da regulação (autorregulação regulada e *compliance*) e da situação fática de fortalecimento de governança corporativa e encerra com críticas de teoria e medicina social ao uso dos modelos de gestão, que seriam, de acordo com o Matheus de Alencar, parte do problema e carro-chefe da solução.

Em seguida, o trabalho de Matheus Alencar se debruça sobre o contexto regulatório de *compliance* e a realidade nacional. Para isso, o Autor inicia apontando a influência que é exercida no Brasil pelo direito e pelas organizações internacionais, além do fenômeno da padronização internacional da legislação em matéria de criminalidade econômica, capaz de impulsionar a regulação de *compliance* no país. A descrição do fenômeno é acompanhada pela crítica de que a internalização irrefletida dos institutos pode gerar consequências indesejadas na aplicação de *compliance* no Brasil. Em seguida, durante o mesmo capítulo, Matheus de Alencar se dedica a apontar a legislação que incentiva *compliance* no Brasil e quais são os gargalos de ineficiência do instituto, do arranjo institucional brasileiro e da legislação. Neste momento, o trabalho se destaca pela consistência das críticas, sempre subsidiadas por dados empíricos e leituras teóricas na identificação das falhas na prevenção dos crimes de empresa. Todo esse universo de princípios e dados relativos a prevenção e repressão da criminalidade de empresa são analisados tendo por ideia-chave a proteção dos direitos dos trabalhadores da empresa, de maneira que as manifestações de autorregulação regulada – ou correção Estado/iniciativa privada – não conduzam o intérprete, como

visto acima, a olvidar do correto enquadramento de responsabilidades decorrentes do risco das atividades econômicas, como ocorre, por exemplo, com o fenômeno da lavagem de capitais. Nesse particular, o Autor alerta para o fato de que o atendimento de regras de *compliance* não pode importar que os membros da alta cúpula de uma empresa, cuja atividade envolva riscos de lavagem de dinheiro, deleguem obrigações próprias para os funcionários hierarquicamente inferiores, eximindo-se, dessa feita, de suas responsabilidades administrativas e criminais.

Finalmente, no terceiro capítulo do trabalho, Matheus de Alencar promove o giro de propostas que norteará o trabalho até o fim: supera o trabalho de diagnóstico e crítica e inicia um trabalho de proposições a partir da crítica empenhada. O tema escolhido para iniciar proposições a partir da crítica é a antiga – mas sempre atual – questão da responsabilidade penal empresarial. Com efeito, partindo do dogma do *societas delinquere (non) potest*, Matheus Alencar discorre sobre modelos que vão desde a irresponsabilidade penal direta, a responsabilidade mediante consequências acessórias, a imputação ao ente coletivo de condutas individuais e, finalmente, a responsabilidade penal plena ou própria da empresa. Adentrando no ambiente jurídico brasileiro, percebe-se que a discussão está atualmente em alta pela introdução, no País, dos programas de *compliance*, assim como de recentes decisões dos tribunais superiores alterando a disciplina até então observada no que diz respeito aos critérios de imputação de culpa na criminalidade ambiental. A proposta de destaque do livro se baseia na ideia central de que não importa o título formalmente dado à sanção aplicada à empresa, mas sim a natureza que lhe é própria, pois é ela que definirá a extensão dos direitos de defesa da empresa desde uma perspectiva constitucional. Desta forma, as construções dogmáticas que tentam refutar a culpabilidade de empresa de forma “pré-constitucional” de nada serviriam em termos políticos, jurídicos e, principalmente, práticos. O que importa para o trabalho e seu Autor, em verdade, é se há pena, pois, se a resposta é positiva, então a *culpabilidade de empresa deverá ser construída*, como exigência constitucional para fundamentar qualquer condenação penal. Partindo destas ideias, Matheus de Alencar vislumbra construir um sistema específico de distinção de sanções para as empresas e, a partir da identificação (em sentido material) da sanção aplicada, propor a solução dogmática adequada para o caso concreto – inclusive com a construção de culpabilidade própria da empresa, quando for o caso – e apontar a extensão dos direitos e garantias que se aplicam às pessoas morais acusadas. Ao final do capítulo, o Autor ainda demonstra que a responsabilidade penal de empresas é pedra angular de um sistema que aspire prevenir os crimes de empresa e evitar a criação de bodes expiatórios ao mesmo tempo, além de apresentar mais uma diagnose da situação do tema no Brasil, mas desta vez apontando a distância entre o que existe e o que entende que deva existir.

Por fim, na quarta parte da obra ora prefaciada, o Autor põe em prática a sua proposta dos programas de *compliance* servirem, de fato, como instrumento de proteção dos trabalhadores na responsabilidade penal empresarial. Nesse sentido, Matheus de Alencar dedica-se à reinterpretação dos principais instrumentos que compõem um correto e eficaz programa de *compliance*, de maneira que eles possam servir

para uma melhora significativa da posição dos trabalhadores de uma corporação, no que diz respeito aos critérios científicos de imputação de responsabilidade penal. Cite-se, como exemplo, o esforço teórico do Autor em analisar os mecanismos decorrentes da organização e limitação da delegação de deveres (e responsabilidades penais) dentro da empresa, bem como do sistema de denúncias e investigações internas que, como se sabe, são levados a efeito pelas companhias que adotam programas de integridade e boa governança empresarial. Na mesma esteira, analisa-se os mecanismos de fluxo de informação no seio de uma corporação, o papel dos chamados *whistle-blowers*, o treinamento daqueles que irão exercer a função de *compliance officer* e, por fim, da implantação de códigos de conduta e de ética nas empresas.

Na parte conclusiva do alentado estudo conduzido pelo Autor, há a necessária reflexão concernente a adequação constitucional e trabalhista da implantação dos programas de *compliance*, *vis-à-vis* a proteção dos trabalhadores na responsabilidade empresarial por atos ilícitos. Sobre este tópico, Matheus de Alencar apresenta alguns pilares de discussão, quais sejam, a responsabilização dos administradores e do *compliance officer* diante do mecanismo de delegação e fiscalização da observância do programa de cumprimento, bem assim os riscos do excesso regulatório acarretado pela implantação daquele programa – em especial, os dilemas relacionados com as investigações internas – e, ainda, o cotejamento dos modelos de autorregulação empresarial para com os princípios gerais contidos na Constituição da República. Os direitos dos trabalhadores à intimidade, não-autoincriminação, paridade de armas no processo e aplicação de medidas disciplinares proporcionais são todos discutidos e reafirmados ao longo do trabalho, que dá especial ênfase nas iniciativas de *compliance* que buscam lhe conferir legitimidade (inclusive a participação dos trabalhadores na elaboração dos pilares do programa de *compliance*).

Na qualidade de estudioso – e, diria até, de um entusiasta para com essa nova fase do Direito Penal Econômico –, devo registrar minha satisfação em ler a obra *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. Além de brindar o leitor com as principais questões que desafiam os interessados em um tema de extrema relevância no mundo em que atualmente se vive, o Autor lança luzes a uma importante questão que – creio eu –, até agora havia sido negligenciada pela doutrina especializada: a de se precaver para que os programas de *compliance* não se transformem, teórica e praticamente, em mecanismos de vulneração da parte fraca de uma estrutura empresarial; de uma indevida imputação de responsabilidade dos trabalhadores por conta de ilícitos econômico-ambientais.

Cumpramos a todos nós, cientistas e operadores do Direito Penal Econômico, recepcionar essas novas estratégias político-criminais, verificar o quão relevante sê-nos apresenta os modelos de autorregulação regulada, ponderar sobre até onde os programas de *compliance* são idôneos para a melhor prevenção e repressão de infrações penais econômicas. Todavia, devemos, igualmente, ter em mente que essa nova, necessária e vertiginosa realidade do mundo empresarial não pode – ou menor, não deve – conduzir a uma materialização, sob nova roupagem, da figura, que deita raízes em tempos imemoriais, de “bodes expiatórios”.

Antes de concluir essas breves linhas gostaria de parabenizar o jovem e talentoso pesquisador Matheus de Alencar, pela coragem e erudição de elaborar uma obra de grande valor científico, que muito irá contribuir ao debate acerca dos caminhos que a nossa disciplina deve trilhar. Permito-me, ainda, estender meus cumprimentos a Editora LiberArs, por fomentar e incentivar a discussão sobre a *cultura de compliance*, prestigiando trabalhos acadêmicos de jovens e talentosos pesquisadores. Em síntese, a obra que agora é apresentada ao público brasileiro, constitui-se um texto de alto nível e de leitura obrigatória para todos os interessados em aprofundar os estudos relativos ao instituto do *criminal compliance*.

Rio de Janeiro, março de 2019.

ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA

Professor Associado de Direito Penal da UERJ e da UESA

Pós-doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra

Membro do Ministério Público Federal – Procuradoria-Geral da República.

INTRODUÇÃO

Datam do Iluminismo as bases teóricas para a configuração atual do Direito Penal. De matriz liberal, o direito penal que iniciou suas construções a partir do século XVIII baseava suas construções dogmáticas iniciais na figura do autor individual, na punição de uma ação e no critério de lesão, desta forma postulando vários princípios de natureza criminal. Muitos deles estão previstos até dias atuais nos ordenamentos jurídicos de diversos países, especialmente os ocidentais, incluindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desta forma, os postulados liberais do iluminismo se concretizaram nas previsões jurídicas da modernidade, estas consagradas pelas atuais Constituições, cartas político-jurídicas dos modernos Estados de Direito Sociais ou Estados Democráticos de Direito.

Contudo, durante o século XX, algumas mudanças dos paradigmas de investigação do Direito Penal apontavam para modificações na compreensão dogmática de institutos. Observou-se que, gradativamente, os reflexos da ação causal no mundo real passaram a ser conciliados com aspectos subjetivos e pessoais, bem como com a valoração jurídica de condutas, riscos, resultados e suas relações de causalidade (jurídica) para fins de responsabilização penal. Também, a punição por uma ação se transformou na punição por uma conduta, abrangendo agora a omissão. A ideia de lesão igualmente veio sendo modificada com o aparecimento dos chamados crimes de perigo.

O que era discutido e vinha em crescimento contido se multiplicou de forma visível com o advento da chamada “globalização” (mundialização, ou globalismo). Neste contexto, as variantes econômicas terminaram por influir no sentido de chamar o Direito Penal a tutelar novas realidades, principalmente aquelas referentes a direitos supra individuais, com crescente tutela penal da economia e padronização internacional da regulação jurídico-penal, principalmente para combater a criminalidade de empresa e a criminalidade transnacional.

Desta forma, do fim da década de 1980 em diante, foi apurado aumento sensível de aparição destas novas figuras jurídico-penais. A quantidade de previsões de punição por omissão (especialmente na forma de omissão imprópria) e a antecipação da intervenção penal com fins preventivos, fecundando inúmeros tipos de perigo para proteção destes valores supra individuais, tais como o meio ambiente, a economia popular, a ordem econômica e o sistema financeiro, aumentaram exponencialmente. Os antigos valores e princípios próprios do Direito Penal surgido em épocas de ascensão

do liberalismo, agora chamados tradicionais, iam cedendo espaço para novos valores e princípios, configurando nova forma de organização do Direito Penal, aquilo que Hassemer viria a chamar de “moderno” Direito Penal, fruto da globalização, e Silva Sánchez criticaria como “expansão do direito penal”, propondo um direito penal de “duas velocidades”, em que para as novas figuras não se deveria prever a pena de prisão.

Essa configuração da sociedade, por um lado tida como nova e justificando um novo Direito Penal como resultado do contexto, por outro lado apresentava uma variável que se manteve constante: o protagonismo do capitalismo e da classe burguesa na organização social.

A variável econômica, ainda condicionante das demais, agora se via simbolizada principalmente pelas grandes corporações produtoras da riqueza material do sistema. E se as empresas passaram a protagonizar a atividade econômica, elas igualmente estiveram no epicentro das novas lesões a direitos, em especial as lesões àqueles novos direitos penalmente tutelados de matriz supraindividual. Isso terminaria por levar o Direito Penal a rever mais um de seus princípios: a responsabilidade individual.

Se o liberalismo teve como uma de suas conquistas mais aclamadas a responsabilidade pessoal, esta agora seria revista, incluindo no conceito de pessoa não só a pessoa natural, mas também a pessoa jurídica (e posteriormente a empresa e o ente coletivo), revisando a ideia do que se entendia por individualidade na responsabilidade penal.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica a princípio sofreu (e ainda sofre) resistência sob a alegação de princípios como “*societas delinquere non potest*” ou argumentos como sua ausência de culpabilidade. Atualmente, é defendida por grande número de autores, contando não só com a refutação das alegações contrárias, mas, inclusive, com discussões sobre se a responsabilidade é da pessoa jurídica, da empresa, ou do ente coletivo, além de contar com construções próprias acerca do injusto e da culpabilidade destes agentes.

Isso se dá desta forma não porque houve o atropelo insensato dos argumentos contrários ou dos princípios essenciais, ou sequer porque a discussão sobre esses pontos tenha sido superada. Aquilo que gerou a mudança foi a análise dos argumentos de ordem político-criminal que apontavam para a adequação da responsabilidade penal de empresas em face do fenômeno que se queria enfrentar. Esse tipo de responsabilização encontrava sua justificativa de legitimação justamente em razão da eficiência que demonstrava ter em diferentes lugares do mundo. Impôs-se então à dogmática discutir o que restava, sendo que, dentro das construções, vem ganhando destaque nos últimos tempos aquela que visa o desenvolvimento de uma nova dogmática específica para pessoas jurídicas, calcada nas bases próprias de configuração dos agentes econômicos.

Neste modelo de desenvolvimento dogmático, uma forma de se discutir a culpabilidade de empresas, a atribuição de responsabilidades ou a mitigação de sanções

se ampara na ideia de “auto-organização” da empresa na prevenção de delitos. O dever do Estado de prevenção seria, enfim, delegado (ou sugerido) para as corporações, que teriam o dever (ou, respectivamente, a faculdade) de organização para prevenir delitos no seu interior e no âmbito de sua atuação frente ao mundo exterior.

É neste contexto que aparecem os chamados programas de *criminal compliance*. *Compliance* surgiu como um dos pilares da Governança Corporativa e se apresenta, desde o surgimento até hoje, como importante ferramenta para a regulamentação interna das empresas. Estar em *compliance* é estar em conformidade com as leis e padrões éticos. Isso se daria buscando prevenir a desconformidade, tentando antecipar condutas reprováveis e criando mecanismos capazes de evitar possíveis ações que venham a deixar a empresa em não conformidade (“*non compliance*”). Esses mecanismos se organizam pelos *programas de compliance*, sistema interno de autorregulação jurídica da empresa.

Por estas razões, *compliance* não só veio a incentivar o debate sobre a responsabilidade penal empresarial, mas sim renová-lo e, de certa forma, transformá-lo, uma vez que trataria o direito penal, construído sob bases de atuação *ex post*, sob uma inovadora perspectiva *ex ante*. Da reprovação à prevenção, *compliance* não só encara o direito penal de outra forma, mas também antecipa de forma considerável a intervenção, tendo como base o ideário de prevenção.

Entretanto, se por um lado a discussão tem avançado no sentido de incorporar *compliance* à discussão da responsabilidade de empresas, por outro lado os limites da atuação de *compliance* não parecem ainda bem traçados, principalmente por antecipar de forma acentuada a tutela penal e por, visivelmente, impor aos empregados destas mesmas empresas várias situações não vistas antes. Isso se dá porque, ao mesmo tempo em que a responsabilidade penal empresarial é implementada, a responsabilidade penal individual não deixa de existir. E uma vez que o Estado delega seu dever de prevenção de delitos às empresas, na esfera das responsabilidades pessoais esse mesmo dever é delegado à alta administração da empresa. A alta administração, por sua vez, pode criar delegação de deveres com repercussão penal que se estende por toda a cadeia hierárquica da empresa, gerando situações de risco para diversos empregados, especialmente aqueles de hierarquia mais baixa que podem assumir a posição do chamado “bode expiatório”.

Além disso, é de se considerar que, uma vez que a empresa se organiza para prevenir delitos, passa a assumir funções próprias do Estado, da prevenção de crimes à reação disciplinar daqueles que infringem regras. Neste caso, a antecipação da tutela penal pode significar a própria privatização de funções de segurança em matéria de direito penal de empresas. Neste tipo de situação, onde a legitimidade para o exercício destas funções pode e deve ser questionada, espera-se que a pesquisa jurídico-penal apresente respostas sobre os limites dos poderes outorgados às empresas na nova atividade que exercem. Desta forma, tanto a efetividade do sistema quanto o respeito aos direitos dos trabalhadores devem se tornar preocupações centrais na análise da regulação referente a *compliance*.

Nesta esfera, questão posta sem solução é aquela que se refere à forma como *compliance* organiza a empresa na prevenção de delitos. Se o programa de *compliance* se propõe ao intenso vigilantismo, termina por atuar em esferas que podem gerar lesões a direitos de seus empregados, mesmo os constitucionalmente previstos como garantias fundamentais, em especial os direitos relativos à intimidade, a não produzir prova contra si mesmo e o direito ao devido processo legal nas investigações e punições administrativas internas.

Finalmente, se não forem bem colocados os limites e balizas dos programas de *compliance*, sob o argumento da prevenção de delitos e eficiência, é possível que o novo instituto sirva para alargar a intervenção punitiva e sufocar os espaços de liberdade próprios dos empregados em sua atuação no trabalho, desta forma se configurando como instituto cuja legitimidade é questionável desde os paradigmas do direito (em face do direito constitucional e trabalhista) e até mesmo da economia (limitando a liberdade de produção econômica).

De modo a evitar que isso aconteça é que se propõe repensar as funções de *compliance*, preocupando-se também com a proteção dos trabalhadores. Desde esta perspectiva, o trabalhador, que de acordo com a criminologia tradicionalmente servia de bode expiatório e assumia toda a responsabilidade que seria da empresa, agora se veria com mecanismos que protegeriam não só a empresa, mas também ele próprio. A metodologia utilizada para buscar analisar adequadamente o objeto e cumprir os objetivos se valeu de: (1) *Método dialético*, (2) *Revisão bibliográfica* e (3) *Análise documental*.

O (1) *Método dialético* foi utilizado na apuração dos conceitos e soluções apontados, lançando mão da oposição entre teses postas e antíteses críticas para formarem síntese que é a hipótese do trabalho frente ao objeto em análise. Leva-se em conta que, conforme a abertura do objeto, as sínteses apuradas se constituirão em novas teses a serem contrapostas. Desta forma, buscou-se o afastamento do relativismo sem ficar preso ao dogmatismo, valendo-se da perspectiva que considera que sujeito e objeto estão sempre em movimento (historicamente). Por essa razão, seria impossível obter uma verdade pronta, pelo que se buscou apenas a observação de uma das faces do objeto em análise. Há a consciência de que a síntese aqui proposta será submetida a novas antíteses conforme sujeito e objeto se movimentem historicamente, interajam e se modifiquem reciprocamente.

Considera-se aqui também a própria oposição entre pensamento sistemático, com a sua racionalidade de natureza hermenêutica, e o pensamento problemático, com a sua racionalidade própria fundada na tópic-retórica. A oposição, vista de uma perspectiva dialética, possibilita não só o embate, mas sim a própria integração a partir da consideração dos dois vetores que cada um aporta: o sistema e o problema, considerando a importância do primeiro para este trabalho na esfera dos princípios constitucionais, do sistema penal e da dogmática jurídico-penal; e do segundo na análise concreta da hermenêutica constitucional e na adaptação de *criminal compliance* aos seus limites em face da Constituição, levando em conta a realidade social e econômica e buscando a solução mais adequada a cada caso específico. Em todos os casos, parte-

se do pressuposto de que o Direito, como fenômeno situado na história, é mutável, bem como a produção de seu conhecimento está aberta a todas as outras ciências, sendo especificamente importantes para este trabalho as outras ciências sociais, lançando-se mão da abordagem interdisciplinar.

A (2) *revisão bibliográfica* estruturou toda a pesquisa deste livro, enquanto a (3) *análise documental*, normativa e jurisprudencial foi utilizada em complementariedade à análise bibliográfica.

Para cumprir com a proposição metodológica, os *materiais* escolhidos foram: (1) livros, manuais e textos específicos em geral, principalmente artigos e monografias especializados que estruturam a revisão bibliográfica; (2) textos normativos em geral, decisões judiciais dos diferentes tribunais, em especial das instâncias superiores, e notícias de jornais e revistas de relevância para o trabalho.

Finalmente, o recorte da presente análise se dá sobre as empresas privadas que têm *compliance* como exigência ou sugestão por parte do poder público em um sistema de “*autorregulação regulada*” (ou *corregulação Estatal-privada*). Nesta seara, é importante para o ordenamento jurídico nacional o estudo das questões supracitadas sob a perspectiva das leis de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), por efetivar em matéria infraconstitucional a responsabilidade penal da pessoa jurídica; de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), por ter previsões que obriguem agentes financeiros a implementarem programas de *compliance*, sujeitando-os a sanções administrativas; e à Lei Anticorrupção de Empresas (Lei 12.846/13), por prever a responsabilidade objetiva, civil e administrativa de empresas por atos de corrupção, ainda que tenha caráter evidentemente penal, e por facultar às empresas a adoção de programas de *compliance* como forma de mitigar sanções. Nos três casos, importará também a regulação infra legal referente à organização dos programas de *compliance*. As consequências penais para indivíduos decorrentes dos deveres previstos nestas leis ainda são igualmente importantes, sendo sempre necessária a conciliação destes dispositivos com a parte geral do Código Penal, bem como com a Constituição da República, o parâmetro e filtro de todo o ordenamento.

Contudo, apesar dos dispositivos supracitados, pretende-se aqui realizar discussão sobre a responsabilidade penal empresarial, *criminal compliance* e suas funções de forma ampla, visando traçar critérios de legitimidade para esta nova configuração de prevenção de delitos. Os dispositivos citados são somente a delimitação do campo de pesquisa em razão da previsão normativa brasileira.

Em síntese, parte-se da exposição dos pressupostos que envolvem os pilares da responsabilidade penal empresarial e *criminal compliance* e permitem apontar uma função de proteção dos trabalhadores, visando justamente evitar a criação de bodes expiatórios. Ao apontar, criticar e recolocar os pressupostos, pretende-se chegar nas consequências dogmáticas (sistema e problema juntos, conforme o método adotado) e, a partir das consequências de sua aplicação (de um objeto em aberto, em movimento), avaliar o potencial rendimento (político e prático) da função, que em termos penais é um rendimento político criminal. Tal rendimento, para os fins deste

trabalho, seria a reconstrução do vetor de garantia, que em *criminal compliance* somente poderia significar o recorte da função de proteção dos direitos e espaços de liberdade dos trabalhadores. Para atingir estes objetivos, o primeiro passo escolhido foi analisar o contexto em que se insere esta forma de regulação, na forma exposta a seguir.

CAPÍTULO 1

DIAGNÓSTICO DO PROBLEMA: CRIMES DE EMPRESA, REAÇÃO E CRÍTICAS

1.1 Crime de empresa e leituras criminológicas: sobre a interação entre indivíduos e agravamentos criminosos e as mudanças de paradigmas

O paradigma atual de política criminal que sugere às empresas o ônus de se organizarem contra delitos (por meio de *compliance*) se inspirou na análise da interação entre empresas e delitos, ou seja, como a reunião de pessoas em prol da atividade econômica, de forma profissional e organizada, poderia incentivar que estas pessoas cometessem crimes. Esta análise, por sua vez, teria origens na criminologia do colarinho branco de Edwin H. Sutherland¹, tendo sido atualizada² e tomado feições próprias que se referem ao diálogo com *compliance*.

Sutherland buscou teorizar acerca das causas explicativas do crime de colarinho branco, crime daquelas pessoas de posições sociais tidas como importantes e que não sofriam os efeitos do sistema de controle penal. Sutherland criticou a ausência de controle penal sobre tais crimes e apontou como estas condutas eram danosas para a sociedade capitalista, bem como suas possíveis causas, tanto dos comportamentos quanto da ausência de reprovação.³

¹ Sobre o autor é especialmente interessante a mais recente edição brasileira de sua obra: SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

² Apresentando os desenvolvimentos posteriores da teoria de Sutherland: FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito penal econômico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, 1-27, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>, com acesso em 02/02/2017. pp. 15 e ss. Em especial, apresenta as teorias de (1) Daniel Glaser, com a “teoria da identificação social”, refutando o caráter “patológico” do comportamento criminoso; e (2) Ronald Akers, com a “teoria do reforço da associação diferencial”, escorada em psicologia comportamental, e posteriormente a “teoria da aprendizagem social”, desenvolvida a partir das críticas da teoria anterior. Hamilton Ferraz ainda se dedica a apontar como essas leituras criminológicas podem interagir com as questões dogmáticas relacionadas ao erro, apontando a relevância de *criminal compliance* para a matéria.

³ Sua vertente ideológica aparece de forma bastante explícita na crítica que tece contra aqueles que entendiam que o princípio da culpabilidade moral seria uma barreira à responsabilização das corporações: “Aqueles que insistem que a culpabilidade moral é um elemento necessário do crime

Na versão brasileira sem cortes da obra de Sutherland, vários estudos do autor são expostos, contendo inclusive suas pesquisas empíricas que contam com dados oficiais e não oficiais. Analisando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores corporações norte-americanas, Sutherland derrubou o mito de que os delitos eram majoritariamente cometidos por pobres e apontou que o cometimento de crimes era extremamente comum entre pessoas das altas classes sociais na esfera da atividade econômica. Os apontamentos indicaram que só não havia punição semelhante à da criminalidade de ruas em razão da pouca reprovabilidade social e do pouco conhecimento que se tinha acerca dos crimes econômicos. O Autor concluiu que há condutas criminosas em todos os estratos sociais e que os empresários e homens de negócios também perpetravam infrações penais⁴. Estas condutas eram tidas por ele como de verdadeira danosidade social, unidade e consistência.⁵

A partir disso, na Parte IV, Capítulo 15 da obra, está exposta “Uma teoria dos crimes de colarinho branco”⁶ que o autor tentava desenvolver. Esta teoria, que atualmente está intrinsecamente relacionada ao que se vê na fundamentação da política criminal do direito penal econômico, partia principalmente da indicação dos processos de aprendizagem do comportamento criminoso nas esferas corporativas, traçando os conceitos essenciais de associação diferencial e identificação social.

Resumindo os conceitos, Toron afirma que a associação diferencial “faz com que o sujeito vá assimilando os valores do meio em que se desenvolve sua atividade profissional, até o ponto de assumi-los completamente. A difusão de condutas fraudulentas pode chegar a ser norma dentro de uma determinada atividade que as apresenta como necessárias, louváveis e, inclusive, justas”⁷. A identificação social, por sua vez, “fará com que se assimile qualquer comportamento que logre obter as metas do sistema (êxito), acima de qualquer outra consideração”⁸.

podem argumentar que o caráter criminal não está presente nas violações que não possuem o estigma de crime. Isso envolve a questão comumente levantada acerca da relação entre a lei criminal e as demais leis. As leis com as quais estamos aqui preocupados não tratam de escolhas arbitrárias, tal como é a norma que obriga as pessoas a dirigir seus veículos no lado direito da pista. A Lei Sherman Antitruste, por exemplo, representa uma tradição a favor da livre concorrência e livre iniciativa. Essa ideologia é óbvia na luta contra o comunismo. Assim, a violação das leis antitruste é uma afronta aos sentimentos morais mais fortemente arraigados nessa sociedade. O valor dessas leis é questionado principalmente pelas pessoas que acreditam num sistema econômico mais coletivista, e essas pessoas estão limitadas a dois grupos principais, quais sejam, os socialistas e os donos do ‘Big Business’. Quando os líderes do ‘Big Business’, por meio de atividades corporativas, violam a lei antitruste, eles estão violando os sentimentos morais de praticamente todos os cantos do público estadunidense, exceto dos socialistas”. SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Op. cit., nota 1, pp. 98-99. Nota-se aqui exatamente o já exposto acerca do que Silva Sánchez critica como o gerencialismo de questões penais. Para Sutherland, a discussão de valores em Direito Penal seria meramente um entrave para a adoção de medidas eficientes na proteção da livre concorrência. Desta forma, é de se ter em conta quais os interesses por trás da tutela penal econômica.

⁴ SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Op. cit., nota 1, pp. 39-55, passim.

⁵ Ibid. pp. 83-108, passim.

⁶ Ibid. pp. 351-376, passim.

⁷ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 28, out./dez., 1999. p. 78.

⁸ Ibid. p. 78.

São igualmente importantes as constatações de Sutherland de que (a) parcela substancial dos crimes praticados pelas empresas são deliberados e organizados⁹; (b) a criminalidade de empresa se mantinha independentemente dos sujeitos que as integrassem¹⁰; (c) a maioria daqueles criminosos de colarinho branco não apresentava comportamento antissocial em outros aspectos da vida¹¹ e; (d) a desorganização social, ou seja, a falta de normas que orientem o comportamento dos membros de uma sociedade, seria uma explicação hipotética do crime¹².

Conforme bem explica o professor Artur Gueiros, para Sutherland, o comportamento criminoso, como qualquer outro comportamento, seria consequência de um processo que se desenvolve no âmbito de um grupo social, sendo produzido por intermédio da interação com outros indivíduos. A especificidade do comportamento criminoso é que a convivência se dá com outros indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Por isso Sutherland supôs que a causa geral para o delito seria a aprendizagem. O aprendizado, contudo, não se refere a um processo pedagógico formal, mas sim ao resultado do contato com atitudes, valores, pautas de conduta e definições favoráveis à desobediência da lei penal. Sintetizando Sutherland, o professor Gueiros afirma que “para aquele Autor, a criminalidade não seria um ‘déficit de socialização’, mas, sim, ‘uma socialização diferencial’”.¹³

Adán Nieto Martín também vem a apontar a relação entre a teoria de Sutherland e o contexto de empresa. Para Nieto, no âmbito de uma corporação, a existência de códigos de valores e objetivos que deixem implícita ou explicitamente valorado positivamente o cometimento de uma infração econômica em favor da empresa iria paulatinamente desconstruindo os argumentos negativos ao cometimento de delitos nas cabeças dos indivíduos que compõem o agrupamento econômico. A teoria teria o rendimento de explicar, então, o comportamento de empregados e diretores que em seus processos de socialização interiorizam que, por exemplo, a entrega de subornos, a espionagem ou a lavagem de dinheiro são comportamentos reprováveis, mas ainda assim vêm a cometê-los posteriormente na atividade econômica. Isso se daria porque o contato com os valores do grupo proveria as razões necessárias (“leis são ruins para os negócios”, manter o emprego exige subornar”, “o Estado é corrupto, não pode receber dinheiro”, “é preciso sonegar para manter a empresa viva”) para deixar de lado seus valores morais e cometer o delito.¹⁴

⁹ SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., nota 1, p. 350.

¹⁰ Ibid. pp. 27-55, passim.

¹¹ Ibid. pp. 351-360, passim.

¹² Ibid. p. 373.

¹³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Tese de Pós-Doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito, na Área de Especialização em Direito Penal Econômico. Orientadora: Maria João Antunes. Portugal, Coimbra, 2016. p. 41.

¹⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 51.

É extremamente importante tomar em conta estas considerações de Adán Nieto porque a partir delas o Autor conclui que os sujeitos das corporações interpretam que existe um *objetivo na empresa que se sobrepõe e transcende aos sujeitos individuais e os laços de solidariedade com os membros da empresa resultam mais fortes que o respeito às normas de conduta*. Este código de valores próprios nos quais todos os indivíduos se encontrariam e aos quais pertenceriam, manifestando seu pertencimento frente ao mundo, seria denominado “*espírito criminal de grupo*”, o que é, para Adán Nieto, uma forma desviada de cultura corporativa: “um conjunto de atitudes, técnicas de realização de fatos delitivos, de argumentações, inclusive de usos linguísticos compartilhados pelos membros da organização que alenta e justifica, dando por exemplo nomes mais amáveis (arrocho fiscal, contabilidade criativa) aos comportamentos delitivos” (tradução nossa)¹⁵.

Estas considerações serão extremamente importantes na apuração posterior da hipótese ora aventada acerca da relação entre os programas de *criminal compliance* e a proteção dos direitos dos trabalhadores, uma vez que esta manifestação de pertencimento no grupo pode ser fator essencial na busca pela legitimidade do instituto: uma vez que os sujeitos se enxergam dentro de coletividade em esfera que transcende o individualismo, tanto isso aponta para o fato de que os pressupostos de leitura de teoria social atualmente utilizados são insuficientes, quanto pode ser o aporte para *criminal compliance* destinar maior reconhecimento político-criminal aos sujeitos em concreto para além da igualdade formal.

Os aportes acima são importantes porque a centralidade da compreensão do crime de colarinho branco em Sutherland, a partir do “aprendizado da conduta delitiva”, aparece refletida na atual tentativa da regulação de *compliance* de desconstruir o “incentivo” por meio da boa cultura corporativa, do “aprendizado ético”. Isso se daria com a criação de cultura, previsão de normas e valores internos e até mesmo o treinamento dos funcionários. Esperar que as empresas realizem tais ações termina por tornar importante que elas sejam responsabilizadas quando não o fazem. O debate desta questão, contudo, somente foi retomado mais de três décadas após os escritos de Sutherland.

Neste sentido, mais uma vez é importante a contribuição de Adán Nieto Martín, que lembra que, apesar das críticas de Sutherland, a criminologia somente se ocupou de fato com a criminalidade econômica a partir do fim da década de 1970. Seu denominador comum se ampara nas teorias de Sutherland e aponta que “a corporação é a causa principal da conduta delitiva, relegando a um segundo plano os fatores individuais ou sociais do infrator individual. Esta teoria estrutural do crime corporativo continua sendo o paradigma explicativo atual”¹⁶.

¹⁵ O texto em língua estrangeira é: “un conjunto de actitudes, técnicas de realización de hechos delictivos, de argumentaciones, incluso de usos lingüísticos compartidos por los miembros de la organización que alienta y justifica, dando por ejemplo nombres más amables (achorro fiscal, contabilidad creativa), los comportamientos delictivos”. NIETO MARTÍN, Adán. *Ibid.* p. 52.

¹⁶ Tradução nossa. O texto em língua estrangeira é: “la corporación es la causa principal de la conducta delictiva, relegando a un segundo plano los factores individuales o sociales del infractor individual. Esta teoría estructural del *corporate crime*, continua siendo el paradigma explicativo actual”. NIETO

Valendo-se deste paradigma atualmente, vários são os autores que desenvolveram seu pensamento sobre a criminalidade econômica a partir dele. Dentre eles, em sua densa pesquisa, o professor Artur Gueiros cita três que trazem importantes considerações para este trabalho: (1) Claus Roxin e (2) os portugueses Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, que escreveram sobre o tema juntos. Sobre (1) Roxin, Artur de Brito Gueiros Souza assim sintetiza:

Também Claus Roxin alude às chamadas “múltiplas influências criminológicas” no âmbito empresarial, que conduziriam a mencionada neutralização de culpa. Segundo o Autor, tais influências seriam: (1) A “tendência a adaptação” de quem integra uma organização; (2) A “integração ao aparato” poder conduzir a uma “participação irreflexiva” em ações que um indivíduo não-integrado jamais cometeria; (3) O “empenho excessivo” em prestar serviço, seja por “ambição”, “desejo de notoriedade”, “convicção ideológica” ou, ainda, por conta de “impulsos criminais sádicos ou de natureza similar”; (4) Uma resignação subjetiva no sentido de que “se eu não faço, outro fará no meu lugar”; e (5) A incidência de um “temor”, próximo ao “domínio pela coação”, consistente em que, em caso de “negativa no cumprimento da ordem”, ocorrerá a “perda do posto”, o “menosprezo pelos colegas”, ou a crença ingênua na impunidade porque a ordem foi dada “pelos de cima”.¹⁷

Importante tomar em conta que tais considerações do professor alemão se relacionam com sua teoria do domínio de organização, derivada da teoria do domínio do fato, que vem a explicar o que seja autoria e participação em aparatos organizados de poder para ele. Esta teoria vem sendo estendida pela jurisprudência (tanto alemã quanto brasileira) não só aos aparatos organizados de poder, mas também às organizações econômicas, ainda que sob a discordância do próprio criador da teoria.¹⁸

Suas considerações são importantes, também, por demonstrarem (a) como o pertencimento ao grupo incentiva o cometimento de ações que não se comete quando sozinho, (b) como a fungibilidade dos agentes dentro de um grupo cria sentimento de resignação que incentiva o cometimento de delitos e (c) como o empenho em buscar aceitação do grupo pode desempenhar papel central em uma decisão delituosa.

Estas três considerações são extremamente importantes quando analisadas criticamente. Isso porque desde então já é possível levantar algumas hipóteses acerca de: (a) porque alguém comete determinado fato em um contexto de grupo que não cometeria se não fosse nessas circunstâncias, em especial referência ao condicionamento ideológico e à doação dos sujeitos, suprimindo o si em favor do grupo; (b)

MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 50.

¹⁷ ROXIN, Claus. Apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Op. cit., nota 13, p. 51.

¹⁸ Analisando a questão de forma crítica, ver: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís ... [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014 e; SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 117, ano 23, pp. 91-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez., 2015.

porque existe a fungibilidade dos agentes e como ela atua sobre os sujeitos, em referência a um “Novo Exército de Reserva” e o “medo de perder o lugar”; (c) porque a aceitação do grupo é tão importante no contexto de empresa, em especial por causa da lógica “*up or out*” dentro das empresas, com rotatividade grande de empregados dos extratos médios e baixos.

Já sobre (2) Figueiredo Dias e Costa Andrade, Artur Gueiros vem a sintetizar seu pensamento:

Ainda 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 fenômenos analisados pelas teorias criminológicas e incluídas naquilo que se denominam “dinâmicas psico-sociológicas”. 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 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.”¹⁹

As considerações especificam de forma bastante significativa como a influência do fator coletivo interage com as previsões legais e permite a ocorrência do crime. Importante notar que a concepção dos Autores portugueses vê na norma não o “imperativo categórico” (kantiano), mas sim a dialética de que sempre que uma norma proíbe certo comportamento (negando-o), termina por permiti-lo sob certas condições em que não há atuação das instâncias de controle, interiorização do conteúdo da norma, interiorização da reprovabilidade da conduta etc. (em todos estes casos, afirmando o mesmo comportamento proibido). Estas considerações são extremamente importantes, na medida em que servem de crítica ao pressuposto de que a boa cultura corporativa, por si só, é suficiente e legitimada para atacar o crime de empresa, além de servirem como demonstrativo do equívoco na persecução penal com obsessão moral pela punição (para justificar a validade do imperativo categórico).

Em verdade, desde a perspectiva aqui adotada, seria preciso ter em conta até mesmo o incentivo ao comportamento proibido que uma norma proibitiva pode causar. Isso porque não se pode descuidar do “prazer excedente criado pela negação do normativo”²⁰, principalmente quando a negação da proibição vem acompanhada pela recom-

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Op. cit., nota 13, p. 52.

²⁰ Sobre o termo utilizado, conferir a compreensão de Slavoj ŽIŽEK sobre as normas, proibições e sua interação com a psicanálise. A ver: ŽIŽEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos*. Tradução de Sávio Cavalcante. In: **Mediações**. v. 15, n.1, p. 11-29, Jan/Jun. Londrina, 2010. Id. **Disparities**. New York,

pensa da vantagem econômica. Não só se chega ao resultado economicamente pretendido, como se chega a ele entendendo que houve maior “esperteza”, ou um “processo de aprendizagem melhor” por parte do infrator, ainda que tal processo de aprendizagem seja distorcido, gerando o resultado de afirmação da conduta que se desejaria negar. Se uma norma é entendida como criada para que ninguém a cumpra, sua criação poderá ser paradoxalmente um incentivo ao cometimento daquela conduta. Por isso é que, mais do que somente haver previsões de sancionamento e estruturas formais de *compliance*, é preciso depurar o que se entende por um programa de *compliance* legítimo.

A seguir, o importante a se ter em conta é o fator em que os diversos Autores expostos concordam: a explicação da conduta delitiva, desde os pressupostos apresentados, reside em que ela é determinada por fatores ambientais procedentes do grupo. Além disso, a estrutura de poder dentro da empresa será determinante para direcionar quais pessoas terão um maior “risco penal”, através da delegação de deveres e da criação, por exemplo, de “bodes expiatórios”.²¹

De forma a evitar tais situações, o sistema de incentivos, recompensas e castigos na entidade ajudaria à difusão de uma determinada cultura. Os sistemas de retribuições, promoções ou outras formas de reconhecimento interno (como atenções pessoais ou convites da alta direção) poderiam mostrar o que se entende por “bom trabalho” na empresa, coincidindo com a cultura (boa ou má) da direção (e da empresa).²²

A partir destes pressupostos é que o direito é chamado a introduzir incentivos para a implementação da boa cultura conforme a norma e reprovar as culturas contrárias, que servem de incentivo aos delitos, sendo este o momento em que *compliance* se insere na política criminal enquanto obrigação ou faculdade.

Esta abordagem, contudo, dentro do recorte do presente trabalho, reconhece a supracitada dialética presente na compreensão da norma, e não mais o imperativo categórico, apontando que o método de compreensão do fenômeno do crime empresarial só pode ser igualmente dialético. Isso porque, ao se falar em incentivo, sabe-se que é possível o cometimento de um delito por razões das mais diversas. Desta forma, importa mais a capacidade de limitar os fatores de incentivo ao cometimento de crimes do que a adesão a padrões de eficiência inatingíveis e indemonstráveis. Importante ressaltar que estas considerações não deixam de lado a realidade de que fatores exógenos à empresa também influenciam na cultura corporativa, para além da simples criação interna e cultura da direção. Claramente o setor de atividade, o tamanho, a região onde a empresa se insere, dentre outros fatores, fazem com que ela organize sua cultura de certa forma mais ou menos conforme o direito. A pressão do entorno é particularmente importante quando as empresas não oferecem diferenças

USA: Bloomsbury, 2016. Id. **The parallax view**. Cambridge, Massachusetts, USA: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2006, todos passim.

²¹ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 51.

²² Ibid. p. 52.

significativas de qualidade ou preço, pelo que tendem mais a adotar medidas contrárias à norma para infringir a concorrência.²³

É ainda igualmente importante notar que a má cultura corporativa poderia estar determinada também por fatores de caráter sistêmico. Em especial, caberia citar a potencial influência do *capitalismo financeiro* na aparição de condutas delitivas, dada em razão da característica do investimento nesta particular e atual forma de desempenho do capitalismo, que é a de buscar o benefício de curto prazo. Considerando que isso ocorre e os investimentos se colocam como centrais para o financiamento (capital) da atividade econômica, garantindo a competitividade, as empresas seriam tencionadas a implementar uma direção estratégica, centrada exclusivamente na obtenção de benefícios para fornecer o retorno esperado, deixando nas mãos de diretores e executivos o “como” estes benefícios são obtidos. Esta forma de gestão se relacionaria também entre matrizes e filiais, criando verdadeiras cadeias de incentivos a delitos que terminam se tornando cadeias de delegação de responsabilidade e deslizamento do risco penal, em última instância relegando aos funcionários fungíveis e de menor poder sobre o “descumprimento” penal pela cultura de empresa a responsabilidade por ele, o delito.²⁴ Esta crítica vem a integrar a própria construção que impõe às empresas o dever de se organizar e a sanção por não o fazer.

Nestas bases é que Adán Nieto aponta a *localização da responsabilidade individual* como o segundo ponto de atenção dos delitos cometidos no seio das corporações. Nestes casos, os delitos terminam sendo imputáveis não às pessoas da alta administração, controladoras da cultura corporativa, mas sim aos quadros técnicos, executivos ou diretivos médios e baixos. As razões apontadas são basicamente duas: (1) o processo de delegação de funções, que ao mesmo tempo em que é legítimo da perspectiva da divisão do trabalho, implica que os níveis superiores não realizam com frequência atividades operacionais, limitando-se à supervisão e; derivado do primeiro, (2) a construção de bodes expiatórios²⁵, quando o apontamento de responsabilidades dentro da empresa se constrói com o fim de que uma determinada pessoa seja a que assume a responsabilidade pelo fato delitivo, algo que convém à alta direção por escapar das responsabilidades e aos agentes de controle que desejam acabar com suas investigações e julgamentos no menor tempo possível. O Autor chega a apontar que

²³ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, pp. 52-53.

²⁴ Ibid. p. 52.

²⁵ Em relação ao termo bodes expiatórios, importante notar que há diferença entre o uso dado por Adán Nieto e o que entendemos ser de fato bode expiatório da responsabilidade penal empresarial para este trabalho. Enquanto o Autor espanhol restringe ao termo a atribuição da responsabilidade penal a um indivíduo que assume para si a culpa de todos, aqui entendemos que colocar um funcionário na posição de bode expiatório vai além, incluindo não só este caso de colocá-lo na posição de responsável pelo crime do todo, mas também nos casos em que os sistemas de controle e cultura internos das corporações infringem seus direitos fundamentais para buscar se livrar das sanções. Por esta razão, quando um sistema de vigilância interno invade a intimidade de um empregado para produzir provas para a colaboração da empresa, ou quando uma investigação interna deixa o empregado desassistido e o questiona sobre alguma incorreção, fazendo-o produzir provas contra si mesmo que depois serão entregues pela empresa ao poder público para se livrar da punição, também está a se falar em criação de bodes expiatórios. Por outro lado, para o trecho em questão, que faz citação indireta a Nieto Martín, foi utilizada a sua perspectiva de bodes expiatórios.

há casos em que existem “bodes expiatórios voluntários”, que aceitam assumir a responsabilidade em troca de recompensa adicional e o pagamento da sanção pecuniária e dos custos processuais de defesa por parte da empresa.²⁶

A forma de reagir a estes problemas seria, de todo modo, a imposição dos deveres e sanções às empresas, evitando a ocorrência destas situações indesejadas. É justamente quando a obrigação recai sobre as empresas que aparecem como alternativas a boa governança e os programas de *compliance*.

1.2 A reação pela gestão: governança e *compliance*

A forma geral encontrada pelas empresas para construir cultura interna e evitar o cometimento de infrações éticas e legais diversas é o inventivo à boa governança, ou Governança Corporativa. A partir do momento em que o Estado passa a requerer ou incentivar empresas a adotarem cultura de integridade ética, o primeiro ato de reação das corporações é o aprimoramento de seus padrões éticos e de cultura corporativa, sempre recorrendo à *gestão corporativa* integrada por meio da Governança Corporativa.

Atualmente, o incentivo à Governança Corporativa tem se destacado especialmente para as grandes empresas com negociação de valores mobiliários no mercado. Historicamente, a Governança Corporativa era entendida como a boa governança, ou seja, é o conjunto de regras e procedimentos que intermedeia os conflitos entre propriedade (sócios e investidores) e controle (administração) do capital (empresa). Suas disposições, antes centradas na resolução dos conflitos entre administradores e acionistas, passou por mudanças nas demandas corporativas, que atualmente não mais se restringem aos interesses de lucro dos *shareholders* (acionistas), mas sim aos interesses diversos dos *stakeholders*²⁷.

²⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 54.

²⁷ Em outro momento já nos manifestamos: “Analisando historicamente, os programas de *compliance* somente surgiram em função do abandono da antiga ideia de que a única responsabilidade das empresas era com o lucro e os interesses puramente econômicos dos *shareholders*. Esta perspectiva, absoluta durante a década de 1970, tinha como grande defensor o economista liberal estadunidense Milton Friedman e só foi abandonada em decorrência do contexto de seguidas crises [...] que exigiu [...] regulamentação na Europa e nos Estados Unidos em função da nova preocupação dos cidadãos, então prejudicados com tais crises. Se a atividade empresarial demonstrava que poderia gerar consequências econômicas para outros além de seus investidores, proprietários e administradores, era compreensível a aclamação por responsabilidades legais das empresas em relação a outros agentes que não só os *shareholders*, assim surgindo a ideia de *stakeholder* e o compromisso da empresa com eles, inclusive por vias legais”. Complementando a distinção: “Os *stakeholders* são os consumidores, investidores, fornecedores, mídia, ONGs, comunidade, meio ambiente, governos, concorrentes, proprietários, empregados e sindicatos, ou seja, todos que de algum modo se relacionam com as empresas. É um conceito muito mais amplo que o de *shareholders*, que se preocupa mais com lucros e dividendos, se restringindo aos investidores e proprietários das empresas. A mudança de paradigma de responsabilidade das empresas, passando dos *shareholders* para todos os *stakeholders* é um dos principais marcos no fomento das relações entre empresas e Estados e, principalmente, do surgimento dos chamados programas de *Compliance*”. Ambas as passagens em: ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por

Para cumprir com suas demandas, a Governança Corporativa tem como postura essencial o valor da integridade ética permeando as relações internas e externas das empresas que adotam seu padrão. Em geral, para os entusiastas da Governança Corporativa, o discurso acerca do que se entende como integridade ética aponta na direção do senso de justiça no atendimento das expectativas e das demandas dos *stakeholders*; a precisão na prestação de contas, pois é ela que gera a confiabilidade na gestão (tutela contra a assimetria de informações); a conformidade com as instituições legais e marcos regulatórios dentro dos quais se exercerão as atividades das empresas (*compliance*); “e a transparência, dentro dos limites em que a exposição dos objetivos estratégicos, dos projetos de alto impacto, das políticas e das operações das companhias não sejam conflitantes com a salvaguarda de seus interesses.”²⁸ Vê-se aí claramente a procedimentalização da *gestão* do conflito de interesses distintos dentro da empresa. A partir dessa concepção, quatro são os princípios essenciais da governança corporativa: (1) *fairness*, (2) *accountability*, (3) *disclosure* e (4) *compliance*.²⁹

Dentre os princípios essenciais da governança, aqui interessa especialmente (4) *compliance*. Este é compreendido por Rossetti e Andrade como a “conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país.”³⁰ Assim, integrado aos demais pilares da Governança Corporativa, *compliance* é ferramenta de (auto) regulação interna das empresas, direcionado a atingir aqueles padrões de integridade ética da Governança.

Uma possível definição, de acordo com Coimbra e Manzi, seria: “*Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.”³¹ O termo vem do inglês, derivado do verbo “*to comply*”, que significa cumprir, executar, obedecer, satisfazer o que foi imposto etc.

Giovani Saavedra demonstra preocupação com a definição do termo “*compliance*” para o direito brasileiro e tenta elaborar conceituação própria.³² Para isso, também tendo como referência a tradução do termo, parte da ideia de que *compliance* seria um conceito relacional: a relação entre um “estado de conformidade” e uma “orientação de comportamento”.³³ Passa então a definir o que seriam (a) “estado de conformidade” e (b) “orientação de comportamento”.

meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. In: SANTOS, Alfredo José dos; HENTZ, Luiz Antônio Soares (org.). **Direito, Empresa e Mercado de Capitais**. Franca (SP): Legis Summa, 2014.

²⁸ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa**. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.142.

²⁹ Ibid. pp. 140 e 389.

³⁰ Ibid. p. 141.

³¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p.2.

³² SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

³³ Ibid. p. 710.

Para Saavedra, o (a) “estado de conformidade” é bastante útil para demonstrar como *compliance* se diferencia da ideia de conformidade que o próprio direito positivo exige, a ver:

... “estado de conformidade” adquire na área de *Compliance*, um completo e novo sentido: trata-se aqui de um estado “dinâmico” de conformidade, ou seja, o “estado de conformidade” significa aqui mais do que uma forma de estar no mundo, mas implica o “compromisso” com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização está buscando “garantir” que se mantenha em um estado de *Compliance*. Portanto, *Compliance* é a área do conhecimento que busca definir qual é esse conjunto complexo de medidas que permite, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje”, com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores de uma determinada organização com uma determinada “orientação de comportamento”.³⁴

Já a (b) “orientação de comportamento” seria essencial para apontar a natureza do *compliance* que se está discutindo uma vez que, se ela “é uma norma jurídica, está-se diante de *Compliance* jurídico, cuja designação varia conforme a área do direito, na qual a norma a ser seguida se insere”³⁵. Aqui passa a ter importância o que já se apontou sobre a relação entre *compliance* e governança corporativa. Isto porque, uma vez que pode se referir à adesão a padrões éticos de cultura corporativa interna ou à estruturação do estado de conformidade a partir de uma orientação de comportamento dada pelo Estado, então a orientação de comportamento pode ter relevância jurídica em razão de compromisso contratual assumido pela empresa ou por compromisso legal incentivado ou coacionado pelo Estado.

Diante do exposto, Giovanni Saavedra aponta o conceito de *compliance* da seguinte maneira:

... *Compliance* consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando “garantir”, que se mantenha em um estado de *Compliance*.³⁶

A análise do conceito é interessante na medida em que auxilia a explicar a relevância do instituto. O ponto em que *compliance* vem a se diferenciar é justamente no fato de que ele é instrumento de prevenção, pois tenta antecipar más condutas e criar mecanismos para evitar possíveis ações que venham a deixar a empresa em não conformidade (*non compliance*) sendo este o ponto em que ele se concretiza como novo instituto jurídico. Na esfera criminal, *criminal compliance*, em síntese, transfere a tutela penal *ex post* delito para promover tutela *ex ante*, sendo este o ponto em que se configura como novo instituto jurídico. É importante ressaltar que esta forma de

³⁴ Ibid. p. 711.

³⁵ Ibid. pp. 710-711.

³⁶ Ibid. p. 712.

tutela jurídico-penal é oposta àquela do direito penal tradicional e por isso necessita de leituras atuais para delimitar suas balizas.³⁷

O atual incentivo aos programas de *compliance* vem desde o início das últimas crises e escândalos no sistema financeiro, como, por exemplo, as quebras de *WorldCom*, *Enron*, *Parmalat* e *Flowtex*. Estas quebras pareciam evidenciar o erro do processo de desregulamentação total que pretendia afastar as bases econômicas keynesianas pós-Breton-Woods, razão pela qual ressurgiram exigências de regulamentação³⁸ dos mercados na Europa e nos Estados Unidos. Esta nova regulação, ao seu turno, não se refere a outra coisa, senão à tutela da informação sob o discurso da transparência, buscando a legitimação dos mercados e promovendo constante padronização regulatória nos moldes da regulação estadunidense.³⁹ Em síntese, assim como

³⁷ ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *InDret* Revista para el análisis del derecho. Barcelona, jan., 2012.

³⁸ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArs, 2013. p. 291 e ss.; sobre o surgimento do *Compliance*, afirmam Shecaira e Andrade: “Nos anos 30, em função da grave crise decorrente do *crack* da Bolsa de Nova York, nasce uma discussão sobre os modelos que seriam implantados pela política do *New Deal*. Na época, em face da grave crise do sistema ultraliberal americano, optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das atividades empresariais. Nos anos 90 do século passado, no entanto, surge um novo mecanismo compensatório das radicais políticas neoliberais praticadas pelas próprias empresas”. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *In*: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 02, mai., 2011. É neste contexto que *compliance* surge e, a cada nova crise de confiança na ética empresarial, a coação estatal visando sua adesão por parte das empresas reaparece.

³⁹ Adán Nieto Martín detalha o desenvolvimento histórico dos programas de compliance nos Estados Unidos da América e na Europa, confirmando a afirmação feita. A título de curiosidade: “A partir de la mitad de los años 40 algunas empresas, fabricantes de componentes eléctricos, se dotan de programas de cumplimiento para la prevención de conductas contrarias a la competencia. En esos años el Departamento de Justicia descubre un importante en este sector e exige a las empresas que se doten de programas de cumplimiento. El derecho de la competencia fue, por tanto, uno de los Orígenes de los programas de cumplimiento, de hecho a finales de los años 80 se consideraba aún el sector donde las estrategias de cumplimiento estaban más avanzadas. En Europa la generalización de programas de cumplimiento en este sector sólo ha tenido lugar muy recientemente impulsada por la Comisión Europea. Como consecuencia cada vez más empresas en nuestro país tienen un programa de cumplimiento en esta materia, aunque ni la Comisión Europea, ni la CNC le otorgan relevancia alguna a la hora de imponer multas o graduirlas (vid. *Infra Lecc. XI*). El mercado de valores está también en los Orígenes del cumplimiento normativo. Los primeros programas aparecieron en los años 30 del pasado siglo, cuando la recién nacida SEC exige a las empresas que establezcan controles internos (*self policing*), con el fin de evitar el abuso de información privilegiada. Ya en los años 50 gran parte de las agencias de valores y otros intermediarios financieros se dotaron de programas de cumplimiento. En esos años la SEC llegó a suspender la actividad a sociedades de inversión por no supervisar de manera correcta de sus *brokers*. Sin embargo, fue en los años 80, al hilo de graves escándalos en *Wall Street*, cuando la SEC exigió de manera generalizada a las agencias de bolsa que supervisen a sus empleados a través de medidas de organización como las murallas chinas. La *Insider Trading and Securities Enforcement Act* en 1988 consagra este tipo de medidas de cumplimiento específicas. En Europa a partir de la primera directiva sobre *insider trading* (1989) en todos los países de la EU empezian a popularizarse medidas de prevención como las murallas chinas o los códigos de conducta. Con los escándalos financiero del cambio del siglo (World Com, Enron, etc.), el cumplimiento normativo adquiere una orientación más punitiva, a través de la **Sarbanes Oxley Act**, en lo que concierne a las **empresas cotizadas**. El objetivo de la SOA es asegurar la fiabilidad y calidad de la información que ofrecen las empresas al mercado e asegurar una gestión más transparente. La SOA ha supuesto un cambio en la orientación general del cumplimiento, del cumplimiento voluntario se ha pasado a una suerte de cumplimiento por decreto (*mandatory compliance*). Las empresas cotizadas están obligadas a adoptar medidas de organización como

na própria atividade produtiva, a regulação normativa das empresas faria o mesmo caminho de inovação, produção em grande escala, padronização e exportação desde os Estados até a Europa e, por fim, aos países periféricos.

Dentro da tentativa de regulamentação e padronização do sistema financeiro internacional, aponta-se como marco o Comitê da Basileia. Composto por representantes dos bancos e inicialmente instituído em 1975, o Comitê produziu as Declarações de Basileia I, II e III em 1988, 2001 e 2010, respectivamente, com previsão de efetivação até 2019. De forma geral, as declarações apresentaram conjuntos de princípios sem obrigação legal que são destinados ao próprio setor financeiro internacional. Elas previram a criação e buscaram o aprimoramento de sistemas de controles internos, a fim de monitorar as atividades financeiras e formar uma cultura de controle dos riscos das operações realizadas pelas instituições.⁴⁰

Esta perspectiva de incentivo aos programas de *compliance* como alternativa para o controle interno do setor financeiro internacional gera o natural questionamento acerca da sua viabilidade para todos os países, uma vez que se tratam de culturas, economias e ordenamentos jurídicos diferentes. Defendendo a autorregulação dos bancos e a padronização regulatória internacional, afirma a Associação Brasileira de Bancos Internacionais que:

... Nos países em que os requerimentos regulatórios para 'Função de Compliance' são relativamente novos, estima-se que não serão necessárias décadas para alcançar o mesmo padrão dos demais países. E como forma de assegurar que compliance seja um pilar efetivo da Governança Corporativa, este estudo aponta que 84% dos responsáveis pela função, nos países analisados se reportam diretamente ao Conselho de Administração ou comitê a este subordinado. Os demais 16% se reportam à Alta Administração (presidência), garantindo, assim, a independência da 'Função de Compliance'.⁴¹

singularmente un código ético (§ 406 SOA) y canales de denuncia anónimas (§301 y 806). La SOA confiere además poderes a la SEC para que vaya concretando las medidas de regulación que deben seguir las sociedades cotizadas. Esta regulación aunque es cada vez más precisa sigue obedeciendo a la técnica de la autorregulación. La SEC se centra más en los objetivos que deben cumplir las empresas que en exigirles medidas concretas y, además, a través del principio cumplir o explicar, da oportunidad a que las empresas adopten soluciones normativas distintas a las que ha propuesto. La SOA ha influido notablemente en las empresas cotizadas europeas, con independencia de si estas cotizaban en las bolsas norte-americanas, en cuyo caso están sujetas a esta normativa. Igualmente las autoridades del mercado de valores europeas han adoptado en los últimos años programas de buen gobierno dirigido a las empresas cotizadas inspiradas en las regulaciones de la SEC". NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁰ NOGUEIRA, Gabriela do Nascimento. **A aplicabilidade das regras prudenciais dentro das instituições financeiras para prevenção ao crime de lavagem de dinheiro**. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. p. 2.

⁴¹ **ABBI. Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoecompliance_09.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2012.

Do exposto, nota-se que, para os agentes regulados, defensores da manutenção do máximo de liberdade para a autorregulação e legitimação da confiança no mercado, o ponto principal é que a “Função de *Compliance*” esteja garantida por meio da independência do setor e da capacidade de implementar o mesmo padrão já existente em outros países. Algumas críticas iniciais aparecem. Não se pode depositar completa confiança em (1) uma “independência funcional” que em realidade é economicamente condicionada e (2) em uma internalização de padrões estrangeiros prontos sem reflexão acerca das particularidades nacionais.

Para os adeptos da cultura da gestão, por outro lado, a implementação é mesmo economicamente racional. Com efeito, na esfera empresarial, *compliance* é de fato compreendido como parte da implementação das “boas práticas” da Governança Corporativa.⁴² Para os entusiastas, “todos os princípios que orientam a governança corporativa (transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade) demandam a estruturação pela organização de um programa de *compliance*.”⁴³

Em termos práticos, *compliance* se manifesta nas diferentes corporações por meio de programas de *compliance*. Estes programas são compostos por determinados requisitos mínimos de planejamento e setores direcionados a tornar suas funções realidades concretas. Isto faria deles instrumento de regulação interna das empresas, por isso associados à própria governança corporativa: referem-se à *gestão* da estrutura de produção, implementando a cultura corporativa por meio de diversos mecanismos, em especial a estipulação de certos parâmetros éticos de conduta na esfera da atividade produtiva de interesse da empresa. Nota-se, enfim, que se trata de mais um *instrumento de gestão corporativa*.

Tal relação demonstra que *compliance* necessita do comprometimento de todos os funcionários de uma organização. Fica evidente que “*compliance* vai além das barreiras legais e regulamentares, incorporando princípios de integridade e conduta ética”⁴⁴, ou, em outros termos, de “ética negocial”. Neste caso, *compliance* seria entendido como um “mandamento ético”, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o próprio mercado.⁴⁵ Não esconde, pois, sua real identidade de instrumento de gestão e autorregulação da empresa.

Obviamente, se se está a falar de uma visão de *compliance* como autorregulação, a defesa de sua implementação precisaria estar relacionada a algum fator econômico. Ou seja, dentro da racionalidade corporativa do lucro e do espectro regulatório em que se insere, *compliance* precisaria se justificar economicamente dentro da empresa: não como contrário ao desenvolvimento econômico, mas sim para viabilizá-lo. Sua defesa passa a se justificar, nesta seara, pelo fato de ele ser apoiador

⁴² Mais sobre em: MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: Consolidação e perspectivas**. São Paulo. Editora Saint Paul, 2008; COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31; e ABBI. **Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2012.

⁴³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, p. 27.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

na obtenção do padrão de governança corporativa, mitigando riscos, incentivando a transparência, providenciando mais segurança e diminuindo custos das empresas a partir da prevenção de problemas⁴⁶. Tal como a própria boa Governança, ainda que altere os custos de transação da atividade empresarial, um programa de *compliance* bem gerenciado agregaria valor⁴⁷ à empresa. Sobre isso, afirmam Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz:

Os desafios da essência normativa, não necessariamente jurídica, dos programas de cumprimento peculiares à técnica de *Compliance* podem, em circunstâncias específicas, gerar custos intensos à manutenção da identidade da sociedade. Esta instabilidade, todavia, não deixa de ser acompanhada de envolvente retorno dos esforços na organização técnico-científica das relações econômicas, cuja crescente demanda por valor agregado fez sentir, no mercado, amplo processo de institucionalização dos negócios em corporações.⁴⁸

É de se notar que todo este discurso aparece justificado pela própria representação dos entes regulados. Especificamente sobre como *compliance* agregaria valor à gestão corporativa, já se manifestou a Associação Brasileira de Bancos Internacionais no sentido de que ele acrescentaria:

-Qualidade e velocidade das interpretações regulatórias e políticas e procedimentos de compliance relacionados.

-Aprimoramento do relacionamento com reguladores, incluindo bom retorno das revisões dos supervisores.

-Melhoria de relacionamento com os acionistas.

-Melhoria de relacionamento com os clientes.

-Decisões de negócio em compliance.

-Velocidade dos novos produtos em conformidade para o mercado.

-Disseminação de elevados padrões éticos/culturais de compliance pela organização.

⁴⁶ Em detalhes, ORSI, Omar G.; RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás (org.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

⁴⁷ Sobre a questão específica de *compliance*, valor e as consequências para as empresas a partir da interferência estatal, já nos manifestamos anteriormente de forma crítica: ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. Op. cit., nota 27.

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, p. 308, 2012.

O custo de *compliance* ainda estaria justificado pelos prejuízos que poderia evitar, tais como os danos à reputação e a incidência de processos administrativos e penais que poderiam existir caso não se estivesse em “conformidade”. Neste sentido, Coimbra e Manzi já afirmaram que:

... Para entender perda de reputação, parte-se do pressuposto de que esta se baseia na forma pela qual os clientes e acionistas vislumbram a organização. Esta avaliação fundamenta-se na identidade da organização, inclusive informações, visão e estratégia fornecidas por ela, assim como ações no decorrer do tempo; as percepções da organização por parte de outros públicos, como pesquisadores de opinião e terceiras partes com credibilidade; e o desempenho, como lucratividade e responsabilidade social.⁵⁰

Diante do exposto, é preciso ter em conta que as razões pelas quais *compliance* é incentivado por agentes do mercado até incluem a “moralização dos negócios”, mas desde que ela se justifique economicamente. Curiosamente, ainda que não comprovada a tese de ganho reputacional, este é argumento constante para justificar a implementação do instituto. Trata-se de caso que exemplifica de forma notável como o direito se amolda às variáveis econômicas e não só entra em atrito com elas⁵¹, inclusive acompanhando premissas não comprovadas.

De todo modo, é desta forma, que *compliance* tem se justificado dentro das corporações, por sua capacidade de agregar valor, diminuindo custos e evitando crises.⁵² A partir disso ele é entendido até mesmo como um investimento, devendo ter sua “rentabilidade” justificada dentro da empresa:

⁴⁹ ABBI. **Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoedecompliance_09.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2012. pp. 5-6.

⁵⁰ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, p. 2.

⁵¹ Partindo da mesma perspectiva de *compliance* interferindo diretamente no valor de uma empresa, afirmamos em outra oportunidade: “Tal fator inclusive corrobora para adentrar alguns questionamentos: vez que o aumento de valor é o mercado considerando importante a empresa ter um bom programa de *compliance*, então o Estado exigiu-lo, por vias legais, não seria [...] uma verdadeira tentativa de estipular um mínimo que uma empresa deve fazer para que o próprio mercado flua e se expanda sem maiores transtornos e crises? Em última instância, não estaria *compliance* protegendo, também, o mercado e a lealdade concorrencial? Apesar de a realidade desta problemática ser de difícil comprovação, o fato de *compliance* significar mais uma variável na aferição de valor de uma empresa ou ação leva à impressão de que a resposta para ambas as perguntas é afirmativa. Desta forma resta claro que as relações entre Empresa e Estado nem sempre são tão antitéticas quanto alguns entendem ser, significando, em verdade um duplo interesse de ambas as partes, incluindo a manutenção do sistema econômico vigente e a expansão do mercado por vias tidas como mais seguras. O problema maior vem quando se questiona como se dá na prática a manutenção do sistema e a expansão do mercado frente à liberdade negocial”. In: ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. Op. cit., nota 27, p. 155.

⁵² “Estudos referentes ao valor comercial do *compliance* comprovam que US\$1,00 gasto significa economia de US\$5,00, referentes a custos com processos legais, danos de reputação e perda de produtividade”. COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, p. 5.

A gestão de conformidade deve demonstrar como se dará a recuperação do investimento do programa de compliance, ou seja, qual o retorno financeiro de a organização estar em conformidade em seu modo de atuar, ou, no caso especificamente das empresas, no seu modo de fazer negócios. O preço de proteger a organização de multas impostas por órgãos reguladores e danos a sua reputação deve ser quantificado em qualquer avaliação de retornos do programa de compliance, do mesmo modo que despesas operacionais ou o custo de se assumir um determinado risco.⁵³

Contudo é importante que as empresas não caiam na armadilha de só pensar em *compliance* como um investimento que se escolhe ou não fazer e em qual medida. Isso porque seus objetivos não se resumem em dar lucro para a empresa a partir do ganho de reputação no mercado e a prevenção contra prejuízos oriundos de ações estatais.

Como os programas de *compliance* têm compromisso com os *stakeholders* e o mercado, eles virão a abarcar não apenas os interesses da empresa, mas também aqueles dos parceiros comerciais e os terceiros (sobretudo os consumidores), bem como interesses sociais – muitas vezes tutelados pelo Estado nas regulações – que podem vir a se confrontar. Para que o compromisso se mantenha, aparece a intervenção do Estado por meio da regulação.

O problema maior aparece quando esta intervenção termina por justamente criar entraves ao desenvolvimento econômico que privilegiam certos agentes do mercado, em especial aqueles que já estão habituados aos padrões regulatórios importados, como é o caso de *compliance* e empresas transnacionais dos países centrais, de regulação mais experimentada.⁵⁴

É justamente neste ponto que a regulação nacional precisaria demonstrar o maior grau de maturidade possível: (1) assumir a condicionante econômica envolvida na nova moralização dos negócios que se apresenta na forma de gestão visando a ética negocial e; (2) não somente importar padrões regulatórios estrangeiros ou impor um padrão regulatório excessivamente rígido para parâmetros nacionais. Não é à toa que se disse anteriormente que não se pode depositar completa confiança em (1) uma “independência funcional” que em realidade é economicamente condicionada e (2) em uma internalização de padrões estrangeiros prontos, sem reflexão acerca das particularidades nacionais. O que se defende aqui é que o adequado seria (1) a imposição de um mínimo por parte do Estado, ao invés de se entregar à inocência da crença na autorregulação por parte dos mercados; (2) analisar a viabilidade econômica e o padrão de cultura negocial nacional antes de implementar certo padrão regulatório muito rígido e; (3) buscar formas de fomentar a atividade econômica a partir da nova regulação, evitando os contextos de “aversão ao risco” que travam a atividade econômica e capacitando os regulados a fim de que atinjam os novos padrões de cultura negocial desejado.

A partir disso, tem-se que, diante das diversas esferas de proteção, das diferentes atividades e tipos empresariais e das distintas jurisdições em que incidem, os

⁵³ Ibid., p.102.

⁵⁴ ALENCAR, Matheus de. Op. Cit., nota 51, passim.

programas de *compliance* podem ser bastante diferentes quanto ao seu conteúdo, a depender da empresa. Quando se fala em requisitos mínimos de planejamento e setores direcionados para tornar concretas as funções de *compliance*, trata-se somente daquele mínimo a ser pedido pelo Estado, especificamente a estrutura mínima que um bom programa de conformidade demanda.

No que se refere a esta estrutura mínima, Adán Nieto Martín fala em nove (9) elementos comuns ou transversais à estrutura de um programa de *compliance*: (1) análise de riscos, (2) código ético ou de conduta, (3) controles, (4) formação e difusão, (5) mecanismos de detecção e sanção, (6) protocolos de reação, (7) institucionalização, (8) avaliação periódica e (9) documentação.⁵⁵

A (1) análise de riscos é um dos aspectos essenciais do programa de *compliance* e tem papel central em sede judicial para determinar a eficácia do programa. Sua finalidade é justamente a análise para detectar quais são os delitos mais prováveis de serem cometidos na esfera da atuação da empresa, bem como a forma e os espaços onde podem ser cometidos, os setores de atividade mais afetados e a eficácia das medidas de controle existentes.⁵⁶

Trata-se do primeiro passo a ser tomado antes da implementação de qualquer padrão de *compliance*. Inicialmente, cumpre salientar que realizar a análise de riscos exige analisar toda a cadeia produtiva e sua relação com dinheiro, ou seja, tudo que entra e que sai em matéria de bens e valores. Feito o recorte da cadeia produtiva, analisando processos de aquisição e venda e contratação em geral, o mapeamento de riscos irá trabalhar com noções de estatística e com o retrato histórico da atividade produtiva em questão. Isso quer dizer, em síntese, que a partir do histórico da atividade produtiva (da empresa em específico e do seu setor de produção em geral) serão eleitos os riscos a controlar, enquanto a análise estatística irá apontar a probabilidade de que um risco se concretize no resultado indesejado.

Após apurar a probabilidade de um risco, importa perceber sua gravidade, calculada pela capacidade de produção de danos e pela provável reação dos órgãos de controle em caso de descoberta. Mais uma vez, a análise estatística será importante, pois ela colocará as três variáveis de cada risco (probabilidade que aconteça, probabilidades de extensão de danos, provável prejuízo após a reação do órgão de controle) dentro de construções matemáticas que permitirão classificar o risco como mais grave, de gravidade mediana e pouco grave, sendo o risco mais grave aquele que combina maiores probabilidade de ocorrer, possibilidades de gerar danos extensos e prejuízos esperados na forma de sanção por parte dos órgãos de controle.

A análise de risco requer sempre atenção quanto às formas como o dinheiro “entra” e “sai” da empresa, além dos riscos próprios à área de atuação e a composição do quadro de funcionários. Uma correta análise de risco pode até mesmo significar,

⁵⁵ NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 129-131.

⁵⁶ Ibid. p. 129.

no limite, a isenção da responsabilidade da empresa, mesmo que ela não tenha implementado um determinado controle, uma vez que é capaz de diagnosticar que o comportamento era imprevisível e não haveria razão político-criminal em punir uma falta de controle se ele não era exigível dentro de uma análise concreta de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Em resumo, o risco que se criou ao não se implementar o controle concreto seria valorado como permitido porque era imprevisível que ele se materializasse no delito.

A análise de riscos ainda tem relação com a aplicação da *business judgement rule* no processo de tomada de decisão acerca da implementação ou não de determinado controle ou mesmo do programa de *compliance* como um todo.⁵⁷ Isso porque a tomada de decisão levará em conta os custos de implementação do programa em face do que se pretende prevenir. Essa análise não raramente será mediatizada pelas previsões da *business judgement rule* em uma aplicação mediatizada do princípio da proporcionalidade e da ponderação entre o dever de evitar delitos e a promoção do desenvolvimento econômico e social nacional.

O (2) código de ética ou de conduta é definido por Coimbra e Manzi como um “documento com duplo sentido, de um lado declaratório, com o objetivo de divulgar os valores e princípios da organização e legitimar a sua atividade, e de outro lado vinculativo, com o objetivo de regular de forma obrigatória a conduta da organização e das pessoas que fazem parte desta.”⁵⁸ Assim, ele “será norteador da conduta da empresa e de seus funcionários, além de toda a linha de atuação e proteção do programa de *compliance*.”⁵⁹ Uma vez que se trata de um código de conduta, poderá vir a determinar limitações de atuação e deveres dos funcionários. Estes, por sua vez, podem ter repercussões de ordem penal.

Os (3) controles são as medidas internas que asseguram razoavelmente que as normas de conduta são cumpridas. Eles são muito variados e dependem do delito que se queira prevenir. Referem-se, em essência, a medidas que evitam as condições incentivadoras do cometimento de algum delito. Para os casos com análise mais depurada neste trabalho, cita-se como exemplos as práticas de “conheça seu cliente”, “conheça seu funcionário”, “conheça seus parceiros comerciais”, a seleção de pessoal, o controle de pagamentos e suas formas, os procedimentos de *due diligence*, as medidas de segurança para evitar acidentes ambientais, a rotatividade periódica dos funcionários que lidam com agentes públicos etc.

A (4) formação e difusão de cultura se referem aos treinamentos e incentivos dos empregados. Trata-se da “necessidade de fazer com que todos os funcionários entendam como funciona e qual a importância do programa de *compliance* para a empresa.”⁶⁰ A disseminação da cultura de ética empresarial não é tarefa fácil.⁶¹ Ela vai

⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán. La institucionalización del sistema de cumplimiento. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 189.

⁵⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, p. 84.

⁵⁹ ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. Op. cit., nota 27, p. 149.

⁶⁰ *Ibid.* p. 150.

⁶¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. Op. cit., nota 58, p. 86.

além de tornar acessíveis as políticas de *compliance*. Por isso, os treinamentos para funcionários são considerados essenciais, de modo que os empregados saibam bem se relacionar com o setor de *compliance* da corporação e cumprir com todo o previsto no programa, através do seu código de ética e conduta, nas ações cotidianas.⁶² Ademais, a formação também deve ser entendida como *comunicação*, pois visa permitir aos trabalhadores que comuniquem seus problemas com relação ao programa, ao cumprimento das disposições e às dificuldades que encontram.⁶³ Cabe a ressalva de que estes treinamentos devem ser feitos como parte do trabalho remunerado do funcionário, sendo por isso obrigatórios e contando com a devida documentação⁶⁴ de que o treinamento foi feito⁶⁵, nos moldes do que a (9) documentação exige.

Os (5) mecanismos de detecção e sanção das condutas indesejadas se referem ao controle disciplinar interno nas empresas, condicionado pelos limites do direito trabalhista. Eles se dividem em (a) ouvidoria ou sistema de denúncias, (b) sistema de investigações e (c) sistema de sanções disciplinares.⁶⁶

A (a) ouvidoria ou sistema de denúncias existe para garantir que os desvios de conduta observados no interior da empresa possam ser levados ao conhecimento dos responsáveis por investigar estas condutas na esfera empresarial. O (b) sistema de investigações irá cuidar justamente dos procedimentos de investigação interna para apurar se houve uma infração e como ela ocorreu. Poderá servir, inclusive, para apurar os erros do programa de *compliance*, de modo a promover sua reestruturação.

Ambos têm ainda a função indireta de proteção dos colaboradores da empresa, em especial os empregados, que podem denunciar condutas indesejadas e receber a devida proteção por parte do sistema de investigação. Trata-se de importante setor, pois será responsável por demonstrar a capacidade de uma empresa em identificar as condutas em não conformidade para depois processá-las e sancioná-las internamente, usar para aprimorar o próprio programa de *compliance*, ou promover a justiça colaborativa com o poder público. Por fim, durante o treinamento é necessário enfatizar o uso correto do canal de denúncias, que não pode se tornar canal de calúnias, denuncismos e perseguições.⁶⁷

A ouvidoria normalmente se apresenta para os colaboradores na forma de um canal interno, via e-mail, ou, de preferência, canais de comunicação anônimos para evitar o medo de retaliações, sendo esses canais conhecidos como *hotlines*.⁶⁸ Cabe ressaltar que é aconselhável que a ouvidoria e o sistema de investigações sejam contratados, ou seja, compostos por membros externos à empresa para evitar vinculações

⁶² ALENCAR, Matheus de. Op. cit., nota 59, p. 150.

⁶³ NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. Op. Cit., nota 55, p. 130.

⁶⁴ Arquivar a documentação é importante pois serve de meio de prova de que o programa de *compliance* foi implementado, dando garantias à empresa de que sua existência será considerada pelas autoridades públicas.

⁶⁵ Mais em: COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, pp. 86-92.

⁶⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit, nota 63, p. 130.

⁶⁷ ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. Op. cit., nota 27, p. 150.

⁶⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 31, p. 91.

que possam gerar conflitos de interesses no âmbito das investigações a serem feitas a partir das denúncias. Garante-se assim maior isenção em uma área estratégica para o bom funcionamento de *compliance*, além de gerar mais segurança para os empregados no momento de uma denúncia. Esse conselho, contudo, adapta-se às possibilidades concretas de investimento das corporações, dado que a ideia de *compliance* é justamente deixar alguma margem de autorregulação, em especial pela adequação de custos.

A seguir, (c) o sistema de sanções também é essencial, pois ele será o que garantirá a coercitividade do conteúdo imposto pelo programa de *compliance* dentro da empresa. De nada adianta a mera exposição de condutas consideradas impróprias pela própria empresa se o descumprimento delas não gerar nenhuma consequência internamente. Uma vez que o sistema irá tratar de sancionar administrativamente funcionários, o sistema de sanções, que está ligado às investigações, precisa manter em constante observância o Direito do Trabalho e as garantias constitucionais inerentes a todos os cidadãos, visto que as punições internas por desvios precisam estar de acordo com a legislação trabalhista e a Constituição da República, limite máximo de todo o ordenamento jurídico. Deste modo, as investigações e punições não podem ser exageradas ou contrárias à lei.⁶⁹

Os (6) protocolos de reação se referem à preparação e padronização de reação da empresa assim que uma infração é averiguada. Isso se refere especificamente às disposições acerca do grau de colaboração com as autoridades que estejam investigando, incluindo a possibilidade e o momento de autodenúncia, a reparação dos danos, as medidas tomadas contra os responsáveis etc. Trata-se, em síntese, de uma fixação prévia de como a empresa deverá atuar nessas situações. Conforme leciona Adán Nieto Martín, as determinações dos protocolos de reação servem para otimizar o exercício do direito de defesa pela empresa, mas também guardam o potencial de evitar que os dirigentes da entidade abusem de seus direitos dentro da corporação e direcionem as “autodenúncias” com a finalidade de direcionar a responsabilização para os bodes expiatórios ou às partes mais frágeis da organização.⁷⁰

A (7) institucionalização, ao seu turno, tem duas vertentes: (a) por um lado, trata-se de determinar quem é o responsável por controlar cada risco penal dentro do sistema de delegações; (b) por outro, refere-se ao ato de determinar quem irá supervisionar e coordenar cada área do programa de *compliance*, promover sua constante atualização e gerir os demais elementos necessários aqui enumerados, ou seja, a designação do *chief compliance officer* e dos demais *compliance officers*. Nesta esfera, será especialmente importante o estabelecimento dos fluxos e protocolos de comunicação que permitam aos responsáveis pelo programa de *compliance* conhecer os novos problemas de *compliance/non compliance* e os defeitos dos controles existentes.⁷¹

⁶⁹ ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. Op. cit., nota 27, p. 150.

⁷⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. Op. Cit., nota 55, p. 130.

⁷¹ Ibid. pp. 130-131.

A (8) avaliação periódica do programa de *compliance* é importante para garantir que ele esteja sempre atualizado e efetivo. Sugere-se que ela aconteça periodicamente (a cada semestre ou ano) independentemente de qualquer infração, além de necessariamente ter que ocorrer a cada deficiência apurada.⁷² Sugere-se, ainda, que ela seja cumulada com auditoria interna e externa.

Por fim, quanto à (9) documentação, tudo que for feito na esfera da autorregulação da empresa exige documentação. A documentação é importante não só para aprimorar a implementação dos demais elementos necessários, como também é importante no exercício de defesa da corporação.⁷³ Isso se daria tanto na demonstração da documentação relativa à apuração de alguma irregularidade, quanto na comprovação de que o devido controle foi exercido, o programa de *compliance* implementado e o treinamento dos funcionários realizado.

Importante ter em conta que os nove (9) elementos comuns ou transversais são somente a sugestão de uma estrutura mínima. O tamanho e investimento na estrutura depende igualmente do tamanho e capacidade de investimento de cada empresa que deseje implementar um programa de *compliance*. Além disso, a área de atuação no mercado é igualmente essencial para definir os contornos e necessidades de um programa de *compliance* concreto.

A seguir, as funções declaradas dos programas de *compliance* seriam várias, desde atender regras complementares de direito trabalhista e regras nas relações de consumo até a proteção universal dos direitos humanos. Sua relevância para o direito penal apareceria a partir de uma de suas funções: a prevenção de uma grande quantidade de delitos empresariais. Assim é dito que as finalidades de um programa de *compliance* “cuidam primordialmente do *impedimento dos delitos*, especialmente corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, delitos de concorrência (na maioria dos casos os cartéis), delitos contábeis, sonegação de impostos, *insider trading*, delitos ambientais e traição aos segredos negociais”.⁷⁴ Essa função de *compliance* de prevenir delitos passa, enfim, a ser chamada de *criminal compliance* ou *compliance criminal*.

1.3 *Criminal compliance* e as diferentes formas de regulação

Os programas de *criminal compliance*, com o objetivo de prevenir delitos, adotam procedimentos específicos, particulares em razão do objeto a que se referem: o crime de empresa. Em conformidade com seu objetivo de prevenção, estes programas adotam medidas como:

⁷² Ibid. p.131.

⁷³ Ibid. p. 131.

⁷⁴ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 38, p. 295.

... exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos ('fichas sujas'); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas aéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado.⁷⁵

Para se ter uma ideia de seu funcionamento, Eduardo Saad-Diniz lembra que são seis as etapas para a consolidação de um programa de *compliance* em matéria de direito penal econômico:

(1) comunicação de finalidades e valores da organização relativamente à procedimentalização e gestão de riscos; (2) determinação das esferas de responsabilidade dos dirigentes e da seção de *compliance*; (3) sistema de informações e *disclosure* (...); (4) mecanismos de controle interno e externo; (5) medidas sancionatórias frente aos abusos; (6) estruturas de incentivo (...) para o cumprimento de deveres (tradução nossa)⁷⁶

De forma a garantir a efetividade das medidas preventivas dos programas de *criminal compliance*, é especialmente significativa a cooperação entre o sistema de regulação interno da empresa e o sistema estatal de prevenção à criminalidade econômica.⁷⁷ Neste modelo de cooperação, o Estado legisla no sentido de requerer a implementação de *compliance* por parte das empresas em um sistema de correção que busca a cooperação entre os setores público e privado para melhor prevenir a criminalidade na esfera das corporações.

Esta relação entre a regulação interna das empresas e o sistema estatal de prevenção à criminalidade demonstra que há mesclas de *criminal compliance* nas duas esferas: estatal e privada. A partir disso, será possível observar medidas de *criminal compliance* por parte de Estado e empresas, variando elas de acordo com a perspectiva de quem é o "formulador" da regulação de *compliance*.

⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, mai., 2011. p. 02.

⁷⁶ O texto em língua estrangeira é: "(1) comunicación de finalidades y valores de la organización relativamente a la procedimentalización y gestión de riesgos; (2) determinación de las esferas de responsabilidad de los dirigentes y de la sección de *compliance*; (3) sistema de informaciones y *disclosure* (*Hinweisgebersystem*); (4) mecanismos de control interno y externo; (5) medidas sancionatorias frente a los abusos; (6) estructuras de incentivo (*Anreizstrukturen*) para el cumplimiento del deber". SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *Criminal Compliance*. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 426, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014.

⁷⁷ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit, nota 38, p. 299.

Desde a interpretação de Ulrich Sieber⁷⁸, três são as formas *básicas*⁷⁹ de regulação da perspectiva dos “formuladores” e dos “redatores” dos programas de *compliance*: (1) a autorregulação empresarial, (2) a pura regulação estatal e (3) a correção público-privada (também chamada *autorregulação regulada*).

A (1) autorregulação empresarial parte das próprias empresas e se volta ao funcionamento da própria atividade, concedendo grande espaço de liberdade às organizações empresárias. Trata-se, em resumo, da implementação dos modelos de gestão que se tem discutido neste trabalho. Adán Nieto Martín a chama de “*autorregulação voluntária*”, em que “não há intervenção pública alguma destinada nem sequer a fomentar ou estimular a autorregulação.”⁸⁰

A (2) pura regulação estatal, no extremo oposto, tem todas as decisões determinantes já fixadas pelo Estado em ato normativo. Ela se refere, em síntese, à padronização regulatória, à “estabilização das regras do jogo”. Poderá trazer como efeito indesejado o excesso de ingerência que atrapalha a atividade econômica ou mesmo a criação de regulação que não é cumprida, porque onera excessivamente as empresas ou porque o próprio Estado não consegue fiscalizar de forma suficiente.

Já (3) a correção se caracteriza pela criação de preceitos estatais, estruturas de incentivo ou obrigação à autorregulação, inclusive vinculando a adoção de medidas de autorregulação à responsabilidade empresarial. Trata-se, em resumo, dos modelos de metarregulação, em que as normas se referenciam à forma como as normas de comportamento devem estar dispostas, e não aos comportamentos em si. Nos casos de *compliance*, o Estado coloca as metanormas e as empresas se tornam responsáveis por colocar as normas de comportamento por meio da autorregulação. A forma se torna determinante quanto às consequências em casos de delitos dentro da empresa, sendo que este é um modelo que permite maior liberdade de regulação, variando de maiores níveis de controle a maiores níveis de liberdade dos agentes econômicos na autorregulação.

Adán Nieto divide a correção público-privada em (a) “*autorregulação regulada*” e (b) “*autorregulação coacionada*”. A (a) “*autorregulação regulada*” seria o modelo em que o Estado estabelece o marco geral da autorregulação, ou seja, dispõe “metanormas que regulam como devem estabelecer as normas das empresas e quais devem ser seus princípios básicos”.⁸¹ A (b) “*autorregulação coacionada*”, ao seu turno, seria o modelo em que o Estado obriga a autorregulação por meio da previsão de sanções em caso de não adoção do padrão.⁸²

Giovani Saavedra ainda vem a contribuir com a discussão lembrando que *compliance* “lida com fenômenos diversos de autorregulação, desde a autorregulação

⁷⁸ Ibid. pp. 299 e ss.

⁷⁹ A ênfase ao termo “básicas” se justifica pelo fato de que não se pretende aqui esgotar todas as formas de regulação que variam da estatal pura à autorregulação privada. Somente se pretende apresentar as três formas básicas de regulação de modo didático, sem pretensões de categorizações definitivas.

⁸⁰ NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 36.

⁸¹ Ibid. p. 36.

⁸² Ibid. p. 36.

tradicional à chamada ‘autorregulação regulada’. Esta, ao seu turno, trata-se de um conjunto de normas de comportamento que, para o Autor, “não tem natureza jurídica, mas que passam a ter ‘relevância jurídica’ ou por força de contrato (através das conhecidas ‘cláusulas contratuais de *Compliance*’), ou por força de lei”.⁸³

Nos ordenamentos jurídicos modernos que preveem esta forma de correção há exigências, (1) em relação às empresas, para que elas se regulamentem de modo a prevenir internamente os atos indesejados (por meio dos programas de *compliance*), em alguns atos exigindo-se o *fornecimento de certas informações* aos agentes reguladores (em processos penais ou na regulação administrativa da atividade); enquanto, (2) por parte do Estado, além de (a) receber e processar as informações para buscar evitar crimes ou promover as ações penais, ele terá que (b) conceder vantagens (diminuir sanções) às empresas que cumpram os procedimentos e ainda assim sejam surpreendidas com a ocorrência de infrações no seu interior, principalmente quando houver a autodenunciação, além de, no extremo oposto, (c) sancionar as empresas que não cumpram os procedimentos da lei, em sistema chamado “*carrot and stick*”⁸⁴.

É especificamente neste modelo de regulação que os programas de *compliance* teriam, enfim, papel central na construção e afastamento das responsabilidades de empresa. Isto porque, na forma do já exposto aqui, eles teriam se tornado os próprios instrumentos de organização da empresa para evitação dos delitos e da sua responsabilização. A relevância é ainda maior nos modelos em que a responsabilidade empresarial é “própria”, a “autorresponsabilidade”, na qual a empresa é considerada responsável por fato próprio, sua própria “desorganização” que permitiu o delito.

Trata-se, enfim, do uso do Estado para incentivar ou coagir empresas visando obter determinado padrão de gestão. Apesar de isso parecer óbvio, não raramente se tem esquecido que *compliance* é instituto originário do direito de empresas, pilar da governança corporativa e instrumento de gestão. Por *compliance* ser o que aqui se enumera, ele se refere especificamente a determinada forma de conduzir a atividade produtiva, a atividade de empresário. Ter isso em conta é algo extremamente importante para compreender a realidade do instituto e o que é possível propor na sua internalização operacional e jurídica, em conformidade com a realidade econômica, social, política e jurídica do Brasil.

Note-se, por fim, que ante todo o acima exposto, é possível concluir que a pretensão de *compliance* é utilizar a gestão da empresa para balancear o incentivo criminoso que a própria atividade econômica cria. Compreender o contexto de gestão, portanto, é essencial para conseguir apontar se *compliance* atinge os fins a que se destina na realidade concreta.

⁸³ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. Op. cit., nota 32, pp. 711-712.

⁸⁴ “A cenoura e o porrete”. Basicamente se refere ao modelo que premia aquele que cumpre com o desejado pelo Estado e pune aquele que adota procedimento diferente. LAUFER, William S. *Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance*. In: **Vanderbilt Law Review**, vol.:52, 1999. p. 1382.

1.4 Críticas ao gerencialismo nas empresas, *compliance* e proposições iniciais

A inserção de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro aparece no momento em que o modelo econômico vigente vem caracterizado pelo que se convencionou chamar “capitalismo financeiro” ou mesmo “videofinanceiro”.

Esta nova face do capitalismo se caracteriza pela presença de grandes investidores institucionais que movem seus investimentos de um lugar a outro com grande rapidez, buscando o benefício de curto prazo. Tais investimentos, por sua vez, colocam-se como centrais para o financiamento da atividade econômica, em especial no Brasil onde o baixo nível de poupança interna faz com que os investimentos estrangeiros sejam necessários para financiar a atividade produtiva nacional.⁸⁵

Soma-se a isso o fato de que, com o avanço das tecnologias de telecomunicações e informáticas, houve a instituição da “ditadura do tempo real” no manejo daqueles investimentos. O resultado observado é que as empresas são tencionadas a implementar uma direção estratégica, centrada exclusivamente na obtenção de benefícios de curto prazo para fornecer o retorno esperado, deixando nas mãos de diretores e executivos “como” estes benefícios são obtidos. Daí a crítica de que a economia deixa de estar a serviço do desenvolvimento da sociedade, mas, ao contrário, coloca a sociedade para trabalhar no único interesse de sua manutenção.⁸⁶ Importante notar que, na esfera da criminologia, conforme Adán Nieto Martín, este contexto viria mesmo a ser entendido como fator que incentiva o cometimento de delitos por tais empresas e/ou seus gestores.⁸⁷

Na esfera do mundo do trabalho, esta busca pelo eficientismo econômico condicionando todos os esforços da sociedade na busca por investimentos e na organização da atividade produtiva se apresenta na forma do chamado *gerencialismo*. O gerencialismo aparece, inicialmente, na esfera da organização da divisão do trabalho dentro das empresas, buscando eficiência econômica. Desde o século XX e a padronização e massificação da produção a partir do fordismo e do taylorismo, há muito já se critica a degradação das condições de trabalho. Desde as concepções fordistas e tayloristas, foram formuladas algumas considerações gerais de que a padronização levaria à especialização e conseqüentemente à melhoria tanto da capacidade produtiva quanto das condições de trabalho. Estas considerações foram duramente criticadas, em especial, por Harry Braverman⁸⁸, para quem os efeitos dos novos modelos de gerência do trabalho gerariam, por conseqüência, uma nova distribuição da popula-

⁸⁵ CARNEIRO, Ricardo. **Impasses do desenvolvimento brasileiro**: a questão produtiva. Texto para Discussão. IE/UNICAMP, Campinas, n. 153, nov. 2008.

⁸⁶ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. pp. 44-49.

⁸⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 52.

⁸⁸ BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: a degradação do trabalho no Século XX. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

ção trabalhadora. O aspecto mais marcante dessa nova distribuição seria a dissociação entre o trabalho de gestão, de trabalhos burocráticos, e os trabalhos manuais, historicamente mantidos, reconhecidos e relacionados à produção.

O efeito em questão seria notado no deslocamento e fracionamento do trabalho. O foco principal de Braverman se dá sobre como os novos trabalhadores, tanto na esfera do trabalho físico, quanto do trabalho mental, não conhecem mais a extensão do processo produtivo; e isso ocorre no exato e mesmo momento em que suas condições de trabalho são deterioradas pela “racionalização” do trabalho (o que, em processo inverso e contraditório, assemelharia o trabalho mental ao trabalho manual).⁸⁹

O ora exposto se daria, de acordo com o Autor, por razões materiais: “a força de trabalho capaz de executar o processo pode ser comprada mais barata como elementos dissociados do que como capacidade integrada num só trabalhador”⁹⁰. Desta forma, a divisão do trabalho focada na especialização não serviria à melhoria das condições de trabalho, mas sim justamente ao contrário: aumenta a capacidade produtiva pela padronização, mas piora as condições de trabalho na medida em que afasta ainda mais o trabalhador do produto de seu trabalho e o remunera menos, aumentando o rendimento da mais-valia, uma vez que o trabalhador detém um conhecimento insuficiente para a produção da mercadoria. Em resumo, o gerenciamento serviria para o aumento da mais-valia relativa e da remuneração do capital, piorando as condições de e a remuneração sobre o trabalho.

A ciência, direcionada à gerência, retiraria do trabalhador sua concretude, instrumentalizando-o, tornando-o somente mais um elemento da produção.⁹¹ Na esfera social, tais condições se associariam à expansão da miséria em grande parte do planeta e à formação de um novo exército de reserva⁹². Desta forma, à medida que

... o número de trabalhadores se eleva e a oferta de empregos diminui, intensifica-se a concorrência entre eles, tornando-a tanto maior, mais inatural e mais violenta. Por outro lado, o capitalista beneficia-se dessa concorrência intratrabalho empregando os mais qualificados por menores salários e benefícios⁹³.

Importante notar que, em releitura atual da obra, Fabiane Santana Previtali e Cílon César Fagiani reafirmam sua relevância ao apontarem seu potencial de rendimento para a leitura das condições de trabalho no Brasil contemporâneo. Os Autores apontam que, mesmo após quarenta anos do lançamento da obra de Braverman, ela se mantém atual porque “não há evidências de alterações substanciais na lógica da produção capitalista, a qual permanece sob a vigência da lei do valor e, portanto, sob a premissa do controle do trabalho”, apesar das “teses que defendem o fim da

⁸⁹ Ibid. pp. 304 e ss.

⁹⁰ Ibid. p. 79.

⁹¹ Ibid. p. 150.

⁹² Ibid. pp. 319-341, passim.

⁹³ PREVITALI, Fabiane Santana; FAGIANI, Cílon César. Organização e controle do trabalho no capitalismo contemporâneo: a relevância de Braverman. In: **Caderno EBAPE.BR**, v. 12, nº 4, artigo 1, pp. 756-769. Rio de Janeiro, Out./Dez. 2014. p. 767.

extrema separação entre concepção e execução do trabalho e do próprio trabalho enquanto criador do valor” e das “mudanças nos modelos de gestão [...] e o desenvolvimento de novas formas organizacionais, como o toyotismo”⁹⁴.

Essa análise dos processos de trabalho na sociedade capitalista e o modo específico pelo qual eles são constituídos, por meio das relações de propriedade, apontam para a mudança na tradicional divisão do trabalho, em especial com a interação entre trabalho e gerência (ou gestão). Considerando que é justamente o agrupamento de pessoas e a influência do fator coletivo que incentiva o cometimento de crimes, conforme já afirmado anteriormente, entender essas mudanças na organização dos agrupamentos coletivos (mudanças nas empresas e na divisão de trabalho) é essencial para apontar possíveis pontos de incentivo ao cometimento de crimes. Considerando que, de igual modo, *compliance* é instrumento de gestão, a compreensão do novo contexto de organização do trabalho poderia apontar o potencial de rendimento da gestão para evitar crimes, ou seja, o potencial de eficiência de *compliance*.

Apesar do potencial de rendimento acima exposto, a leitura sociológica pouco ou nada foi aproveitada na esfera da discussão daquilo que se convencionou chamar “criminalidade de empresa”⁹⁵, ainda que possa ser bastante útil na leitura do fenômeno enquanto fenômeno social, além de fornecer substrato ontológico justificante da responsabilidade penal empresarial.

De modo a compreender a amplitude das consequências da organização atual do modelo de produção para as empresas e os indivíduos que as compõem, é interessante entender as consequências da degradação das condições do trabalho na esfera da gerência. Neste ponto, leituras de medicina social podem ser extremamente úteis na medida em que apontam justamente os reflexos dos modelos de gestão atuais nos trabalhadores. Contemporaneamente, poucos trabalhos sobre as grandes corporações, seu poder e os reflexos de sua organização nos indivíduos são tão didáticos (sem perder a profundidade) e multidisciplinares quanto o trabalho de Vincent de Gaulejac, “Gestão como doença social”⁹⁶. Neste trabalho, o Autor se dedica a expor a especial relação entre ideologia, gestão, capital e trabalho criticando a nova realidade da gestão do trabalho. O diálogo⁹⁷ entre esta leitura de medicina social e as leituras

⁹⁴ Ibid., p. 757.

⁹⁵ O uso do termo criminalidade não é irrefletido, como se fosse referência a processo natural de existência dos crimes. Como se nota, este trabalho leva em conta a realidade social e os processos de política criminal, pelo que é sabido que o *status* de crime é dado a um fato pela construção normativa tipicamente humana dos processos de criminalização de condutas. Por isso, quando se lança mão do termo “criminalidade”, isto é feito somente por fins de praticidade e didática. O termo “*de empresas*” é igualmente proposital e se refere a condutas ilícitas no contexto de uma *empresa lícita*, diferente de condutas ilícitas perpetradas contra a empresa (*criminalidade na empresa*) ou aquelas praticadas por uma empresa estruturada para fins ilícitos (*empresa ilícita*).

⁹⁶ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86.

⁹⁷ Vale ressaltar que há consciência sobre os limites dos diálogos propostos ao longo de todo o trabalho. Tentou-se, todavia, apresentar crítica propositiva acerca do objeto de estudo, razão pela qual se propôs os aludidos diálogos. Especificamente sobre o que se referenciou nesta nota, a aproximação de Gaulejac aos teóricos da pós-modernidade (por ele chamada hipermodernidade) termina por levá-lo a criticar a explosão das classes sociais e apontar a luta pelos lugares como a identificação contemporânea dos sujeitos concretos, em certos momentos deixando de questionar neste processo a progressiva “individualização e privatização” das questões públicas que têm ocasionado a supressão da esfera

sociais supracitadas pode ser bastante rico para fornecer chaves de compreensão do contexto em que *compliance* se insere.

O sociólogo francês se preocupa essencialmente com a relação entre saúde e condições de inserção no mercado trabalho. Ele busca apontar os reflexos da submissão ao modelo de gestão para a saúde física e mental dos empregados⁹⁸. Contudo, em seu caminho para atingir respostas concretas sobre a relação, passa por analisar as transformações econômicas das últimas décadas, apontar a crítica da centralização no individualismo e suas consequências danosas aos sujeitos, bem como os atuais mecanismos de dominação oriundos novo modelo de gestão próprio do capitalismo financeiro e suas legitimações ideológicas.⁹⁹

Dentre as discussões pelas quais Gaulejac transita, quatro (4) são importantes para este trabalho: (1) como os departamentos de Recursos Humanos orientam condutas e essa forma de “gestão do trabalho” é mesmo a cultura da empresa, orientada por sua governança; (2) como o capitalismo financeiro influencia e potencializa a força, legitimação e os riscos causados pelos modelos de gestão; (3) a relevância da ameaça econômica de perder o lugar para o fortalecimento do modelo ideológico de gestão e; (4) a tomada do espaço público pela ideologia gerencialista.

O primeiro ponto abordado se refere a (1) como os departamentos de Recursos Humanos orientam condutas e essa forma de “gestão do trabalho” é mesmo a cultura da empresa, orientada por sua governança. A gestão é apresentada como o conjunto de técnicas e saberes utilizados pelos setores de recursos humanos das grandes corporações com a finalidade de orientar condutas, criar valores, introduzi-los na realidade dos sujeitos e, com isso, estabelecer uma “cultura corporativa”. Esta, por sua vez, atualmente chega a tomar as feições da “*corporate governance*”. As regras de gestão terminam por direcionar até mesmo as ações dos administradores, os grandes gestores da contemporaneidade, algo que auxilia na transição do capitalismo indus-

pública, algo que ele mesmo critica em outro momento em seu livro. Posicionamentos tais, contudo, podem ser repensados justamente a partir do diálogo ora proposto, valendo mais avaliar seus méritos na minuciosa análise da gestão no contexto de empresa e como ela passa às demais esferas da sociedade como “domínio das mentes”, contaminando todo o possível com a ideologia de gestão. Ainda, ao contrário de alguns de seus contemporâneos, Gaulejac se esforça em demonstrar que, mesmo em contextos onde a mobilidade social é maior, ela ainda é quantitativa e principalmente qualitativamente influenciada pela posição de classe desde o nascimento. (GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, pp. 245-265). Desta forma, as aproximações são possíveis, pois ainda que limitadas, podem inserir a estratificação social como central na sociedade e permitem a aproximação à crítica da *exploração* dos trabalhadores *para além* da questão isolada das formas de *dominação*. Para este trabalho, importará especificamente a relação entre o modelo de gestão das grandes corporações e sua influência sobre os comportamentos dos sujeitos por se tratar do presente objeto de estudo. Apurando-se isso à luz da leitura social ora exposta, chegar-se-á ao que se pretende em termos de crítica e revisão de *compliance* na sua relação com o direito penal.

⁹⁸ Estes, ainda que interessantes, não são essenciais para o recorte proposto por este trabalho. O que se pretende apontar aqui, ainda que de forma não definitiva, é como os limites do sacrifício em nome da sobrevivência da empresa poderiam levar o empregado a se tornar o verdadeiro bode expiatório dos riscos e responsabilidades penais de um lado; e como a criação de modelo de cultura poderia ou não prevenir delitos e responsabilidades penais na medida em que se note a eficiência de cultura interna que não necessariamente se insere na lógica do lucro.

⁹⁹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, passim.

trial ao capitalismo patrimonial na era da globalização, uma vez que facilita as resoluções de conflitos entre proprietários e administradores (aqueles que dominam a gestão).¹⁰⁰ Estas considerações são importantes na medida em que *compliance* é verdadeiro pilar da *corporate governance* e se refere a, justamente, uma tentativa de aprimoramento da gestão.

Esta cultura corporativa contemporânea teria por função mobilizar as subjetividades para a busca, em si, de um modelo de indivíduo adequado às novas exigências da ordem econômica. Isso exigiria do sujeito características como autonomia, polivalência, criatividade e a capacidade de assumir responsabilidades e arcar com riscos. O paradigma da eficiência entra em ação: fazer tudo melhor e mais rápido.¹⁰¹ Isso dialoga com o acima exposto na leitura de Braverman¹⁰², acerca de como a gestão se torna “ideologia que legitima a mercantilização do ser humano, transformando-o em capital que convém tornar produtivo”¹⁰³. Tenta-se traduzir a experiência humana em cálculo por meio dos índices de qualidade, o que à luz do discurso da meritocracia tornaram o homem um fator econômico equivalente à matéria-prima e às ferramentas de produção.

As exigências citadas são aceitas porque se apresentam justificadas pela “guerra econômica” da alta competitividade do estágio atual do capitalismo. Esta exige das empresas empoderamento frente a outras instituições e os sacrifícios dos trabalhadores.¹⁰⁴ No limite, estas exigências podem ter repercussões indesejadas e a cultura da empresa de vencer a “guerra econômica” a qualquer custo pode chegar à “má cultura empresarial” do cometimento de crimes para manter a empresa.

Quanto ao fato de que o (2) capitalismo financeiro influencia e potencializa a força, legitimação e os riscos causados pelos modelos de gestão, Gaulejac parte da descrição do capitalismo financeiro. Desta forma, traz a já exposta leitura acerca de como o capitalismo financeiro se caracteriza pela presença de grandes investidores institucionais que movem seus investimentos de um lugar a outro com grande rapidez buscando o benefício de curto prazo. Some-se a isso também aquilo já exposto acerca do avanço das tecnologias de telecomunicações e informáticas instituindo uma espécie de “ditadura do tempo real”, a importância dos investimentos para o financiamento da atividade econômica e a questão da implementação de direção estratégica para a obtenção de benefícios de curto prazo para fornecer o retorno esperado pelos investidores.¹⁰⁵ O importante é ter em conta como este contexto pressiona os diretores e

¹⁰⁰ Ibid. p. 54.

¹⁰¹ Ibid., passim.

¹⁰² BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 88, passim.

¹⁰³ GAULEJAC, Vincent de. Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. Resenha de: MORAES, Maria Regina Cariello. Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. **Rev. bras. saúde ocup.**, São Paulo, v. 37, n. 126, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572012000200010&lng=en&nrm=iso>. Com acesso em 02 Mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000200010>.

¹⁰⁴ GAULEJAC, op. cit., nota 86, passim.

¹⁰⁵ Ibid., pp. 44-49.

executivos para obter tais benefícios e viria até mesmo a ser entendido como fator que incentiva o cometimento de delitos por empresas e/ou seus gestores.¹⁰⁶

No que se refere à (3) relevância da ameaça econômica de perder o lugar, Gaulejac inicia o raciocínio apontando que a exigência do “algo mais sempre” termina por evidenciar o instrumental de exploração na medida em que, enquanto as empresas lucram com os esforços de superação dos indivíduos, elas não apresentam contrapartidas quando eles “superam as expectativas”. “Os objetivos são revisados pelo alto no que se refere às contribuições pedidas e por baixo no que se refere às retribuições propostas”.¹⁰⁷

Quanto mais se extrai do trabalhador, mais se apura em termos de lucro e o esforço em fazê-lo se superar nada mais significa que o reforço da mais-valia. Tal concepção é por sua vez criticada não só pela carga que impõe sobre os sujeitos, inclusive com a violência da apropriação da força de trabalho e desumanização, mas também porque os indicadores escondem o quanto as metas são irrealistas e as regras empresariais arbitrarias. Critica-se, enfim, que tamanha liberdade do capital significa a desregulamentação do trabalho.¹⁰⁸

A qualidade é “conceito-chave” na “ciência gerencial”, tornada armadilha ao se ancorar no discurso da busca infinita por ela (visto que sempre se pode melhorar um pouco mais e a meta de cada um passa a ser o melhor de si e o melhor dentre os colegas, exigindo sempre mais do sujeito sem a contrapartida da empresa), atingindo o estágio em que se exige uma excelência que nunca é alcançável porque ela está sempre mais além.¹⁰⁹

A crítica de Gaulejac à qualidade é bem resumida por Maria Regina Moraes, que afirma: “A qualidade, enfim, aparece sempre como melhoria, como progresso e não como pressão. Entretanto, essa noção de qualidade é uma utopia de perfeição que remete a um paraíso perdido, a um mundo harmônico e sem contradições, no qual os conflitos são definitivamente superados”¹¹⁰.

Quando os objetivos não são cumpridos, por outro lado, as pressões múltiplas vão da demissão direta à demissão forçada. O medo que move os sujeitos a darem o máximo de si é o da ameaça de ser posto para fora do jogo na luta pelos lugares, fazendo com que eles aceitem riscos de alta monta.¹¹¹

A lógica do *up or out* se fortalece com a possibilidade de demissão e fácil reposição dos funcionários.¹¹² Esta facilidade de demissão e fácil reposição, por sua vez,

¹⁰⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 52.

¹⁰⁷ GAULEJAC, Vincent de. Op. cit., nota 105, p. 219.

¹⁰⁸ Ibid. pp. 60 ss.

¹⁰⁹ Ibid. pp. 85-110, passim.

¹¹⁰ GAULEJAC, Vincent de. Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. Resenha de: MORAES, Maria Regina Cariello. Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. **Rev. bras. saúde ocup.**, São Paulo, v. 37, n. 126, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572012000200010&lng=en&nrm=iso>. Com acesso em 02 Mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000200010>.

¹¹¹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, pp. 85-110, passim.

¹¹² Ibid. p. 221.

também apresenta relações com o modelo de gestão a partir do processo generalizado de precarização observado durante o fortalecimento do neoliberalismo e da globalização. Este tornou o risco de perda de emprego 20% maior entre o início dos anos 1980 e o fim dos anos 1990¹¹³. Esse risco, ainda, não é linear, pois atinge de forma mais dura os estratos inferiores da sociedade, ou seja, aqueles empregados da base da pirâmide hierárquica das corporações:

Em 2000, as taxas de mobilidade anual dos empregados e operários não qualificados foram de 24%, ou seja, o dobro das dos ricos e profissões intermediárias (12%). Mais de 60% dos empregados e mais de 70% dos operários não qualificados são recrutados com estatutos precários, contra 30% para as profissões intermediárias e 20% para os ricos. As mudanças são mais o fato da alta instabilidade no emprego do que de uma opção de vida.¹¹⁴

Do exposto é possível apurar algumas coisas. A primeira é que as mudanças de emprego não são, como sustentado por alguns discursos (em especial, o neoliberal), a escolha do modo de vida por parte do próprio trabalhador, na forma de uma experimentação de si mesmo. Pelo contrário, essas mudanças continuam condicionadas, em sua maioria, a estruturas sociais, que no capitalismo se movimentam de acordo com a lógica de mercado. A aludida possibilidade de escolha e experimentação continua restrita aos estratos sociais mais altos e o recorte de classe aponta para a falsidade do discurso, que somente se sustenta em parâmetros ideológicos.

Outro ponto apurado é que, neste contexto, as empresas que criaram os sistemas de gestão são as mesmas que se valem da situação de instabilidade no emprego criada para pressionar os indivíduos que trabalham para elas. Isso termina por incentivar a “doação de si” em nome da empresa. Como estas condições se dão especialmente sobre os funcionários das hierarquias e classes sociais mais baixas, eles estarão mais propensos ao sacrifício pela empresa para não perderem a luta pelo lugar. Aqui, mais uma vez, é interessante a proposição do diálogo com as leituras sociais expostas ao início, especificamente sobre a mão-de-obra excedente que transforma os indivíduos em figuras fungíveis, ao que Braverman descreve como o “Exército de Reserva” moderno¹¹⁵.

Ainda, a luta pelos lugares é naturalizada na lógica de que o melhor sempre vencerá. Este processo tem um enorme poder sobre os trabalhadores das empresas na medida em que se apresenta como justo e não arbitrário, uma vez que retiraria da organização a responsabilidade pelo lugar atribuído a cada um. Como os “melhores”

¹¹³ Ibid. p. 247.

¹¹⁴ Ibid. p. 247.

¹¹⁵ Vale a interação com Harry Braverman, na medida em que essa facilidade de demissão se vale do excesso de mão-de-obra disponível para a recolocação de um desempregado necessitado de trabalho no lugar daquele trabalhador fungível que foi posto para fora. Esse excesso de mão-de-obra, chamado Exército de Reserva, tem suas feições modernas descritas com precisão por Braverman (BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 88, pp. 319-341). Mais uma vez, trata-se de questão interessante que não convém ser exposta em razão do recorte do trabalho. O importante, neste momento, é somente ter em conta que existe esse excedente de mão-de-obra ociosa que pressiona os trabalhadores empregados porque torna a grande maioria fungível.

seriam os escolhidos, a culpa só poderia cair sobre o próprio sujeito.¹¹⁶ A imposição de metas e a técnica do “placar” termina por auxiliar no processo e com isso a lógica do mercado se impõe na gestão dos recursos humanos, invertendo a realidade entre sociedade e economia (quem serve a quem). A partir disso, afirma Gaulejac que:

A concorrência entre as pessoas leva a focalizar a atenção sobre os desempenhos de uns e de outros e a enfraquecer as críticas sobre os desempenhos do sistema de organização. Este se acha desobrigado de qualquer responsabilidade, assim como aqueles que garantem sua direção. O alto gerenciamento se beneficia de uma tela protetora. A concorrência não é percebida como um sistema de governo, mas como um modo de funcionamento normal, ligado à natureza das coisas. A ameaça de perder o posto é vivida como a sorte comum de todos os assalariados. A lógica *up or out* [subir ou sair] é considerada como normal. Ela impele cada um a se superar em favor do “sistema”, a fim de garantir sua perenidade. Percebemos o mercado dos malogros: a finalidade se torna a sobrevivência da empresa, para a qual cada assalariado pode ser levado a sacrificar a sua.¹¹⁷

A narrativa acima certamente rememora casos recentes de fraudes com alta repercussão em matéria de Direito Penal Econômico no mundo. A lógica da meta e do “*up or out*” já foi amplamente denunciada e duramente criticada como parte importante das causas do caso *Enron/Arthur Andersen*. Não é possível ignorar, portanto, a influência desta faceta do gerencialismo para a ocorrência dos crimes de empresa. Torna-se necessário fazer, como propõe Adán Nieto¹¹⁸, a análise criminológica das estruturas que incentivam a ocorrência destes crimes. Estes aportes sobre a centralização e a exigência sobre o indivíduo são essenciais para entender como a cultura incide sobre o comportamento de cada sujeito em concreto. Neste sentido, Maria Regina Moraes aponta com precisão que a perspectiva de Gaulejac supera aquele modelo descrito por Foucault acerca da empresa disciplinar, visto que Gaulejac demonstra como a empresa agora impõe o seu modelo de organização à sociedade, substituindo antigos padrões e exercendo o poder das forças produtivas não mais no corpo, mas sim na *psique*, por meio do “modelo gestor flexível que pretende seduzir o corpo e a alma, envolver a psique e orientá-la para a capitalização das empresas”¹¹⁹.

¹¹⁶ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, p. 220. Vale aqui referenciar também aquela crítica que Slavoj Žižek viria a fazer acerca da leitura social da “sociedade de risco”: “O lugar-comum ‘sociedade de risco’ – de acordo com o qual o indivíduo contemporâneo experimenta a si mesmo como algo completamente ‘desnaturalizado’, mesmo em relação às suas características mais naturais, desde identidade étnica à preferência sexual, como sendo escolhidas, historicamente contingentes, aprendidas – é, então, profundamente enganador. O que testemunhamos hoje é o processo oposto: uma re-naturalização sem precedentes. Todas as grandes ‘questões públicas’ são agora traduzidas em atitudes para uma regulação de idiossincrasias ‘naturais’ ou ‘pessoais’”. ŽIŽEK, Slavoj. *Contra os Direitos Humanos*. Tradução de Sávio Cavalcante. In: **Mediações**. v. 15, n.1, p. 11-29, Jan/Jun. Londrina, 2010. pp. 13-14.

¹¹⁷ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, p. 220.

¹¹⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. Op. Cit., nota 14, p. 52.

¹¹⁹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Tradução: Ivo Stormiolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. Resenha de: MORAES, Maria Regina Cariello. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. **Rev.**

A mesma crítica aparece em Braverman, ao apontar que certos “estilos” de gestão (administração) que aparentam introduzir alterações positivas na situação dos trabalhadores, na verdade

... representam um estilo de administração mais que uma autêntica alteração na situação do trabalhador. São caracterizadas por uma estudada pretensão de ‘participação’ do trabalhador, uma graciosa liberalidade ao permitir ao trabalhador um ajustamento da máquina, a troca de uma lâmpada, mudar de uma função fracionada a outra e ter a ilusão de tomar decisões ao escolher entre alternativas fixas e limitadas, projetadas pela administração, que deliberadamente deixa coisas insignificantes para escolha.¹²⁰

Esse novo modelo, contudo, não substitui, mas se mantém concorrente e até simbiótico ao modelo de dominação anterior. Com tantos influxos, é possível já evidenciar alguns elementos incentivadores que agravam o problema dos crimes de empresa e a relação com os trabalhadores individualmente considerados. Tais considerações mostram como a discussão em torno da cultura corporativa tem grande potencial de rendimento para compreender e buscar as alternativas para os fenômenos em estudo.

Por fim, também é pertinente a crítica sobre (4) a tomada do espaço público pela ideologia gerencialista. Gaulejac critica a tomada do espaço público pela gestão, manifestada pela substituição de discussões eminentemente políticas pelo “vírus da qualidade”, dos indicadores abstratos, da abstração do sujeito “consumidor” e dotado de “opinião”, sem grandes responsabilidades, senso de coletividade, ou identificação coletiva, bem como da influência da promoção da imagem. Para o Autor, o modelo de gestão que torna o indicador de qualidade anterior à própria disputa política em si, dos interesses e discursos, deveria ser substituído pela alegria de novamente compartilhar e doar em público, nos moldes do que se via na política clássica dos gregos, mas de forma ressignificada, conforme aquilo que a sociedade contemporânea permite, mesmo que isso signifique a apropriação da gestão.¹²¹

A questão em comento é essencialmente importante porque suas manifestações na esfera da política criminal poderiam ser percebidas. Jesús-María Silva Sánchez, ao criticar a expansão do Direito Penal, já apontava a relação entre esta e o gerencialismo.¹²² Para o Autor, o mesmo paradigma do eficientismo econômico se manifesta na política criminal em tempos de uma sociedade que se sente constantemente exposta a riscos. Isso significaria que, em matéria penal, deixa-se de discutir as ques-

bras. saúde ocup., São Paulo, v. 37, n. 126, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572012000200010&lng=en&nrm=iso>. Com acesso em 02 mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000200010>.

¹²⁰ BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 88, p. 43. Os modelos de gestão flexíveis se constituiriam, então, em ilusão de escolha entre alternativas previamente fixadas e limitadas.

¹²¹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: Op. cit., nota 86, pp. 301-304, passim.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. pp. 74 e ss.

tões de valores que sempre estiveram presentes no Direito Penal, como “justiça e verdade” para buscar o eficientismo puro e simples. Por esta razão, questões de forma e de conteúdo, na esfera do processo penal e da teoria do delito, passariam a ser entendidas como “sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas”¹²³.

Neste contexto, modelos de “justiça penal colaborativa” apareceriam como mecanismos de gestão eficiente de determinados problemas de natureza penal.¹²⁴ Consequentemente, em várias esferas se falaria em privatizações de questões penais, com o desmonte do Estado em matéria criminal, da privatização dos presídios à prevenção criminal.¹²⁵ É exatamente neste contexto que se insere *criminal compliance*. Não é sem razão que muito se fala em autorregulação regulada e *compliance*: delega-se parte do monopólio estatal da prevenção de crimes para as empresas, o que significa, em síntese, parcial privatização da segurança pública.

Associando os quatro (4) fatores acima descritos ao tema de estudo dos crimes de empresa, cabe aqui trazer de volta a discussão sobre a criminologia do colarinho branco. A centralidade da compreensão do crime de colarinho branco em Sutherland, a partir do “aprendizado da conduta delitativa”, aparece refletida como pressuposto essencial na atual regulação de *compliance*: ao se considerar que o crime é aprendido e incentivado pelo contexto de agrupamento de pessoas organizado em torno dos negócios, a tentativa de *compliance* é justamente desconstruir o “incentivo” ao crime (que a organização empresarial termina por criar) por meio da boa cultura corporativa, do “aprendizado ético”.

O problema disso é que, a partir da crítica à gestão acima exposta, é possível criticar esta ideia inicial de *compliance* porque ela relativiza a importância do contexto econômico e da organização dos negócios para recolocar toda a culpa do processo criminoso na aprendizagem do indivíduo. A concepção por trás de *compliance*, além de partir dos pressupostos da importância do aprendizado para o cometimento do crime, parte do pressuposto de que a gestão é o instrumento eficiente e adequado para evitar o aprendizado delinquentes, tentando transformar os desvios “pós-*compliance*” em falhas individuais. Equipara-se, de forma absolutamente incorreta, o potencial de estímulo que a gestão tem para incentivar a eficiência econômica com o potencial que ela mesma teria para desincentivar o crime, ainda que isso significasse menor eficiência econômica.

Por isso, a crítica que se quer levantar desde já é a de que a eficiência de *compliance* para evitar delitos não pode ser pressuposta, devendo ser comprovada. Em síntese, quando um programa de *compliance* é implementado, com a estruturação dos seus requisitos mínimos, principalmente a redação do código de conduta e ética e o oferecimento de treinamento aos funcionários, muitas vezes há a suposição (inclusive legal, como se nota pelo Dec. 8420/2015) de que foi criada a tal boa cultura corporativa e, com isso, estaria ativado o processo de aprendizagem da conduta ética. Nestes casos, a ocorrência de determinado crime na empresa passaria a ser justificada não

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid. p. 75.

¹²⁵ Ibid. p. 75.

mais pela falta da empresa, mas sim pela aprendizagem insuficiente do sujeito submetido aos treinamentos de *compliance*. Isso geraria o retorno a uma espécie de “naturalização do criminoso”, reaproximando a concepção daquilo que se via na criminologia positivista. Esta suposição, além de, ao final, contrariar o próprio pressuposto criminológico de Sutherland, esconde o fato de que a *eficiência* da incorporação das diretrizes, protocolos, rotinas e controles de *compliance* pelos trabalhadores precisa estar comprovada, principalmente no confronto com os incentivos de natureza estrutural, econômica, pois aquilo que o sistema econômico ainda busca é o lucro.

Nota-se então, que a ideia da aprendizagem, que parece apontar para o culturalismo, termina por retornar à naturalização com a atual regulação que dá excessiva relevância a *compliance*. A situação é ainda pior porque os mecanismos de atribuição de responsabilidade continuam permeados pela concepção de imperativos morais categóricos e da distorção moral do sujeito criminoso. Desconsidera-se, pois, aquilo que aqui se trouxe como o essencial: a influência do gerencialismo na divisão do trabalho, na construção ideológica dos sujeitos e no impulso ideológico ao controle de matéria penal por meio da gestão, sem que haja comprovação de sua relevância preventiva em matéria de política criminal.

Por isso é que se propõe que é necessário ir além da obsessão em controlar os riscos produzidos pelo “pós-industrialismo” e entender o que está na essência da sua própria criação. Desde esta perspectiva, mais do que somente o processo de aprendizagem – o que não se nega importância –, ou a forma de dominação ideológica sobre os sujeitos, importará que se observe a carga de exploração sobre os empregados que possa levá-los ao cometimento de delitos.

O foco se direciona às verdadeiras mensagens comunicadas por trás dos processos econômicos envolvendo as empresas e até mesmo à escolha (pode-se dizer escolha política) da própria forma como se proporá pedagogicamente o treinamento e como se dará a estruturação de um programa de *compliance* e da divisão do trabalho na empresa, indo além da aprendizagem (somando-se a ela). O direito penal, finalmente, deve se focar na totalidade do contexto de empresa e reconhecer a potência do incentivo econômico ao cometimento de crimes.

Diante deste contexto, a primeira sugestão que aparece é a de que, sempre que observados os quatro (4) elementos acima expostos [(1) orientação de condutas por parte dos departamentos de Recursos Humanos como forma de “gestão do trabalho” e cultura da empresa, orientada por sua governança; (2) influência do contexto de competição da economia de mercado no capitalismo financeiro potencializando a força, legitimação e os riscos causados pelos modelos de gestão; (3) relevância da ameaça econômica de perder o lugar para o fortalecimento do modelo ideológico de gestão e; (4) tomada do espaço público pela ideologia gerencialista], a estrutura social justifica plenamente que a responsabilidade penal deixe de ser somente dos indivíduos e passe a ser mesmo das pessoas jurídicas, uma vez que sua influência sobre o comportamento daqueles é tão grande que carece de legitimidade a intervenção que somente pune os sujeitos e não ataca as empresas. Ao mesmo tempo, somente o esforço preventivo das corporações seria capaz de diminuir a existência de condições

de incentivo ao crime. Por isso, a responsabilidade penal empresarial estaria empiricamente respaldada quando presentes os requisitos acima, que a tornariam não só bem fundamentada, mas sim uma necessidade real e prática. A responsabilidade própria das empresas é a única maneira de apontar corretamente a responsabilidade e buscar a prevenção dos crimes de empresa.

A prevenção por meio de *compliance*, ao seu turno, exige que a eficiência dos mecanismos esteja comprovada em cada caso concreto e não seja somente presumida, assumindo enfim a relevância do contexto e a diferença entre a eficiência da gestão na produção de valores econômicos e na produção de ambiente ético.

Além disso, é de se ter em conta, neste mesmo contexto, que as iniciativas de governança (e *compliance*) que lidam com o conflito entre propriedade e controle, ou administração e *stakeholders* nas empresas, precisam ir além disso para atingir o objetivo de prevenção de crimes. É necessário que se mantenha olhar atento ao clássico conflito entre capital e trabalho, ou seja, quem propõe as regras (propriedade e controle) e quem as segue (trabalhadores em geral¹²⁶).

Isso significa, em termos práticos, reconhecer que, ao final, para que *compliance* funcione, ele precisa de adesão, que é necessária e obtida por razões distintas conforme o extrato social da produção. Inicialmente, é essencial que haja adesão do topo, da alta administração, como forma de dar o exemplo e construir o “cérebro” e a cultura da empresa (o conhecido princípio de “*tone at the top*”). Por outro lado, mas ao mesmo tempo, *compliance* depende da adesão de quem efetivamente trabalha, faz a empresa, ou seja, os trabalhadores.

Enquanto a adesão da alta administração se dá essencialmente por meio do seu compromisso com os valores éticos e com os esforços de *compliance*, a adesão dos outros setores se dá por razões distintas. Para os trabalhadores, somente um programa de *compliance* que seja legítimo consegue a adesão necessária para prevenir os crimes dentro da empresa. Se o setor que quer evitar crimes age infringindo direitos ou colocando toda a culpa pelos erros nos trabalhadores, não conseguirá a adesão necessária porque, além de comunicar a autorização tácita para praticar atos antiéticos quando se destinarem a atingir os fins designados, a evidente falta de legitimidade gerará a inegável vontade de infringir as regras do sistema. Isso gerará, ao final, não o incentivo ao aprendizado do comportamento ético, mas sim o incentivo ao aprendizado de condutas que consigam fugir dos controles (legais e de *compliance*), ainda que elas não sejam condutas éticas, desde que atinjam os fins designados (em geral, a função econômica do trabalhador na empresa). Desta forma, encontrar legitimidade é um passo necessário para garantir a adesão, que só vem se as regras e os procedimentos forem legítimos.¹²⁷

¹²⁶ Por isso é que neste trabalho optamos pelo termo *trabalhadores* e não só *empregado*, como foi feito em momento anterior em ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). E-book.

¹²⁷ Por essa razão a legitimidade de um programa de *compliance* é tão importante, devendo-se destacar a insistência de Adán Nieto sobre a importância desta questão, a ver: NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL,

Além disso, mesmo que um programa de *compliance* fosse eficiente nos controles, juridicamente ele perde valor se for ilegítimo frente aos valores constitucionais, razão pela qual a busca por legitimidade se justifica por si, para além da contribuição que ela pode dar para a eficiência. Do mesmo modo, a legitimidade é também importante na busca pelos valores éticos que vão nortear a atividade de *compliance*, fazendo com que ele vá além da mera prevenção de crimes e cumpra funções maiores, mais dignas e que podem dar efetivo retorno em valor para os *stakeholders* das empresas.

Ao final, são estes os valores que norteiam todo este trabalho, todos derivados da leitura sociológica do contexto que envolve *compliance*: a responsabilidade penal empresarial está justificada e é necessária; os mecanismos de *compliance* exigem apuração concreta de sua eficiência e não somente a presunção de que funcionam e; *compliance* exige a busca pela sua legitimidade. A forma como isso se dá, em termos concretos, estará exposta de forma mais detalhada ao longo do trabalho. Para iniciar, cumpre expor como *criminal compliance* se insere na legislação brasileira, descrever suas manifestações no direito pátrio e expor a crítica do contexto regulatório de *compliance* e a realidade nacional.

Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013, passim.

CAPÍTULO 2

O CONTEXTO REGULATÓRIO DE *COMPLIANCE* E A REALIDADE NACIONAL

2.1 Considerações iniciais

Em contexto de progressiva padronização da regulação, principalmente em matéria de tutela jurídico-penal dos mercados, a expansão do direito penal tem criado não só novos tipos penais, mas também alterado os existentes e inserido institutos que até então eram desconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional.

Este contexto foi responsável por trazer ao Brasil, por exemplo, a tipificação do crime de lavagem de dinheiro, a responsabilização de empresas por crimes ambientais e atos de corrupção, bem como algumas alterações da legislação pertinente aos temas. Todo este processo esteve sempre em compasso com o que era sugerido ao país por vozes externas. As alterações, muito mais do que somente endurecer a atividade persecutória, vieram a torná-la mais complexa, mais sofisticada e, paradoxalmente, mais eficaz em alguns pontos e ineficaz em outros, em ambos os casos justamente em razão das modificações.

Desde a criminalização da lavagem de dinheiro, em 1998, um instituto até então desconhecido passou a não só incorporar o ordenamento jurídico nacional, mas sim ganhar extremo destaque no momento atual: *criminal compliance*. Embora não seja o único na própria lei de lavagem, é um dos institutos alienígenas inseridos no ordenamento nacional que sofre com problemas de internalização: sua interpretação e aplicação no Brasil não raramente é difícil e/ou distorcida.

Justamente acerca dos problemas da internalização de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro é que se irá discorrer a seguir. Inicialmente, é necessário contextualizar o que envolve a padronização regulatória que trouxe *criminal compliance* à realidade jurídica pátria, o que se faz a seguir em breves notas introdutórias.

2.2 Padronização regulatória, direito internacional e o problema da internalização

No contexto social e econômico atual, conforme já exposto acima, a informação passou a ser tratada como algo essencial à economia, especialmente em razão das novas exigências criadas pelos novos meios tecnológicos e a característica dos investidores, que tendem a querer a informação disponível para realocar recursos. A informação, tratada como ponto central do conflito entre propriedade (investidores) e controle (gestores) do capital, passou a se tornar o foco das regulações de Governança Corporativa. Com isso, a exigência por informações induz ao desenvolvimento de um sistema jurídico de proteção da comunicação e a imposição de deveres de colaboração com o Estado como forma de mediação ou subtração dos conflitos de Governança. Esta nova “posição” do Estado dentro do conflito de governança expõe, de forma escancarada, seu papel de gestor do capitalismo financeiro, apontando para a substituição do modelo de Estado de Breton-Woods.

O debate acerca das novas funções da informação se dá, por sua vez, em nível global (tal qual o próprio modelo econômico). Isso ocorre por meio da imposição de padrões legais internacionais de responsabilidade penal e governança global que vêm a exigir a flexibilização de ordenamentos jurídicos nacionais, desta forma estimulando a integração supranacional muito além das normas de caráter comercial. A integração é buscada também pela via das normas penais. Este processo, posteriormente, choca com seus limites de legitimação, na medida em que a internalização destes padrões legais sofrerá com os problemas concretos de cada realidade e ordenamento jurídico.¹ Partindo da contribuição de Silva Sánchez acerca da expansão do direito penal, vale relembrar como os reflexos da globalização econômica e da integração supranacional se dão na dogmática jurídico-penal. Essa integração, que colocaria em risco a política criminal garantista na medida em que não necessariamente traz maiores níveis de compreensão dogmática, mas sim sua constante flexibilização, atua especialmente na esfera da atribuição de responsabilidade penal. Dentro da crítica ao gerenciamento das questões penais, o Autor aponta que o endurecimento penal incluiria até mesmo o aumento da rigidez sancionatória como forma de ocultar o déficit de aplicação da legislação penal econômica² (até porque os objetivos que visa atingir são megalomaniacos). Partindo destes pressupostos do professor espanhol, Eduardo Saad Diniz lembra que, na esfera da regulação, o endurecimento termina por aceitar a influência da *common law*, impossível de contornar a partir da natureza transnacional própria da “integração”.³

¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 415-441, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Maio 2014. p. 416.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001. pp. 74-76.

³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Loc. Cit.

Os ciclos de expansão das normas penais, ao seu turno, não se moveriam irracionalmente. Para Saad Diniz, existiria inteligência de alinhamento nas normativas internacionais, observável principalmente na “cultura da responsabilidade penal empresarial”. Esta percepção, que se relaciona de forma mais profunda com a esfera econômica, aponta que a expansão das normas penais no âmbito econômico se reproduziria nos espaços de desregulamentação dos mercados e instabilidades econômicas que guardam relação com o sistema financeiro.⁴ Trata-se de demonstração da influência do contexto econômico nos moldes do exposto anteriormente.

A imposição de sistemas de segurança daí decorrentes vem a incentivar modelos de regulação como a boa governança e *compliance*, além de modelos de imputação diferenciados para reagir aos “déficits de organização” ou os estados de “irresponsabilidade organizada” das empresas. Com a finalidade de garantir a estabilidade do sistema econômico, recorre-se a prestações do sistema jurídico que instituem *deveres de colaboração* específicos para a condução dos comportamentos econômicos.⁵ Uma vez que tais deveres são novidade para a legislação nacional, sua internalização termina sendo difícil, dado que são produto de contexto de maior crença no potencial *regulatório* de normas penais, diferente da prática *retributiva e moralista*, sob o falso discurso da *prevenção*, que se vê no Brasil⁶. Isso pode terminar com a expansão desmedida da intervenção penal a partir da fragilização da dogmática.

No âmbito corporativo, Eduardo Saad Diniz aponta que os padrões legais internacionais se decidem no campo das decisões de política econômica que negociam parcelas de soberania interna para a adoção – ou “transplantes de legislação” – de padrões internacionais de gestão empresarial.⁷

Neste ponto cabe a crítica de que a legislação, que recebe um enxerto de origem estranha, passa a ser bem avaliada pelo mercado, adequando-se ao criticável modelo de gestão praticado na política. Abre-se espaço também para a crítica acerca do momento atual em que a economia condiciona a sociedade a viver em razão de sua manutenção e não mais serve para atender às necessidades de sobrevivência e à melhoria das condições e qualidade de vida da população. Neste cenário, ganha prestígio o agente político que melhor “gerencia” essas questões, incorporando ao ordenamento a legislação pleiteada pelos mercados, suprimindo-se o debate político público sobre as questões de maior importância.⁸ Importa somente o eficientismo econômico, neste caso relacionado à atração de investimentos estrangeiros como única forma de desenvolvimento, até porque o desenvolvimento brasileiro, periférico, é caracterizado como um desenvolvimento dependente⁹. A dependência do desenvolvimento

⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo*: Op. Cit., nota 1, p. 423.

⁵ *Ibid.* p. 423.

⁶ Não há dados que comprovem a eficiência do tratamento dado às matérias em discussão no Brasil. Pelo contrário, os dados apontam de forma alarmante para o descontrole, conforme se verá nos capítulos seguintes.

⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Loc. Cit.*

⁸ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007, *passim*.

⁹ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. rev. São Paulo: Global, 2008, *passim*.

brasileiro iniciada na economia contamina a esfera jurídica, apontando, desde já, não para uma diferenciação funcional, mas sim para a supressão da contingência por meio do direito diante de uma inafastável certeza da influência econômica sobre as questões nacionais.

O exemplo significativo desta dinâmica é o caso chileno, que ao aderir a essas rodadas internacionais de negociação da soberania, publicou sua lei de responsabilidade penal empresarial autônoma (Ley 20.393/2009). Não foi coincidência que no mesmo momento Santiago tenha se tornado um polo de investimentos e o Chile ascendido à condição de membro efetivo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰, condição esta pleiteada pelo Brasil há anos sem que ainda se tenha efetivado.

O mesmo padrão legal internacional máximo (de reforço dos padrões internacionais de gestão empresarial por meio do direito penal) que retira dos sujeitos e eleva às empresas a responsabilidade penal em modelo de autorresponsabilidade mostrou seus primeiros sinais na legislação brasileira na esfera da proteção penal do meio ambiente. A partir da interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 548.181/PR, julgado em 06/08/2013 sob relatoria da Ministra Rosa Weber, foram dispensadas as formas de concurso necessário de dupla imputação entre pessoas físicas e jurídicas. Isso significou, em síntese, que a coautoria dos dirigentes com a empresa já não se faz mais obrigatória na atribuição de responsabilidade penal a pessoas jurídicas na lei de crimes ambientais.¹¹

O mesmo reforço punitivo é observável, ainda, na legislação anticorrupção (Lei 12.846/2013) e contra a lavagem de dinheiro (12.683/2012), sendo que em todos os casos houve modificação legislativa em formas semelhantes e momentos próximos. Estas modificações, na forma como têm sido feitas, além de serem dotadas de legitimidade questionável, causam problemas concretos de internalização ao conflitar com disposições internas, inclusive em matéria de direitos fundamentais.

Nesta esfera de padronização da regulação, é especialmente importante a influência de organizações internacionais de comércio, de finanças e de desenvolvimento econômico. Vale ressaltar que, com a retração da regulação econômica de matriz keynesiana que vigorava durante o surgimento e fortalecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), tratada como central para a circulação de mercadorias, houve não só a mudança na atuação desta organização internacional, mas também o fortalecimento de outras organizações internacionais. Estas, por meio de recomendações para atingir a boa avaliação dos mercados, pressionam os legisladores nacionais por meio de *soft law*¹². Trata-se, em última instância, da manifestação dos efeitos do neoliberalismo, capitalismo financeiro e gerencialismo na legislação penal.

Estas regulações de *soft law*, amparadas pela força coatora do poder econômico em face dos Estados que somente gerem os interesses econômicos, deixam de

¹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo*: Op. Cit., nota 1, p. 423.

¹¹ *Ibid.*, passim.

¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, passim.

ser os antigos modelos de regulação difusa e leve e passam a exigir medidas concretas e pesadas em matéria de direito penal mesmo. Neste contexto, a autorregulação das pessoas jurídicas está se convertendo no método através do qual o Estado, em face da supracitada pressão, está enfrentando a gestão dos riscos da atividade econômica. A partir daí os programas de *compliance* seriam o mecanismo através do qual as pessoas jurídicas, obrigadas pelo Estado, canalizam o cumprimento de seus deveres de controle dos riscos gerados no âmbito de sua atividade.

A importação dos novos institutos penais, alienígenas mesmo quando divulgados em ordenamentos nacionais, teria relação com a aproximação do direito penal destas novas fontes de *soft law*, em forma semelhante ao que se observava na gênese da *Lex Mercatoria*¹³, a precursora da padronização das regras de comércio que hoje se vê na Organização Mundial do Comércio.

Partindo da crítica de Hassemer ao “moderno” Direito Penal, contraposto ao Direito Penal da Ilustração, Renato Silveira afirma que aquele parece se distinguir até mesmo nas fontes, o que se daria porque este novo direito penal busca responder a um fenômeno decorrente da própria globalização, qual seja, o dos crimes supraindividuais, incluindo aí a criminalidade econômica. “A busca por *standards* mínimos de segurança bradados pela globalização acaba por fomentar uma standardização do próprio sistema penal, e daí é que se vê um, cada vez mais frequente, socorro ao uso da *soft law*”.¹⁴ O problema que se apura quando desse socorro a *soft law* é que ele se distingue de *hard law* também pelas fontes. Eles são produzidos por órgãos diferentes, são determinados e interpretados de formas distintas, têm destinatários distintos, essencialmente têm níveis e modelos de vinculação contrapostos, sendo que a oposição se estende até aos âmbitos de atuação de cada qual, a diferença nos paradigmas e lógicas e os diferentes graus de estabilidade encontrados. Partindo dessa distinção, é preciso ter em conta que as entidades produtoras de *soft law*, em geral, não são entes estatais, razão pela qual precisam se valer mais de precedentes judiciais do que de necessária reserva legal, exatamente ao revés do Direito Penal (*hard law* por excelência) nas legislações de direito escrito. É por isso, principalmente, que se evidencia a significativa proximidade da *soft law* com a própria *common law*.¹⁵ Por isso também que, não raramente, os institutos importados sofrem com problemas de adaptação, dado que a diferença entre *civil law* e *common law* não é simples.

Uma vez que se observa que a própria natureza da *soft law* é destinada a operar em qualquer âmbito, mais uma vez referenciando a *Lex Mercatoria* em termos de mercado global¹⁶, chega-se à conclusão de que “a influência da *soft law* em Direito Penal, como uma fonte supra ordinária, pode ser entendida como a faceta mais preocupante do Direito Penal transnacional de hoje”¹⁷.

Dentro desta preocupação aparece com destaque a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

¹³ Ibid. p. 27.

¹⁴ Ibid. p. 45.

¹⁵ Ibid. p. 46.

¹⁶ Ibid. p. 49.

¹⁷ Ibid. p. 53.

Note-se que a OCDE, que tem origens na Organização para a Cooperação Econômica, atualmente se mostra como uma organização internacional que procura fornecer plataforma de comparação das políticas econômicas com o escopo de solucionar problemas comuns e coordenar políticas nacionais e internacionais. Nesse sentido, já pregou, como se viu, por diversas criminalizações pontuais, sempre sob o prisma de reforço da legalidade do sistema econômico.¹⁸

A preocupação penal chegaria, enfim, aos programas de *criminal compliance*. Eles seriam efetivamente forma de autorregulação empresarial no contexto da correção público-privada utilizada para gerenciar as necessidades regulatórias dos investidores. Os programas de *compliance* trabalham como conexão entre os sistemas econômico e jurídico e implicam em efeitos penais em cadeia dentro da estrutura hierárquica das corporações quando implementados (ou ausentes), razão pela qual a validade e a legitimidade das normativas sobre *compliance* são questionadas.¹⁹ Renato Silveira vem a criticar o uso do instituto no Brasil, em especial na lei antilavagem. Isso porque a lei é clara no sentido de que *compliance*, para ela, só se refere ao dever administrativo de organização contra delitos, mas os aplicadores do direito forçam sua aplicação na direção da imputação criminal fundamentada na infração dos deveres legais de *compliance*, a fim de atingir as razões da tutela penal dos modelos de gestão.²⁰

O fenômeno da economicização, que se vale de análises meramente atuariais das questões em matéria de Direito Penal Econômico, torna-se essencial para pressionar pela padronização da regulação, na medida em que dota de “racionalidade” a escolha “política” do legislador, que só pode ser uma: adequar-se aos padrões. O fenômeno terminaria, então, por assumir um viés expansionista e de internacionalização. A partir disso, somando as já citadas considerações acerca das fontes do direito penal, da *common law*, da *soft law* e da influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na elaboração do direito penal econômico contemporâneo, “embora não seja de se dizer que o Direito Penal foi alterado em sua essência pela dinâmica econômica, pode-se, sim, sustentar que ele foi cooptado pelo mercado, transmutando-se em instrumento de força deste, o que implica uma série de alterações em muitas das percepções clássicas.”²¹

Apesar destas conclusões, Renato Silveira deixa um aporte acerca da busca de legitimidade e a adequada internalização dos institutos nesse novo modelo legislativo penal econômico. Para ele,

... toda a nova sorte de legislações, mormente penais econômicas, deve ser entendida como fruto de um novo modal de fonte legislativa, oriundo de *soft law*. Mesmo com o reconhecimento de que esse novo Direito mundial pode ser viciado por uma interlegalidade que gera, por sua vez, um desbalanço e desequilíbrio de forças entre os (ainda presentes) Estados, a sua fonte geradora mostra-se, a princípio, vá-

¹⁸ Ibid. p. 56.

¹⁹ Ibid. p. 62.

²⁰ Ibid. passim.

²¹ Ibid. p. 211.

lida. Essa validade, no entanto, deve ser vista conforme venha a ser tida a interiorização de dado dispositivo ao ordenamento nacional. Essa a segunda questão de importância. Embora válida a fonte normativa, a norma em si só se mostrará válida se adequada e justaposta ao sistema interno-nacional. Caso contrário, e haja um enfrentamento entre *civil law* e *common law* que torne inaplicável e inefetiva a lei em si; caso existam empecilhos constitucionais ou infraconstitucionais insuperáveis, o novo dispositivo carecerá de eficácia. Mas será unicamente observando a sua origem gestacional, suas fontes e a forma pela qual se deu o endurecimento da proposta internacional ao ponto de se transmutar em ente ordenamental, que se poderá afirmar, ou não, pela sua regularidade no âmbito nacional interno.²²

Além do exposto, Eduardo Saad Diniz também traz suas contribuições acerca da internalização da padronização internacional legislativa referenciando a tutela penal da informação contrabalaneada pela realidade econômica, social e jurídica do Brasil. Neste sentido, aponta que se tem observado verdadeira profusão de normas que visam regular a liberdade econômica, em estado de “ativismo regulatório” sentido nos níveis administrativo e legislativo penal-econômico. No nível legislativo penal-econômico, sobre a lei de lavagem de dinheiro, por exemplo, o Autor vem a criticar suas previsões de deveres administrativos ao dizer que “o alinhamento aos padrões legais internacionais, sobretudo a partir dos padrões de Basileia III, se produz com a intensificação e especialização dos programas de segurança de informações no âmbito empresarial” (tradução nossa)²³. Em concreto, o Autor analisa o crescimento das recomendações do Banco Central do Brasil acerca das operações suspeitas, que saltaram de 43 para 106 entre 2004 a 2009 sob a ideia de aperfeiçoar a capacidade dos bancos de reagir ante a instabilidade econômica e ampliar o potencial de evitação de perigos, especialmente em relação ao financiamento de terrorismo, ainda que o terrorismo não fosse exatamente uma preocupação brasileira até então.²⁴

O grande problema destas disposições se mostra na esfera de que, além de ampliar os custos de transação no âmbito corporativo (afinal a constante comunicação exige tempo e gera gastos, assim como a organização preventiva não é barata), elas terminam por trazer novas variáveis econômicas danosas, especialmente para as pequenas e médias empresas. Ainda, estas disposições criam o problema das consequências penais de deveres administrativos, em referência ao problema da técnica da norma penal em branco nos delitos econômicos.²⁵

Por isso a afirmação de que, em verdade, a publicidade de informações relevantes para as decisões dos investidores terminaria por paradoxalmente restringir a liberdade econômica de alguns agentes, favorecendo outros. A ambiguidade das normas penais fica visível na medida em que elas oscilam entre a proteção da sociedade contra o poder das organizações e a criação de identidade de mercado que favorece

²² Ibid., p. 63.

²³ O texto em língua estrangeira é: “el alineamiento a los internacional legal standards, sobre todo a partir de los padrones de Basilea III, se produce en la intensificación y especialización de los programas de seguridad de informaciones en el ámbito empresarial”. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo*: Op. Cit., nota 1, p. 433.

²⁴ Ibid. p. 434.

²⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo*: Op. Cit., nota 1, p. 434.

os agentes já estabelecidos²⁶, garantindo a manutenção da força das grandes organizações e o sentimento de segurança que lhes é favorável (ainda que essa segurança seja meramente fictícia). Em última instância, a discussão é entre a garantia de segurança das relações de negócio contra a restrição das liberdades de atuação no mercado. O dilema maior a que se chega (e talvez a crítica mais dura às contradições da intervenção neoliberal) consiste em que *restringir* a liberdade econômica de determinadas empresas acaba por *ampliar* a liberdade das demais.²⁷

Tais considerações merecem comentários adicionais com direcionamento crítico. A tutela da informação e da transparência, como já se viu, são exigências próprias do mercado e da democracia. Não se espera, portanto, que ela deixe de existir, exceto em caso de mudança de situação político-econômica. Em face disso, em sequência, considerando tudo que já foi exposto no primeiro capítulo, as questões que se colocam sobre *compliance* só podem ser duas: (1) em que medida estes programas de *compliance* cumprem o que se espera deles na legislação penal e (2) como eles podem encontrar legitimidade para o direito criminal.

Ademais, o problema da internalização da regulação de *compliance* se acentua em meio à análise das consequências do contexto para os trabalhadores das empresas que implementam tais padrões regulatórios. Por isso é que, de modo a promover uma verdadeira análise da legitimidade de uma regulação de *compliance* com referência à Constituição, o que se pretende aqui é a defesa de: (a) a verificação e proteção de direitos fundamentais, aptas a (i) conflitar com os impulsos econômicos na formação da política criminal envolvendo *compliance* e (ii) traçar limites objetivos para as responsabilidades penais e investigações internas de *compliance*, limites estes estendidos a todos os sujeitos nas empresas; (b) o retorno do direito trabalho enquanto ponto de contato entre a abstração jurídica e o mundo real, do trabalhador, sendo ele aplicável a todos que recebem ordens e apto a impor limites aos deveres (i) no recebimento de ordens e (ii) na prática das investigações e vigilância internas de *compliance*; (c) o recurso ao direito de empresa, que, com suas previsões de governança e seus institutos particulares, auxilia no direcionamento de *compliance* e na elucidação dos deveres da alta hierarquia, dotada de poder de mando; (d) o uso das normas profissionais de classe que limitam a responsabilidade ao delinear os riscos específicos de cada profissão; e (e) a observância do direito constitucional não só por ser o topo da hierarquia das normas, mas principalmente porque é o que evidencia a questão política (inclusive de axiologia político-criminal) envolvida e o momento histórico em que ela se insere, assim (i) trazendo de volta a *questão política* (para além da discussão atuarial da eficiência preventiva, própria da cultura de gestão) para o centro da discussão sobre *compliance* e (ii) trazendo balizas confiáveis para os limites de ga-

²⁶ Neste sentido já nos manifestamos anteriormente ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. In: SANTOS, Alfredo José dos; HENTZ, Luiz Antônio Soares (org.). **Direito, Empresa e Mercado de Capitais**. Franca (SP): Legis Summa, 2014.

²⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., nota 1, p. 433.

rantia e eficiência, principalmente porque tutela em maior ou menor intensidade todos os quatro limitadores anteriores. Isso norteará a perspectiva deste trabalho, com o desenvolvimento da fundamentação durante os capítulos.

Finalmente, ao se ter em conta o contexto que justifica a nova regulamentação atinente à responsabilização de empresas e *compliance*, seria o caso de ser feita a releitura dos institutos situando seus problemas a partir da análise crítica aqui empenhada.

2.3 Globalização, contexto econômico, regulação e o gerencialismo: problemas nacionais e *compliance*

A aludida proeminência da ideologia gerencialista somente é possível dentro da conjuntura econômica do capitalismo financeiro. Este, que é também global, ainda coloca em dúvida a capacidade de regulação do Estado na medida em que as decisões de alocação de investimentos buscam “vantagens” nos mercados internos. Uma vez que os debates públicos restam sufocados pelo eficientismo, o contexto terminaria por ocasionar a conseqüente desregulamentação da economia ou a regulação favorável aos próprios mercados.

Nesta esfera, Joachim Hirsch apresenta a análise acerca de como a dinâmica do capitalismo global entra em atrito com a forma tradicional do Estado “nacional”, necessário ao funcionamento do mesmo capitalismo.²⁸ Esta contradição se daria porque, em termos gerais, “as transformações estruturais do capitalismo global restringiram drasticamente o campo de ação para a intervenção econômica e sociopolítica, inclusive dos Estados grandes e poderosos”²⁹. A liberalização do fluxo de capitais, mercadorias e serviços impediria o modelo regulatório de Estado interventor na economia e, conseqüentemente, do Estado de bem-estar social construído sobre bases keynesianas.³⁰

Com isso, observa-se que um pequeno número de grandes consórcios transnacionais se converte nos atores cada vez mais determinantes do “mercado mundial”. Ao mesmo tempo, os grupos financeiros internacionais adquirem cada vez mais influência decisiva sobre a política monetária e, com isso, campos de ação próprios do Estado. Este, por sua vez, diminui sua prestação de serviços e passa a gerir interesses dos agentes econômicos.³¹ Em resumo, a antiga forma de dominação violenta do Estado não é substituída, mas sim sobreposta. Isso significa que essa nova forma de con-

²⁸ HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999. No Brasil: MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. pp 77 e ss; 113 e ss.

²⁹ HIRSCH, Joachim. Op. cit., nota 28, p. 25.

³⁰ Ibid. p. 25.

³¹ HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999. No Brasil: MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 24.

trole direto dos agentes econômicos atuaria não só de forma paralela, mas sim simbiótica com a atuação do Estado, que detém o monopólio da violência e se coloca à disposição dos novos interesses do capital.

Este cenário se apresenta intensificado na periferia do capitalismo. As tentativas de desenvolvimento independente sob o controle do Estado até os anos 1980 mostraram pouca efetividade em face da constante mudança de condições do mercado mundial. Com isso, a partir dos anos 1990, a maior parte dos países periféricos sucumbiram à força do movimento internacionalizado e pouco regulado do capital. Os governos periféricos terminariam por se demonstrar ainda mais frágeis para a intervenção na economia e a legitimação democrática. O resultado seria o fracasso das esperanças de desenvolvimento econômico para grande parte do mundo, justamente aquela parte já frágil economicamente. Ao mesmo tempo em que as condições de desenvolvimento são tragicamente nacionais, na razão da relação entre Estado e capitalismo, na outra mão a globalização se encarrega de padronizar a escala de valores e as normas de consumo democrático-capitalistas “ocidentais” a partir dos meios de comunicação e da indústria transnacional.³²

Em resumo, a liberdade de circulação do capital e as padronizações econômica e de consumo em níveis globais não trouxeram o mesmo efeito na esfera social. A promessa do desenvolvimento de todos foi substituída pela realidade de manutenção da decadência social em vários lugares, mas com mais intensidade nos países menos desenvolvidos.³³ Neste cenário, o Brasil se coloca justamente na posição de país periférico, sofrendo com as consequências do contexto.

Neste sentido, alguns autores se debruçaram sobre a questão do desenvolvimento do capitalismo no país. Em abordagem já clássica, expondo o desenvolvimento tardio brasileiro, Florestan Fernandes³⁴ apontava que a modernização do Brasil, um país periférico no processo civilizatório, levaria à formação de uma sociedade de classes dependente, na medida em que tanto os rumos de sua economia se encontravam vinculados aos interesses e desígnios dos países centrais, quanto seu desenvolvimento sociocultural estava impossibilitado de se construir de forma autônoma³⁵.

Por outro lado, há particularidades que, embora não se tratem de modificações significativas, são verdadeiras condições particulares deste modelo de produção no Brasil. Florestan Fernandes alertava também para o fato de que, em razão da dependência da modernização acima exposta, a burguesia nacional não confia em suas próprias condições de competição com a burguesia internacional nos moldes do capitalismo liberal globalizado. Por essas razões, a burguesia nacional se “encastela” no Estado por meio de exclusivismo político, impondo à população maiores ônus de dominação e menos direitos. Em geral, refere-se à imposição, por meio do Estado, de condições de vida que amplificam as formas de exploração do capitalismo para proporcionar o

³² HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999. p. 26.

³³ *Ibid.* pp. 26-27, passim.

³⁴ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. Op. cit., nota 9.

³⁵ *Ibid.*, passim.

ganho de competitividade que não se obtém de outra forma. Trata-se, enfim, daquilo que se convencionou chamar de desenvolvimento desigual e combinado.³⁶

Do exposto, chega-se à crítica da construção do capitalismo brasileiro, tardio e periférico: uma sociedade que amalgama diferentes ritmos sociais, que passa por processos de transformação e modernização, mas em que o processo atual de modernização sempre repõe o ônus de um passado, reproduzindo o controle monopolista, o exclusivismo político e a presença de uma elite conservadora no controle do Estado. Tratar-se-ia, enfim, do “desenvolvimento do subdesenvolvimento”.³⁷

Em um primeiro momento, estas considerações serão importantes na esfera de analisar as condições de trabalho e os incentivos aos trabalhadores para aderirem à ideologia gerencial. Isso porque, a partir da análise do desenvolvimento tardio brasileiro, Florestan Fernandes aponta a dificuldade de distribuição do excedente de capital e de incentivo de políticas de consumo em massa em países de desenvolvimento tardio.³⁸ No Brasil, essa dificuldade se daria até mesmo em relação às camadas médias, justamente aquelas remuneradas por esse excedente de capital nos países centrais.³⁹ Este cenário terminaria por incentivar ainda mais as supracitadas questões do “medo de perder o lugar”, que modifica o comportamento do indivíduo em empresa, em especial em face da escassez de meios de sobrevivência e consumo, além da dificuldade em manter o pleno emprego e o emprego formal no Brasil, onde a proletarianização se apresenta como “privilégio”.⁴⁰ Isso se acentua, com Hirsch, a partir do momento em que o entendimento do que seja sobrevivência e consumo é globalmente padronizado, mas as condições de desenvolvimento especificamente nacionais, com Estados cada vez mais frágeis.⁴¹

Enfim, o que se pretende explorar com o diálogo ora proposto pode apontar questões sociais importantes na leitura do problema em questão. Em resumo, pretende-se explorar e expandir a hipótese de que (a) a partir da leitura de que a modernização brasileira não promove real desenvolvimento (no sentido de minimizar as disparidades de condições de vida em relação àquelas dos países centrais), mas sim a “atualização” em relação às novas formas de produção, exploração e sociabilidade, ou seja, o aprofundamento do subdesenvolvimento, (b) quando a padronização da regulação de *compliance* chega ao país por meio de instrumentos de direito internacional, por *hard law* ou *soft law*, ou seja, quando a atualização da forma atual de gestão chega ao Brasil, ela vem no mesmo paradigma de desenvolver o subdesenvolvimento.

Isso quer dizer, em um segundo momento, que a hipótese que se quer explorar parte do pressuposto de que até mesmo a recente perseguição de lavagem de dinheiro e corrupção no Brasil seria influenciada pelo contexto ora exposto. Buscada

³⁶ Ibid. passim.

³⁷ Ibid. pp. 88 e ss.

³⁸ Ibid. pp. 64 e ss.

³⁹ BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: a degradação do trabalho no Século XX. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 344.

⁴⁰ FERNANDES, Florestan. Op. cit., nota 9, pp. 67-74.

⁴¹ HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999. No Brasil: MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. pp. 26-27.

principalmente por meio da justiça penal colaborativa e a implementação de mecanismos de controle e prevenção nas empresas nacionais – os programas de *compliance* –, tal persecução ao crime de empresa não se referiria à busca de uma “moralização real” dos negócios e da política no Brasil, mas sim à adoção de uma “ética negocial” própria do neoliberalismo⁴², que garante a padronização dos mercados para a melhor manutenção e expansão do capital. Em resumo, tratar-se-ia da tentativa de retirar do controle do Estado e de sua atividade econômica aquela burguesia nacional que ali se encastela para alavancar a competitividade de seus negócios. O problema é que, com essa “substituição” da forma de condução do Estado em face da economia, o ônus do subdesenvolvimento brasileiro pode se reproduzir de outra forma na nova regulação. Com isso, a hipótese a se explorar é como, a partir da leitura social proposta, percebe-se a existência de consequências diretas para a aplicação de *criminal compliance* no Brasil.

Inicialmente, é particularmente interessante ler o que se tem publicizado a partir da “Operação Lava Jato”⁴³ à luz da leitura acerca do desenvolvimento tardio dependente e a questão do exclusivismo político no Brasil. Não é sem razão que se encontrou parcela tão grande das elites econômica e política do país envolvida com corrupção. Por outro lado, igualmente não é coincidência que se relacione a existência da operação a índices econômicos que se mantêm em baixa e que a elite econômica oligárquica tenha se imposto dentro do Governo central para recuperar os índices de competitividade do país por meio da única forma que conhece: impondo maiores ônus de exploração aos trabalhadores, com reformas legislativas afetando os direitos trabalhistas e previdenciários das classes inferiores. Por isso é que o incentivo a determinada cultura de conformidade ética precisa vir acompanhado de senso de responsabilidade acerca do que se deseja dos programas de *compliance*, sob pena de causar efeitos deletérios prejudiciais às classes inferiores sem que necessariamente se atinja os resultados aspirados. Neste sentido, somente iniciativas de governança sinceras (e que se preocupem com os trabalhadores como colaboradores) podem trazer confiança na criação e modificação dos padrões.

A seguir, outro problema importante é a observada resistência à responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil. O tema, que terá um capítulo exclusivo para si mais a frente, torna-se especialmente polêmico no país porque há resistência dogmática à implementação sob argumentos puramente dogmáticos e importados da herança dogmática alemã. Apesar da previsão constitucional expressa, nota-se aqui também a influência do mesmo contexto de desenvolvimento tardio e dependente, uma vez que a resistência ao instituto vem quando sua implementação é proposta mais de três décadas após sua previsão na Constituição e é feita com fundamentos

⁴² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal Compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. In: Direito. UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol.1, N.1 (jan./jul. 2014). Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2014. p. 150.

⁴³ Cf.: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>.

importados de outros países que já estão reconsiderando alterar sua própria legislação (a Alemanha está em processo de mudança legislativa para aprovar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no país ainda em 2019).

Ainda é igualmente preocupante o fato de que a internalização da regulação (seja de *compliance* ou da responsabilidade penal da pessoa jurídica) é feita sem conferir a realidade nacional, além de que é notável a falta de coesão regulatória, como se verá a seguir. Para demonstrar o ora enumerado em termos concretos, segue abaixo o relato e diagnóstico da regulação de *compliance* para crimes de empresa no Brasil.

2.4 Manifestações de *criminal compliance* como ferramenta de prevenção de delitos de empresas privadas no direito brasileiro e os problemas da regulação

Atualmente, *criminal compliance* tem ganhado expressiva notoriedade em razão da supracitada função de prevenção de crimes. Com a Operação Lava Jato ocupando os noticiários diariamente, expondo crimes de empresas, a percepção de necessidade de instrumentos de prevenção de delitos no âmbito corporativo aumentou de forma geral. Não é sem razão que as empresas envolvidas e as competidoras dos mesmos ramos de produção têm insistido no recado de que estão implementando programas de *compliance* (ou de integridade) para cuidar da evitação dos delitos que derrubaram as reputações de mercado das envolvidas nos escândalos. Ademais, as previsões normativas recentes, como a alteração da Lei Antilavagem (Lei 9.613/98) pela Lei 12.683/2012 e a promulgação da Lei Anticorrupção de Empresas (Lei 12.846/2013), além do incentivo aos programas de *compliance* para celebração de acordos com empresas no âmbito da nova Lei do CADE (capítulo VII da Lei 12.529/2011) e na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) após o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 06/08/2013, são novidades que fazem parte deste contexto que dá destaque ao tema.

Antes deste momento de especial destaque em matéria criminal, *compliance* era comumente interpretado dentro da visão comercialista, considerado parte da implementação das “boas práticas” da Governança Corporativa⁴⁴. Neste caso, *compliance* era entendido como um “mandamento ético”, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado.⁴⁵ Era (e ainda é), de certa forma, tratado como “despesa” dentro da empresa, sendo que sua adoção seria voluntária e justificada pelos possíveis retornos.

Apesar desta compreensão e da adesão espontânea de empresas em função da possibilidade de incremento de valor, ou por seguir as instruções de Basiléia, já foi demonstrado que uma relevante incidência de *compliance* se dá na esfera penal para indivíduos e em regulamentações administrativas para empresas. Além da Lei 9.613,

⁴⁴ Mais sobre em: ABBI. **Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2012. pp. 5-6.

⁴⁵ SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

de 03.03.1998 e suas recentes alterações na Lei 12.683 de 2012 - a “Nova Lei de Lavagem de Dinheiro” –, da Resolução n. 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional⁴⁶ e da Lei 12.846 de 2013 – a “nova Lei Anticorrupção” – é possível identificar em nosso ordenamento uma série de normativas aplicáveis e que versam sobre os deveres de *compliance*, especialmente nas cartas circulares do Banco Central⁴⁷, com destaque para a de nº 3.461⁴⁸.

Parece haver uma tendência no sentido de incentivo do recurso a esses mecanismos preventivos no âmbito empresarial (com mais força nas instituições financeiras) e sua vinculação por meio da imposição dos deveres definidos pela política legislativa brasileira. Contudo, cabe ressaltar que esse incentivo não se trata de fenômeno nem tão recente, nem tão nacional, desvinculado de interesses de mercado internacionais, pois é exatamente consequência de um contexto internacional de pressões, em especial da OCDE. Cita-se, como exemplo dessa pressão, a edição de um conjunto de recomendações feitas por ela no ano de 2011 que visava o fortalecimento da governança corporativa na América Latina. Dentre as recomendações, aquelas que se notabilizam são: (1) equilíbrio regulatório, (2) avaliação de investimentos, (3) transparência, (4) direitos e (5) voto. Para (3) e (4) ressalta-se a importância de *compliance*, como já sabido, importante para o cumprimento das legislações e a transparência das empresas. Já para o (1) equilíbrio regulatório, observa-se que se trata de “buscar equilíbrio entre os requisitos legais, a autorregulação dos mercados e as práticas voluntárias das companhias”⁴⁹, recomendação que incentiva mesmo o recurso a *compliance* nas diversas esferas legislativas. E na falta de autocontrole dos mercados, o Estado é chamado a intervir para regular a economia nos modelos de autorregulação regulada⁵⁰, mesmo que para isso tenha que se valer da sua forma de regulação mais repressora: o direito penal.

Diante deste cenário, passa-se, enfim, à análise concreta das principais leis com previsão de *criminal compliance*: a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98), a Lei Anticorrupção (12.846/13) e, a partir da jurisprudência, a Lei de Crimes Ambientais (9.605/98).

Antes de adentrar cada uma das leis, cumpre ressaltar que essas somente são aqui consideradas as principais previsões legais de *compliance*. Em verdade, *criminal*

⁴⁶ “Desde então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de, respectivamente, colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro (os chamados ‘*deveres de compliance*’) e de criar sistemas de controles internos que previnam as práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e de outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro”. Ibid.

⁴⁷ Sobre as novas cartas circulares do BC que buscam implementar as recentes alterações da “Nova Lei de Lavagem de Dinheiro” – Lei 12.683/12 – ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Circulares do BC e lavagem de dinheiro. *Jornal Valor Econômico*, p. E2, 08 abr. 2013.

⁴⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Carta Circular nº 3.461. Consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v1_O.pdf>, com acesso em 19/01/2019.

⁴⁹ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa**. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 389.

⁵⁰ Mais em: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: Op. Cit.*, nota 1 [tradução nossa].

compliance não se restringe a essas previsões legais. O recorte feito acima se deu somente porque são as previsões legais mais importantes de *compliance*, com potencialidade de justificar (na ausência, quando é tratado como obrigação) ou afastar (na presença, tanto nos casos de obrigação, quanto de faculdade) a responsabilidade de uma empresa privada. Ademais, nos três casos são observados problemas na regulação que justificam a preocupação com a reorientação político-criminal de *compliance*, servindo de fundamentação para a hipótese central deste trabalho, nos moldes do que se seguirá nos próximos capítulos.

De toda forma, somente a título de exposição, cabe citar que os programas de *compliance* também podem ter relevância preventiva, além dos já citados casos de corrupção, lavagem de dinheiro e crimes ambientais, para: financiamento do terrorismo (junto da lavagem), delitos de concorrência, delitos contábeis, sonegação de impostos, *insider trading* e traição aos segredos negociais.⁵¹ Também já se apontou relevância para os casos de defesa do consumidor e marcos regulatórios do exercício de atividades laborais.⁵²

Giovani Saavedra reforça a importância de *compliance* ao citar o crescimento da importância de *Compliance Antitruste* e *Compliance Tributário* recentemente.⁵³ Eduardo Saad Diniz ainda traz a importância apurada dos programas de *compliance* na esfera da prática de cartel, uma vez que “foram utilizados pelas autoridades administrativas como requisito prévio à celebração de TCCs (termos de cessação de conduta), nas modalidades colaboração premiada e investigação por prática de cartel”.⁵⁴ Em momento anterior também já nos manifestamos sobre a importância de *compliance* para a celebração dos acordos de leniência, tanto na lei anticorrupção quanto na Lei do CADE.⁵⁵

Mais do que isso, *compliance* também importa porque cumpre funções de autorregulação da empresa, independentemente dos marcos legais. Ainda, o instituto tem buscado justificativa interna que é independente da prevenção de delitos, o que lhe autoriza e legitima para além do aqui exposto.

⁵¹ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArs, 2013. p. 295.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 02, mai., 2011.

⁵³ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 707.

⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 744.

⁵⁵ Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 165-197, jan./jun. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

Por fim, caberia citar também que a relevância de *compliance* já foi apontada até mesmo para a esfera da melhoria das condições de trabalho através do monitoramento, padronização da autorregulação e evitação dos acidentes de trabalho em empresas transnacionais.⁵⁶

Feita a necessária ressalva, passa-se a adentrar cada uma das leis consideradas mais importantes a seguir.

2.4.1 A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98)⁵⁷

Pierpaolo Cruz Bottini conceitua a lavagem de dinheiro como “o ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravenção, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude.”⁵⁸ Trata-se de ilícito penalmente tipificado no art. 1º da Lei 9.613/98, na forma das alterações recentemente promovidas pela Lei nº 12.683/12.

Atualmente, a prevenção à lavagem de dinheiro é tida por alguns como a forma mais eficaz para o enfrentamento ao crime organizado.⁵⁹ Com o crescimento do crime organizado, a expansão das suas atividades culminou com o refinamento das mesmas, transformando quadrilhas em ordens estruturadas, hierarquizadas e, principalmente, globalizadas. Isso transformou importante parcela do crime organizado (se não todo ele) em crime transnacional, imune aos atos repressivos tradicionais.

Ao mesmo tempo, a impessoalidade das entidades criminosas fez com que a prisão de seus integrantes se tornasse praticamente irrelevante em face da fungibilidade dos agentes. Os processos de estruturação das organizações criminosas não substituem aqueles das organizações lícitas, mas sim os mimetizam. Isso quer significar que estas organizações atuam sob forma econômica semelhante à de empresa⁶⁰, ainda que se esteja evidentemente a falar de “empresa ilícita”. As diferenças essenciais passam a se situar especificamente na esfera da não vinculação do direito, razão pela qual essas organizações terminam exercendo outras formas de coação que não detêm

⁵⁶ LOCKE, Richard; FEI QIN; BRAUSE, Alberto. **Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike**. Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2006.

⁵⁷ Parte das considerações deste tópico foi retirada daquilo que já apresentamos anteriormente em: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). pp. 58-76. Aqui, contudo, pretendeu-se realizar análise bastante mais aprofundada e relacionada ao tema deste trabalho.

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. Prefácio de Maria Thereza Rocha de Assis Moura**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

⁵⁹ Neste sentido, *Ibid.*, p. 21.

⁶⁰ De fato, não seria de se esperar que uma organização estruturada dentro do capitalismo para superar a escassez de meios de sobrevivência, ainda que ilícitamente, fosse se estruturar de forma diferente daquela do sistema que lhe dá forma. Com isso queremos dizer que as organizações criminosas se valem igualmente da exploração da relação capital-trabalho, do exército de reserva etc., mas com especificidades próprias que, por um lado, significam *condições particulares* de forma de dominação, enquanto, por outro, significam a *reafirmação* do sistema e sua *forma*, mesmo sobre a atividade que afronta suas bases jurídicas de legitimação.

a legitimidade formal da violência controlada (tanto no sentido de monopólio quanto no de limitação pelo direito) pelo Estado. Para coibir tamanha força, seria então necessário atacar aquilo que dá poder às organizações: sua força econômica. Por isso o empenho no combate à lavagem de dinheiro como forma de atacar o crime organizado e sua justificação dentro do escopo do presente trabalho.

Historicamente, a problemática da lavagem de dinheiro começa a merecer especial atenção dos legisladores por todo o mundo a partir da década de 70 do século passado. O movimento de preocupação legislativa com a lavagem de dinheiro se iniciou nos Estados Unidos da América, tendo como marco o “*Bank Secrecy Act*” de 1970. A intenção do legislador, de início, era impedir a utilização do sistema financeiro por parte dos “narcotraficantes”. O que se visava era “quebrar o braço financeiro” do tráfico na chamada “guerra às drogas”, permeada pela política da “tolerância zero”.⁶¹ Neste momento, os interesses tutelados pela previsão da lavagem de dinheiro como crime estavam centrados no combate ao tráfico de drogas. A este momento se convencionou chamar de “primeira geração” de combate à lavagem de dinheiro.⁶²

No entanto, o caráter transnacional destes grupos criminosos impediu a implementação de políticas nacionais e isoladas de combate à lavagem de dinheiro. O rastreamento do dinheiro exigia o desenvolvimento de instrumentos de cooperação internacional e um esforço para uma mínima harmonização das legislações nacionais, voltada à compatibilização de seus preceitos e à facilitação de comunicações, atos e diligências conjuntas.⁶³

Ao mesmo tempo, com a abertura do Brasil a investimentos externos para o desenvolvimento da economia nacional, nos moldes já expostos anteriormente, a criação de regras voltadas à solidez institucional e financeira do país se tornou uma exigência cuja efetividade seria questionada se não viesse acompanhada de um esforço concreto de prevenção à lavagem de ativos de capital.⁶⁴

A princípio, a adesão brasileira à padronização regulatória em matéria de lavagem se deu no âmbito da assinatura das convenções internacionais que se produziam sobre o tema. Dentre elas, três merecem destaque por terem sido incorporadas formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, impactando diretamente na construção do marco legal e na interpretação das normas referentes ao crime em análise: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, e a Convenção de Mérida.⁶⁵

Embora a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de Viena estivesse originalmente voltada ao combate internacional do tráfico de

⁶¹ DAVIN, João. O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português). In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArs, 2013, p. 211.

⁶² SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. In: **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**. REVISTA DIGITAL. Ano IV – Número 18. Abril a Junho de 2013. Rio de Janeiro: IAB, 2013. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-14941.pdf>>. Acesso em: 12 Mai. 2014, p. 103.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, pp. 24-25.

⁶⁴ Ibid. p. 37.

⁶⁵ Ibid. p. 30.

drogas, a partir da influência da política criminal de “guerra às drogas” norte-americana, o texto da convenção trouxe à tona os problemas correlatos, em especial a lavagem de dinheiro. A Convenção, datada de 1988, foi internalizada por meio do *Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, sendo a fonte primária da Lei de Lavagem* brasileira, a Lei 9.613/98, em razão de seu Artigo 3, 1, “b” e “c”⁶⁶.

A seguir, como citado, são relevantes também a Convenção de Palermo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção de Mérida das Nações Unidas contra a Corrupção. A primeira prevê a criminalização da lavagem de dinheiro em seu artigo 6, 1⁶⁷; enquanto a segunda o faz no artigo 23, 1⁶⁸.

A Convenção de Palermo data de 2000 e foi internalizada pelo **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, enquanto que a Convenção de Mérida data de 2003 e foi internalizada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**, ou seja, ambas são posteriores à Lei 9.613/98. Não obstante isso, não há dúvida de que elas são válidas

⁶⁶ ARTIGO 3. Delitos e Sanções. 1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão; [...] iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito.

⁶⁷ 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime; b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime; ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

⁶⁸ Artigo 23. Lavagem de produto de delito. 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente: a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as consequências jurídicas de seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens ou do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito; b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produto de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática.

para interpretar os dispositivos da Lei de Lavagem, inclusive porque são consideradas válidas pelo ordenamento jurídico interno com status de Leis Ordinárias.

A Lei nº 9.613, em sua primeira redação, criminalizou a lavagem de dinheiro e a ocultação de bens, direitos e valores oriundos de determinados crimes de especial gravidade e estabeleceu medidas para a sua prevenção e combate, de forma a evitar que o sistema financeiro nacional fosse utilizado para a lavagem dos recursos provenientes de fontes ilícitas.⁶⁹ Ela também apresentou preceitos peculiares na seara processual, estabeleceu regras e obrigações administrativas para aqueles que exercem atividades nos chamados “setores sensíveis” aos esquemas de lavagem, e criou a unidade de inteligência financeira nacional, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).⁷⁰

Desde 1999, os esforços de alinhamento internacional induziram no Brasil a adoção de modelos especiais de “cooperação mútua” nos moldes do indicado pelo Comitê da Basileia, o “Grupo Egmont”, e também o órgão de formulação de políticas de prevenção à lavagem de dinheiro, o *Group d’Action Financière* (GAFI).⁷¹ Todos os elementos aqui trazidos demonstram o primeiro fator importante para a leitura do que seja a tutela penal da lavagem de dinheiro no Brasil: não se trata de preocupação prioritária e originária do legislador brasileiro, mas sim de tutela decorrente do contexto de padronização internacional do direito penal econômico, seja para fazer frente ao caráter transnacional das organizações ou para padronizar as regras a serem seguidas pelos agentes econômicos de diversos países que competem nos mercados globais.

Em termos dogmáticos, por ser um crime acessório, a lavagem de dinheiro depende, necessariamente, de crime prévio para que viabilize sua ocorrência.⁷² Interessante apontar que, na redação original, a Lei 9.613/98 elencava os crimes anteriores, expressamente, *numerus clausus*, em seu art. 1º. Neste rol de crimes antecedentes da redação original da Lei, já não mais havia a restrição de perseguição ao tráfico de drogas. Estavam previstos como crimes antecedentes à lavagem, também, terrorismo e seu financiamento, tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a Administração pública nacional e internacional, contra o sistema financeiro e aqueles cometidos por organizações criminosas.

Esta redação da Lei não apareceu por acaso, ou somente por maior rigidez do legislador brasileiro. As alterações tecnológicas introduzidas ao longo do final da década de 1990 e do princípio deste século, em especial aquelas que transformaram o sistema financeiro, terminaram por tornar ultrapassado o “enfoque” (primário) do legislador que via na criminalização da lavagem de dinheiro um instrumento de combate de primeira linha ao tráfico de drogas e ao poderio das organizações criminosas de caráter supranacional.

⁶⁹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010. p.130.

⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, p.25.

⁷¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. Op. cit., nota 62, p. 103.

⁷² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, p.130.

A partir disso, a doutrina que discutia a matéria passou a se inclinar no sentido de entender e defender que a criminalização da lavagem de dinheiro se justificaria em função da progressiva intolerância social frente às condutas que visam evitar ou frustrar a pretensão estatal de encontrar e tomar as vantagens provenientes da prática de crimes.⁷³ Passou-se a entender que a utilização “livre” dessas vantagens econômicas é, em um primeiro momento, a base de sustentação para a manutenção da organização criminal, e, em um segundo momento, “verdadeira alavanca para novos (e mais audazes) ‘processos’ e iniciativas criminais, muitas delas relacionadas com a corrupção dos agentes políticos e das instâncias formais de controle.”⁷⁴

João Davin afirma que se trata de sustentação porque “mantém um determinado ‘status quo’ criminal” e alavancagem porque “permite o financiamento e a realização de novas ações criminosas.”⁷⁵ Isso gerou, inevitavelmente, o acréscimo de outros delitos considerados importantes para atacar a atividade das organizações criminosas como um todo, assim impactando no rol de crimes antecedentes à lavagem em diversos ordenamentos jurídicos, sendo este momento chamado de “segunda geração” em matéria de combate à lavagem de dinheiro.⁷⁶ Foi neste período histórico que se deu a elaboração e entrada em vigor da lei brasileira.

Após as alterações mais brandas das Leis nº 10.467/02 e nº 10.701/03, recentemente a lei 9.613/98 sofreu alterações mais sensíveis pela Lei nº 12.683/12. Com as alterações da Lei 12.683/2012, qualquer crime ou contravenção penal é agora considerada infração antecedente que pode ensejar a caracterização do crime de lavagem.

Ainda que notadamente demonstre preocupação com a perseguição ao “jogo do bicho” no Brasil, esta alteração legal nada tem de inovadora. Em verdade, trata-se de mais uma manifestação do movimento internacional no sentido de unificação legislativa para o combate à lavagem de dinheiro, neste caso específico decorrente da Declaração de Basileia III. É com base nesta tentativa de se manter atualizado ao movimento de alinhamento internacional em termos de cooperação, que se diz que a nova lei de lavagem de dinheiro do Brasil (Lei n. 12.683/2012) se insere na “terceira geração” do combate à lavagem de dinheiro. Ressalte-se que, a partir desta nova lei, a expectativa natural era a sofisticação da prevenção aos crimes econômicos. Neste sentido, o Relatório-GAFI 2012 sobre o Brasil “foi, como não poderia deixar de ser, bastante elogioso, apontando como deficiência apenas a falta de especificidade regulatória no terrorismo e seu financiamento”.⁷⁷

Contudo, as inovações legislativas não passaram isentas de críticas. Neste sentido, afirma Eduardo Saad-Diniz:

⁷³ DAVIN, João. O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português). Op. cit., nota 61, p. 213.

⁷⁴ Ibid. p. 215.

⁷⁵ Ibid. p. 215.

⁷⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. Op. cit, nota 62, p. 103.

⁷⁷ Ibid p. 103.

No entanto, as inovações não puderam superar algumas contradições internas. Furtar ou roubar passam a ser infrações tão puníveis quanto o tráfico de drogas ou as organizações criminosas. O antigo catálogo taxativo, agora suprimido, estendeu a jurisdição para algumas condutas controvertidas no âmbito administrativo, como a sonegação fiscal. E o que aconteceria com a acusação de lavagem de dinheiro se o procedimento administrativo não chegar a uma conclusão relevante desde a perspectiva criminal? Em caso afirmativo, estaríamos aceitando uma figura “autônoma”, o que seria, para ficar com pouco, uma incongruência.⁷⁸

No momento atual, a lavagem de dinheiro é crime cometido de forma reiterada por organizações criminosas, visando garantir o proveito dos ativos ilícitos. Ademais, os crimes que com ela se relacionam e seu caráter de “crime silencioso” fazem com que sua persecução seja complexa e difícil. Por essas razões é que se diz que este é um crime que “reclama para si mais tempo e dinheiro (do ponto de vista da investigação e do procedimento criminal) do que qualquer outro.”⁷⁹ Neste sentido, adiciona-se aqui que, também em função dos mesmos motivos, o combate à lavagem de dinheiro virá a reclamar para si não só os maiores esforços por parte do Estado, mas também os dos particulares na esfera das obrigações administrativas impostas a corporações e indivíduos.

Esta é a fundamentação para se justificar impor aos particulares a participação na prevenção contra a lavagem de dinheiro. Isso se dá por meio de duas espécies de deveres administrativos: (1) a organização para evitar os delitos e (2) o dever de informar determinadas operações classificadas como suspeitas. Ambos são entendidos como *deveres de compliance*⁸⁰.

Para (1), temos que “as estratégias dos diversos países de combate à lavagem de dinheiro têm como elemento comum o reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar tal delito sem a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime.”⁸¹ Deste modo há a proliferação da já detalhada autorregulação regulada, seja na modalidade sugestionada ou coacionada. Aqui se inserem os programas de *compliance*.

Para (2), no mesmo intuito de cooperação, a lei caracteriza como *gatekeepers* (também chamados de torres de vigia, ou, na tradução literal, guardiões do portão) determinadas entidades ou pessoas que operam em campos sensíveis à lavagem de dinheiro. Os *gatekeepers* normalmente exercem atividades em setores comumente usados pelos agentes de mascaramento de bens de origem ilícita (bancos, corretoras de valores, de imóveis, contadores etc.) e, como o próprio nome diz, são os sujeitos que se encontram entre o agente que quer realizar uma operação e a “porta de entrada” para o sistema financeiro. Em razão desta posição privilegiada, a legislação se

⁷⁸ Ibid. p. 103.

⁷⁹ DAVIN, João. O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português). Op. cit., nota 61, p. 212.

⁸⁰ Cunhando o termo *deveres de compliance* para os deveres administrativos previstos na lei antilavagem: SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 226, p. 13-14, set., 2011.

⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, pp. 34-35.

coloca obsessiva na criação de deveres para estes personagens, partindo da premissa de que o foco nos deveres dos *gatekeepers* teria maior potencial preventivo.

Como se verá adiante, esta premissa é falsa. Por ora, importa ter em mente que a regulação, na forma acima descrita, prevê que os *gatekeepers* não só tenham a obrigação de não colaborar com a prática de atos ilícitos, mas também devam contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público, informando-o de quaisquer atos praticados sob sua égide que tenham aparência de lavagem de dinheiro.⁸² Estes deveres estão elencados, basicamente, nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98. Os obrigados, por sua vez, estão no art. 9º da mesma lei.

Vale ressaltar que as comunicações de operações suspeitas são centrais neste sistema de cooperação. Elas são importantes para que os órgãos de controle e fiscalização possam sistematizar informações, produzir análises de risco e tomar as providências cabíveis, em especial o COAF, que produz vários Relatórios de Inteligência Financeira a partir das informações obtidas. Quanto às comunicações, se uma movimentação suspeita tem sua licitude constatada posteriormente, a lei prevê que as comunicações de boa-fé não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa (art. 11, §2º).

Cabe também ressaltar que a alteração da Lei 9.613/98 pela Lei 12.683/2012 veio a fortalecer a regulação administrativa de setores sensíveis à lavagem de dinheiro, vez que “a nova lei (Lei 12.683/2012) trouxe inovações importantes, como a ampliação do âmbito de abrangência típico e a inclusão de novas obrigações administrativas – aplicadas a um novo e mais amplo rol de entidades e pessoas.”⁸³ Assim, é possível concluir que as mudanças com a reforma foram bastante relevantes, visando à ampliação dos deveres de *compliance* nos dois sentidos possíveis: (1) ampliando os agentes obrigados a prestarem os deveres no rol de obrigados do art. 9º da Lei; e (2) aumentando as próprias regras e exigências, ou seja, os próprios deveres de *compliance* dos arts. 10 e 11.

A expansão dos setores obrigados também é decorrente de harmonização internacional, não sendo o Brasil o único a adotá-la. E tal expansão não é tida como definitiva: “As contínuas mutações no marco legal do combate à *lavagem de dinheiro* serão sempre pautadas por esse movimento de progressiva ampliação das esferas de reciclagem, das entidades obrigadas e dos âmbitos afetados.”⁸⁴

Sobre esta disposição, é importante notar ainda que, quando o Estado impõe deveres legais a particulares, visando tornar possível prevenir a lavagem de dinheiro, então os sujeitos obrigados se convertem em parte relevante da função do Estado de investigar delitos. Isso conseqüentemente alivia a carga dos funcionários encarregados desta tarefa, como polícia, magistratura e Ministério Público, o que leva à constatação de que os sujeitos obrigados exercem parcialmente uma função estatal, tendo em conta que o Estado é o agente estruturado e legitimado para vigiar, prevenir e punir condutas criminosas. Se o próprio Estado que está aparelhado para esta função

⁸² Ibid. p. 35.

⁸³ Ibid. p. 25.

⁸⁴ Ibid. p. 39.

admite sua incapacidade em cumpri-la sem recorrer à colaboração dos particulares, então é possível concluir que esta delegação de deveres de prevenção criminal precisa ser prudente e levar em consideração as limitações concretas e específicas dos agentes obrigados a informar. Tornar-se-ia problemático impor aos particulares um ônus de prevenção e informação que nem o próprio Estado com seus defeitos e virtudes poderia acarrear.⁸⁵

Além disso, por mais que os particulares e as organizações possam aderir à cultura de *compliance* e implementar sanções internas, isso não pode significar a perda da centralidade estatal na prevenção da criminalidade econômica, ou seja, não pode haver um “desmonte do Estado” em matéria de segurança.⁸⁶

Estas afirmativas serão importantes na medida em que se pretenda propor um parâmetro de legitimidade de *compliance*. Isto ocorre porque exigir prudência do Estado na estipulação de obrigações aos particulares significa uma limitação ao poder estatal de futuramente atribuir responsabilidades criminais fundamentadas na infração de dever.

A partir do exposto, chega-se à ideia de que esta limitação, por sua vez, pode ser feita por duas vias: (a) o Estado não pode exigir dos particulares aquilo que ele mesmo não pode cumprir e; (b) o Estado não pode exigir dos particulares aquilo que os particulares não podem cumprir.⁸⁷ As exigências devem ser razoáveis e cumpríveis.

Em que pese a dificuldade (mas não impossibilidade) de se provar isso na prática, os motivos parecem claros. Primeiramente, (a) se o Estado com todo seu aparato não é capaz de cumprir determinada função, não pode exigir que os particulares o façam. A afirmação pode parecer contraditória se analisada em face da regulação de lavagem, uma vez que a ideia de cooperação já se baseia justamente na incapacidade do Estado de cumprir com suas funções de repressão ao crime de lavagem. Ocorre que essa medida não se refere a isso. O que se quer dizer é que o Estado tem limites na produção investigatória. No caso da prestação de informações, por exemplo, há informações que o Estado poderia obter (legitimamente) por outros modos que não aqueles da autorregulação regulada. Nestes casos, a estipulação de deveres está dentro de um limite de legitimidade razoável e o uso de autorregulação regulada se justifica justamente porque é mais eficiente e menos custoso. Já nos casos em que seria impossível para o agente estatal obter determinada informação, se o fornecimento de informação desrespeita o princípio da proporcionalidade ou se os riscos de lavagem relativos àquela informação eram imprevisíveis, a exigência da prestação desta comunicação carece de legitimidade.

⁸⁵ SABADINI, Patricio Nicolás. Avanços e retrocessos em matéria de lavagem de dinheiro. A perspectiva argentina. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArs, 2013.p. 235.

⁸⁶ Expondo a questão de forma esclarecedora: SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: Op. Cit., nota 1, pp. 435 e ss. Realizando a crítica: TAVARES, Juarez. “A globalização e os problemas da segurança pública”. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.) **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 64-65.

⁸⁷ Parte das considerações deste tópico foi retirada daquilo que já apresentamos anteriormente em: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). pp. 58- 76, passim.

Por outro lado, (b) se o mesmo Estado não exige de si próprio que combata sozinho o crime de lavagem de dinheiro porque se assume incapaz de fazê-lo sem a ajuda dos particulares, não poderia então exigir dos particulares que façam aquilo que são assumidamente incapazes de fazer. Isso se refere, especificamente, à ilegitimidade da imposição de padrões regulatórios inatingíveis para particulares, seja em razão da quantidade de regras ou de atos necessários a cumprir com o padrão, do tamanho ou natureza da empresa, dos custos para o cumprimento etc. Caso o Estado o fizesse, estaria visando justamente delegar o cumprimento das funções primordiais que ele próprio não consegue cumprir, além de criar ambiente de aversão ao risco e participar da deterioração (e não do incentivo, como era de se esperar) da atividade produtiva.

Se essas duas limitações não são observadas, o Estado estaria onerando demasiadamente os particulares e se desincumbindo das suas atribuições, tornando as exigências de *compliance* de duvidosa legitimidade. Enfim, com isso se pretende que o Estado possa se valer da política criminal atualmente adotada de exigir informações e organização dos particulares em relação à lavagem de dinheiro, contanto que estes deveres sejam proporcionais e tenham como função o auxílio ao Estado no combate ao crime e não a própria substituição do Estado nesta função.

Deste modo, para exemplificar a limitação, realiza-se uma operação inversa: “pode ser que para o sujeito obrigado determinada atividade não seja suspeita, mas pode ser que o seja para a [Unidade de Inteligência Financeira], por defeito de precisão nos deveres concretos que outorguem prognóstico suspeito em virtude de determinada atividade.”⁸⁸ Não deveria bastar que os agentes do Estado afirmem se tratar de situação suspeita. As condições concretas precisam ser analisadas, em especial quando os indivíduos dispõem de poucos recursos técnicos nas suas atividades para informar o Estado quando este impuser padrões muito altos.

Adentrando enfim os deveres administrativos e suas consequências, as regras de colaboração impõem às instituições obrigações de (a) criar registros e manter cadastros com informações precisas e atualizadas sobre clientes e suas principais operações (procedimento de *conheça seu cliente*); (b) comunicar às autoridades competentes os atos e as transações suspeitas de lavagem de dinheiro e; (c) desenvolver políticas internas de *compliance*.⁸⁹ De especial interesse, no que se refere à reforma promovida pela Lei 12.643/12, é que ela incorporou, no art. 10, o (c) dever de instituir programas de *compliance* em seu inciso III. A menção aos programas aparece na forma de obrigação de “adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto” na própria lei.

Vanessa Alessi Manzi lembra que “dependendo da estrutura da instituição, o programa de prevenção à lavagem de dinheiro pode ser de responsabilidade da área de *compliance* ou de uma área independente que possua o mesmo nível de reporte de

⁸⁸ SABADINI, Patricio Nicolás. Avanços e retrocessos em matéria de lavagem de dinheiro. A perspectiva argentina. Op. cit., nota 85, p. 236.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, pp. 35-36.

*compliance*⁹⁰ (grifos no original). Contudo, via de regra, fala-se em *compliance* para o exercício dessa atividade nas corporações.

Nesta seara, a Associação Brasileira dos Bancos Internacionais sugere os seguintes princípios como norte para a estruturação dos programas de *compliance* no âmbito das instituições financeiras:

- Princípio 1 - O Conselho de Administração é responsável por acompanhar o gerenciamento do risco de compliance da instituição financeira. Deve aprovar a política de compliance, inclusive o documento que estabelece uma permanente e efetiva área de Compliance. Pelo menos uma vez ao ano, o Conselho de Administração deve avaliar a efetividade do gerenciamento do risco de compliance.
- Princípio 2 - A Alta Administração da instituição financeira é responsável pelo gerenciamento do risco de compliance.
- Princípio 3 - A Alta Administração é responsável por estabelecer e divulgar a política de compliance da instituição, de forma a assegurar que esta está sendo observada. O Conselho de Administração deve ser informado a respeito do gerenciamento do risco de compliance.
- Princípio 4 - A Alta Administração é responsável por estabelecer uma permanente e efetiva área de Compliance como parte da política de compliance.
- Princípio 5 - A área de Compliance deve ser independente. Essa independência pressupõe quatro elementos básicos: status formal; existência de um coordenador responsável pelos trabalhos de gerenciamento do risco de compliance; ausência de conflitos de interesse; acesso a informações e pessoas no exercício de suas atribuições.
- Princípio 6 - A área de Compliance deve ter os recursos necessários ao desempenho de suas responsabilidades de forma eficaz.
- Princípio 7 - A área de Compliance deve ajudar a Alta Administração no gerenciamento efetivo do risco de compliance, por meio de: a) atualizações e recomendações; b) manuais de compliance para determinadas leis e regulamentos e sua educação; c) identificação e avaliação do risco de compliance, inclusive para novos produtos e atividades; d) responsabilidades estatutárias (combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo); e) implementação do programa de compliance.

⁹⁰ MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil: Consolidação e perspectivas. São Paulo. Editora Saint Paul, 2008, p. 55.

- Princípio 8 - O escopo e a extensão das atividades da área de Compliance deve estar sujeita à revisão periódica por parte da auditoria interna.
- Princípio 9 - As instituições devem atender a todas exigências legais e regulamentares aplicáveis nas jurisdições em que operam, e a organização e a estrutura da área de Compliance, bem como suas responsabilidades, devem estar de acordo com as regras de cada localidade.
- Princípio 10 - O compliance deve ser encarado como uma atividade central para o gerenciamento de risco em um banco. Nesse contexto, algumas atividades podem ser terceirizadas, mas devem ficar sob a responsabilidade do “chefe” do compliance.⁹¹

A previsão do antigo art. 10, inc. III, referente à prestação de informações ao COAF, passou a estar presente no inc. V da nova redação do art. 10, mas com a novidade de não mais ser necessário o requerimento judicial por parte do Conselho. Contudo, o COAF não poderá exigir mais do que a lei lhe permite, tendo os obrigados o direito à garantia constitucional do sigilo bancário constante no artigo 5º, X, da Constituição⁹² e tendo o Conselho o dever de “preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas”.

Ainda no âmbito do dever de informação ao COAF, a lei estipula em seu art. 11 a obrigatoriedade de comunicação das operações suspeitas e das movimentações que ultrapassem os limites fixados em lei às autoridades competentes. “O COAF classifica como operações suspeitas casos em que há indícios veementes e operações atípicas. As instituições financeiras são os principais informantes do COAF, por meio da prestação de informação ao Banco Central sobre operações que possam constituir indício de lavagem de dinheiro.”⁹³ No caso desta exigência, cada ente não só deverá lhe comunicar as operações suspeitas, como também deverá avisar regularmente ao seu órgão regulador – ou ao próprio COAF na ausência deste – quando não houver ocorrência de atividades anormais ou atípicas. Esta exigência já foi criticada pelo seu potencial de sobrecarga das pessoas físicas que atuam nos setores em questão sob o argumento de que estas pessoas poderiam passar “parte significativa de seu tempo comunicando às autoridades públicas a inexistência de atos suspeitos em seu âmbito de atividades.”⁹⁴ Vale acrescentar a esta crítica que essa disposição somente existe porque os órgãos estatais de fiscalização do sistema não conseguem fiscalizar minimamente a estrutura e eficiência das estruturas de *compliance* e prestação de informações dos agentes regulados (como se verá adiante em mais detalhes). Como os agentes

⁹¹ ABBI. **Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <<http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance09.pdf>>. Acesso em 05 de setembro de 2012. pp. 9-10.

⁹² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, p.134.

⁹³ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: Consolidação e perspectivas*. São Paulo. Editora Saint Paul, 2008. p. 57.

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, p.41.

reguladores não realizam algo que deveriam, repassam deveres (praticamente inúteis) aos particulares.

No que se refere às operações suspeitas e o reforço da comunicação, afirma Saad-Diniz:

As recomendações da Carta Circular n. 3.151/2004, Bacen, limitavam-se a 43 operações suspeitas previstas. A sua vez, nas Recomendações da Carta Circular n. 3.461/2009, e 3.452/2012, a incidência mais do que dobra, atingindo o número de 106 operações suspeitas previstas. Os índices em escala ascendente, curiosamente, coincidem com os esforços do Judiciário em aplicar o sistema penal brasileiro antilavagem. E já logo no início de 2013, duas novas, 3.653 e 3.654/2013, foram editadas pelo Bacen, igualmente orientadas pela regulamentação do dever de comunicar operações suspeitas.⁹⁵

Estes deveres previstos na Lei Antilavagem ainda são complementados por outras normativas também aplicáveis à matéria de *compliance*. Cita-se aqui, como exemplo: (i) Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2.554/1998, que em seu art. 1.º, § 2.º trata da responsabilidade da direção pela implantação de *compliance* nas instituições e no art. 6.º, I e II, da adoção de controles adicionais; e (ii) as Resoluções do COAF n.º 20, de 29/08/2012 e n.º 24, de 16/01/2013, que implementam a política de prevenção pela imposição de deveres às pessoas jurídicas e trazem procedimentos às pessoas físicas não submetidas à regulação de órgão regulador próprio.⁹⁶

Recentemente, chamou atenção a Resolução n. 4.595/2017 do Banco Central, que regulamentou a “política de conformidade” (*compliance*) aplicável às instituições financeiras. A resolução apareceu no mesmo momento em que a Operação Lava Jato passou a se preocupar com *compliance* bancário⁹⁷ e que a Medida Provisória 784/17 foi editada para atribuir ao Banco Central a competência para articular os acordos de leniência com as instituições financeiras, desta forma blindando-as de uma série de procedimentos.

Apesar do contexto, segundo Eduardo Saad Diniz, a legislação apresentou avanços pontuais:

... especialmente porque conferiu maior especificidade às recomendações internacionais sobre a matéria, que tendem a tratar os controles de forma indiscriminada e à indiferença do contexto em função do qual se desenvolve a atividade bancária. Preocupou-se em diferenciar os bancos (na proporção de sua natureza, porte, complexidade, estrutura, perfil de risco e modelo de negócio), abriu a possibilidade para atuação colaborativa em conglomerados ou cooperativas de crédito e, com

⁹⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470. In: **Revista dos Tribunais**, n. 933. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 158-159

⁹⁶ *Ibid.* p. 159.

⁹⁷ Conferir: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/09/1915540-falhas-e-omissoes-colocam-bancos-na-mira-da-operacao-lava-jato.shtml>>, acesso em 04/09/2017.

certo ineditismo na normativa brasileira, recomendou a avaliação da ‘aderência’ das instituições à normativa aplicável (art. 7º, I).⁹⁸

No referente aos pontos negativos, o Autor apresentou importante crítica acerca do que chamou “sobrecarga de informação (*information overload*)”, em que as instituições fornecem informações em excesso, prejudicando o controle estatal no modelo de autorregulação regulada e aumentando os custos da gestão bancária com relatórios burocráticos. Para o professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto:

Temos quase uma década de evidências “pós-Dodd Frank Act” (legislação norte-americana que regula o risco bancário), demonstrando que não basta a crença no aumento da supervisão bancária, mas sim esforços genuínos para se determinar a informação relevante e suficiente para a colaboração. E, para se levar a sério o intercâmbio de informações, a resolução teria que enfrentar as questões centrais de sigilo e de confidencialidade da informação, com todas as suas implicações em termos de cooperação internacional. A perda de uma excelente oportunidade estratégica de regulação pode ser ruim para as instituições financeiras, que devem alocar seus recursos (nem sempre abundantes) para implementar programas sem, na verdade, conhecer as prioridades e sua utilidade perante fiscalizadores e reguladores. Os procedimentos internos ficam engessados e se aumentam os custos de transação, perdendo-se, ao final, a percepção sobre o retorno do investimento em compliance. Consequência disso, ou se reduzem as iniciativas de governança bancária a “programas de fachada” ou simplesmente se alienam as instituições, que deixam de encontrar argumentos consistentes que justifiquem a cooperação⁹⁹.

É importante entender qual a razão de tamanho empenho em exigir a prestação de comunicações acerca de operações suspeitas. As comunicações são importantes para que os órgãos de controle e fiscalização possam sistematizar informações, produzir análises de risco e tomar as providências cabíveis. Essa atividade é realizada especialmente pelo COAF, que produz vários Relatórios de Inteligência Financeira a partir das informações obtidas. Estes relatórios já trazem cuidadosamente uma avaliação acerca das possibilidades de uma determinada operação ser uma operação de lavagem de dinheiro. A partir disso, os relatórios terminam servindo de norte para a atividade persecutória das operações de lavagem e dos delitos antecedentes a elas.

Quanto às comunicações, se uma movimentação suspeita tem sua licitude constatada posteriormente, a lei prevê que as comunicações de boa-fé não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa (art. 11, §2º). Apesar de ser acertada a medida, é preciso bem delimitar e apurar o que é uma comunicação de boa-fé, uma vez que existe a possibilidade de ocorrerem abusos na prestação de informações de operações lícitas, principalmente em face da “sobrecarga de informações” e das possibilidades de captura dos agentes reguladores (em especial o COAF e o Banco Central), conforme será discutido adiante.

⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance e regulação bancária na Resolução do BC. *In*: **Jornal Valor Econômico**, 12.09.2017, disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/5115300/compliance-e-regulacao-bancaria-na-resolucao-do-bc>>, com acesso em 14/09/2017.

⁹⁹ *Ibid.*

Para o descumprimento das obrigações acima mencionadas, a Lei nº 9.613/98 prevê, em seu art. 12, algumas sanções administrativas que variam de acordo com a gravidade da conduta.¹⁰⁰

É com relação às repercussões penais do descumprimento dos deveres administrativos, que as divergências sobressaltam. Para Pierpaolo Cruz Bottini, “o descumprimento dessas regras não implica automaticamente na responsabilidade penal – nem na forma de omissão imprópria.”¹⁰¹ Eduardo Saad-Diniz afirma ainda que “a nova lei não estabelece critérios claros (consciência do risco, circunstâncias normativas ou suporte material na configuração do delito) para sua aplicação prática, e a posição de garantidor ainda segue sendo bastante indefinida.”¹⁰² Cumpre lembrar que a posição de garantidor é critério essencial para a aplicação da responsabilidade por omissão imprópria, nos moldes do art. 13, §2º do Código Penal.

A posição de garantidor em *compliance* aparece frequentemente vinculada às atribuições do *compliance officer*. Neste sentido, as modificações da nova lei também reforçaram a preocupação com a figura do *compliance officer* e sua possível posição de garantia “com base nos art. 10, III e IV da Lei 12.683/2012, que recomendam a adoção de políticas de prevenção, e o art. 11, II e III, que menciona a responsabilidade do dirigente e do *compliance officer*, sem contudo determinar os limites.”¹⁰³

Nesta esfera, seria possível resumir os entendimentos acerca da relação entre a infração dos deveres de *compliance* e a responsabilidade penal por lavagem de dinheiro em três (3) posicionamentos. As correntes, em síntese, são: (1) aquela que recorre à Lei 7.492/86 para afirmar a responsabilidade penal pelo descumprimento de deveres de *compliance* relacionados à prática de lavagem; (2) aquela que entende que a responsabilidade é meramente administrativa e; (3) aquela que entende que o descumprimento dos deveres está associado à responsabilidade penal.

A primeira corrente (1) entende que, a partir do recurso aos artigos 4º, 16 e 22 da Lei 7.492/86 (Lei dos crimes de colarinho branco), seria possível apontar a responsabilidade penal daquele que descumpra deveres de *compliance* e termina por colaborar com uma operação de lavagem de dinheiro. A razão de política criminal para este recurso seria coibir o descumprimento de dever que pode ajudar a tornar uma operação de lavagem de dinheiro ainda mais silenciosa.

Giovani Saavedra aponta que esta corrente é criticada porque as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulariam fenômenos diferentes e somente a lei antilavagem prevê deveres de *compliance*. Desta forma, o entendimento se pauta pela ideia de que os deveres de *compliance* não se destinariam à tutela do sistema financeiro como um

¹⁰⁰ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, p.132.

¹⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, p.42.

¹⁰² SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. Op. cit., nota 62, p. 104.

¹⁰³ Ibid. p. 104.

todo, mas sim, somente à identificação de movimentações financeiras suspeitas de lavagem de ativos ilícitos. Assim “seria necessária a criação de um tipo específico, que ainda não foi criado, nem mesmo pela nova lei de *lavagem*”.¹⁰⁴

A segunda corrente (2) “defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de *Compliance* seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98”.¹⁰⁵ O principal fundamento para este posicionamento é que a lei é bastante expressa acerca de a responsabilidade ser administrativa. Desta forma, em face da taxatividade do princípio da legalidade penal e da característica de *ultima ratio* do direito penal, a limitação da responsabilidade à esfera administrativa seria até mesmo manifestação da regra constitucional da proporcionalidade. O problema deste posicionamento é que precisa dialogar com as possibilidades de prática de lavagem de dinheiro por meio da infração dos deveres de *compliance*, especificamente quando se sabe que a conduta cometida foi dolosa.

Chega-se, enfim, à terceira (3) e última corrente: aquela que admite a responsabilidade penal a partir do descumprimento dos deveres de *compliance*. Neste caso, é preciso ter em conta algumas questões “preliminares” que nem sempre são apresentados no caminho de fundamentação dos diferentes posicionamentos.

A primeira questão diz respeito à natureza do crime de lavagem de dinheiro. Desde a leitura de Pierpaolo Cruz Bottini, nota-se que há inescusável uso da teoria da imputação objetiva¹⁰⁶ para apurar as responsabilidades penais por lavagem de dinheiro. Na Lei 9.613/98, a imputação tomaria as seguintes feições específicas:

Em suma, a *participação* na lavagem de dinheiro, na modalidade de *colaboração material*, somente tem relevância penal se (1) o agente criar um *risco*, (2) esse risco não for permitido – (2.1) porque desrespeita *normas, atos normativos e regras técnicas profissionais de cuidado* ou (2.2) porque viola o *dever normal de cautela derivado da experiência geral da vida*, que consiste no dever de *cuidado ou abstenção* nos casos em que (2.2.1) seja *previsível o resultado* (sob uma perspectiva *ex ante* levando em consideração os *conhecimentos especiais do agente*), e que (2.2.2) seja *exigível o cuidado* (baixo custo social da cautela e idoneidade da mesma para proteger bens jurídicos) – (3) esse *risco não permitido* contribuir *causalmente* para o resultado e (4) o resultado estiver dentro do *âmbito de abrangência* da norma de cuidado¹⁰⁷

De se notar que, se se está a utilizar modelo tão ajustado de imputação objetiva, desde a própria conceituação original de Claus Roxin, este somente poderia ser

¹⁰⁴ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. Op. cit., nota 53, p. 716.

¹⁰⁵ Ibid. p. 716.

¹⁰⁶ A imputação objetiva utilizada por Bottini segue, neste caso, os critérios propostos por Claus Roxin: criação de um risco juridicamente desaprovado que se realiza no resultado. Neste sentido, mais em: GRECO, Luís. **Um panorama da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Em especial conferir as pp. 130 e ss., onde Greco esquematiza o ora afirmado.

¹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, pp. 133-134.

um *delito de resultado*¹⁰⁸ ou delito de domínio¹⁰⁹. Desta forma, quando a prática de lavagem estiver relacionada a uma *ação*, a infração a um dever de *compliance* pode ser relevante na medida em que signifique a valoração e desaprovação do risco criado com a tal *ação*. Os deveres de *compliance*, portanto, podem apontar o limite do risco juridicamente permitido.

Em suma, não há problema em uma infração de um dever de *compliance* ser utilizada para a atribuição de responsabilidades penais, desde que se trate de uma *ação dolosa* (incluindo os casos de dolo de segundo grau e de dolo eventual quando a lei assim admite no §2º, I do art. 1º) de participação no crime de lavagem praticado por terceiro. Ocorre que isso exige, em termos de *provas*, que esteja demonstrada a relação entre a ocorrência do delito e a infração do dever. Não basta, enfim, que seja uma relação potencial: o sujeito que infringe o dever necessariamente tem que ter consciência ou indícios muito fortes de que a infração do dever auxiliará a prática do crime e, apesar disso, ainda assim cometer a infração (demonstrando que queria ou assumiu o risco do resultado). Ainda, a responsabilidade somente pode ser levada adiante *se* o cumprimento do dever, em concreto, seria idôneo para dificultar a prática do crime. Em caso contrário, tratar-se-ia de mera *ação neutra* impunível¹¹⁰, porque realizar uma operação é somente prática de ato comum à atividade profissional e o autor da lavagem encontraria o serviço disponível em outra instituição financeira que, mesmo cumprindo o dever de *compliance* em análise, veria o cumprimento ser imprestável para evitar o resultado do delito (prejudicar a administração da justiça por meio da prática de lavagem de dinheiro).

Diferente é a situação em que, como já criticado anteriormente, deseja-se atribuir a responsabilidade penal na forma de *omissão* pelo simples descumprimento de um dever de *compliance*. É importante ressaltar que, neste caso, não se está mais a falar em um delito de resultado, mas sim em um *delito de infração de dever*¹¹¹. Este

¹⁰⁸ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015. pp. 81-82.

¹⁰⁹ Este é requisito básico para a aplicação da teoria, nos moldes do ensinamento de Greco, a ver: GRECO, Luís. **Um panorama da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, passim. No mesmo sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal** [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pp. 171 e 179/181.

¹¹⁰ Seria mesmo discutível se não se trata de caso de *ação neutra* impunível. Sobre o tema: “3. O problema das ações neutras deve ser resolvido no tipo objetivo da culpabilidade, especificamente, na valoração do risco criado como juridicamente desaprovado ou permitido. 4. O princípio da proporcionalidade, principalmente o seu sub-princípio, da idoneidade, pode ser utilizado como diretriz de interpretação para restringir o alcance do tipo objetivo da culpabilidade. 5. Assim, contribuições que podem ser obtidas em qualquer outro lugar, de qualquer outra pessoa que age lícitamente, sem qualquer ulterior dificuldade para o autor principal, não podem considerar-se proibidas, porque tal proibição seria inidônea para proteger o bem jurídico concreto. Ocorre que, se a proibição melhorar de modo relevante a situação do bem jurídico, dificultando de alguma forma a sua lesão, já será ela legítima, e o risco criado juridicamente desaprovado”. GRECO, Luís. **Culpabilidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 169-170.

¹¹¹ Trazendo a distinção entre delitos de domínio e delitos de infração de dever, dentre outros: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de ‘*compliance*’. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 54. São Paulo, 2014; SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econô-

posicionamento não se sustenta porque responsabilizar alguém pela omissão do cumprimento de um simples dever administrativo de informar seria responsabilizar o agente por uma *omissão pura* (semelhante à omissão de socorro). Contudo, uma responsabilidade desta natureza exigiria a redação de um tipo penal específico de omissão própria, algo que simplesmente não existe na Lei 9.613/98.

A última hipótese, enfim, seria a de responsabilidade penal por lavagem de dinheiro na forma de comissão por omissão (omissão imprópria) quando o descumprimento do dever de *compliance* seja relevante para o cometimento do crime, com gravidade e relevância equivalentes à ação (aquela ação de auxílio à prática do crime já explicada anteriormente).

Inicialmente, para tornar a hipótese mais clara, lança-se mão de um exemplo de cada forma distinta de auxílio.

A princípio, pelo auxílio por meio de *ação* infringindo deveres de *compliance*, seria responsável o *gatekeeper* que, responsável por realizar o cadastro do cliente, propositalmente registra renda mensal falsa, fazendo com que os registros apontem para cliente com lastro econômico para realizar determinada operação que, caso o cadastro estivesse correto, constaria como operação suspeita por falta de lastro econômico. Se a operação é reconhecidamente uma operação de lavagem e o cumprimento do dever seria idôneo para auxiliar a administração de justiça a encontrar os bens, seu proprietário ou sua origem, então o *gatekeeper* pode ser responsável pela sua *ação* (fazer constar informação falsa no cadastro).

Distinto é o caso de um outro *gatekeeper* que, no mesmo contexto, é responsável por comunicar operações suspeitas e, sabendo de todo o acima exposto, toma conhecimento que aquele cliente específico realizará operação em espécie, em valor superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), sem lastro econômico para tal e tendo como fiador da operação um funcionário público. Caso este *gatekeeper se abstenha de comunicar* esta operação, notavelmente uma operação suspeita, e o cumprimento do dever seria idôneo para auxiliar a administração de justiça a encontrar os bens, seu proprietário ou sua origem, então o *gatekeeper* pode ser responsável pela sua *omissão* (deixar de comunicar).

Demonstradas as hipóteses de auxílio por ação e por omissão imprópria, retornamos à discussão acerca da responsabilidade penal por lavagem de dinheiro na forma de comissão por omissão (omissão imprópria) em razão do descumprimento de deveres de *compliance*. Esta hipótese se ampara no fato de que os deveres de *compliance* são deveres legais e, uma vez que a ocorrência de lavagem tenha relação com a falta de cumprimento de algum deles, então o infrator se faria responsável como garantidor, na forma do art. 13, §2º, “a”, do Código Penal.

mico-profissional no âmbito das organizações empresariais. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 117, ano 23, pp. 91-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. - dez., 2015; GRECO, Luís ... [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, e; BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; todos passim.

A questão que se apresenta neste momento é a de que caberia analisar, detalhadamente, os termos utilizados pela lei de lavagem. Isso porque o Código Penal atribui o dever de garantidor somente àquele que “tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”. Desta forma, na maior parte dos deveres de *compliance* na lei antilavagem, referentes à comunicação, não se trata de obrigação de “cuidado, proteção ou vigilância”, mas somente de obrigação de “comunicar”.

A divergência parece estar na obrigação do art. 11, I, da Lei 9.613/98. Ele aduz que: as pessoas do art. 9º “dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se”. Aqui é que se tem buscado a fundamentação para o dever de garante na forma do art. 13, §2º, “a”, do Código Penal.

Ocorre que, na forma da redação do próprio caput do art. 13 do Código Penal, a responsabilidade por omissão só é atribuível a quem tinha o dever e *podia* evitar o resultado. Isto significa que, além de existir a posição de garantidor, seria preciso observar as particularidades do caso e das previsões da responsabilidade por omissão imprópria antes de se atribuí-la.¹¹²

Esta questão foi levada a discussão durante a Ação Penal 470/MG, o “Mensalão”. A importância do caso, para além da repercussão midiática, revela-se no fato de que se trata de precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com inegável tendência a criar jurisprudência.

Nesta ocasião, apurou-se que o entendimento acerca dos deveres de *compliance* no julgamento veiculou o entendimento de que a mera verificação de “*non-compliance*” geraria a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de cuidado e desencadearia a atribuição de responsabilidade na forma da omissão imprópria. “Semelhante entendimento significou para o julgamento que a simples omissão de dever de comunicar os fatos, sem o devido cuidado de identificação dos agentes ou natureza das transações, foi já necessária para a infração do dever de cuidado dos agentes financeiros, resultando em condenação”.¹¹³

Diante do exposto, Giovanni Saavedra criticou este ponto do julgado pela Ação Penal 470/MG por duas razões: (1) o entendimento ali veiculado “parece estar se consolidando na jurisprudência” e (2) “ainda não se logrou êxito em definir adequadamente os critérios materiais dessa forma de responsabilização criminal”.¹¹⁴ O Autor ainda traz as razões pelas quais discorda desta corrente do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, dentre as quais se seleciona aqui três delas, particularmente aquelas que se crê mais pertinentes ao que este trabalho busca fundamentar:

¹¹² SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal** [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. pp. 212-213.

¹¹³ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470. Op. cit., nota 95, p. 161.

¹¹⁴ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. Op. cit., nota 53, p. 718.

... 1) *Pena e Proporcionalidade*: ela parece violar o princípio da proporcionalidade, à medida que, em princípio, atribui punição mais gravosa à instituição financeira autorizada (art. 1º da Lei 9.613/98, pena de 3 a 10 anos e multa) e menos gravosa aos gestores da instituição financeira clandestina (art. 16 da Lei 7.492/86, pena de 1 a 4 anos); 2) *Problema processual*: essa orientação parece infringir direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, incerto no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, dado que não se pode, por um lado, obrigar as instituições financeiras a prestar informações financeiras e depois puni-las com base nessas provas por ela produzidas; 3) *Responsabilidade Penal Objetiva*: é necessário que se desenvolvam critérios materiais e não meramente formais para a aplicação da figura do garante, sob pena de se passar a adotar uma espécie de responsabilidade penal objetiva, totalmente rechaçada pela melhor doutrina [...] ¹¹⁵

Nota-se que as razões de Saavedra estão fundamentadas em razões dogmáticas. Caberia então apresentar, também, porque esta forma de se interpretar a omissão imprópria como operação automática após o descumprimento de deveres de *compliance* carece de referencial político-criminal adequado.

A princípio, Eduardo Saad Diniz lembra que o “*non-compliance*” envolve estruturas de comunicação no âmbito empresarial nada fáceis de serem entendidas. Além disso, os atos de gestão empresarial podem ter cumprido todos os deveres de *compliance* estabelecidos pela normativa pertinente e, ainda assim, ter-se praticado lavagem de dinheiro. Assim, da mesma forma que o cumprimento não garante a evitação do delito, nem sempre a falta de cumprimento ou o cumprimento parcial dos deveres traz como consequência uma prática de lavagem. ¹¹⁶

Contudo, uma vez que a responsabilização automática tem se operado, a ideia de implementação de cultura de *compliance* baseada na integridade e *tone at the top* passa a se ver ameaçada, perdendo espaço para os modelos de vigilantismo e delegações de deveres e responsabilidades. Por isso é que se diz que este precedente que equipara a infração de dever à responsabilidade criminal “pode estimular um sistema de delegação de responsabilidade no interior da corporação, ou ainda pior, a assim chamada ‘irresponsabilidade organizada’ e mais vulnerabilidade aos empregados”. ¹¹⁷ No lugar da interpretação que expande o papel exercido pelas normas penais, o julgador poderia ter se preocupado com a busca pelo desenvolvimento de mecanismos jurídicos que visassem o direcionamento político-criminal de evitação da criação de bodes expiatórios e não justamente a perversão os sistemas de delegação de responsabilidade por meio do reforço penal do cumprimento de deveres de natureza administrativa que são plenamente delegáveis. ¹¹⁸

Outra questão polêmica envolvendo os programas de *compliance* e a responsabilidade penal se refere ao dolo eventual na modalidade de “*cegueira deliberada*”.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470. Op. cit., nota 95, pp. 162 e ss.

¹¹⁷ Id. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. Op. cit., nota 62, p. 106.

¹¹⁸ Ibid. p. 107.

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) sustenta a equiparação entre o conhecimento efetivo, pelo sujeito, de que a sua conduta contribui para a prática de um delito e aquelas situações em que, estando este conhecimento acessível, o sujeito opta deliberadamente por não acessá-lo. Segundo Ramón Ragués Vallés, três (III) são os requisitos para a aplicação da teoria: (I) a falta de representação total dos elementos típicos, (II) a decisão do sujeito de permanecer em um estado de ignorância e (III) o propósito de beneficiar-se deste estado de ignorância.¹¹⁹

Desde esta perspectiva, para Pierpaolo Bottini, “se o diretor de instituição financeira suprimir os sistemas de compliance e desativar mecanismos de comunicação, representando a possibilidade da prática de *lavagem de dinheiro*, haverá *dolo eventual* pela *cegueira deliberada*” (grifos no original).¹²⁰

A teoria da cegueira deliberada é teoria do *common law*. Ao contrário da construção romano-germânica, o *common law* não se vale da mesma diferenciação dogmática entre dolo direto e dolo eventual que o direito escrito faz. Em verdade, há somente a preocupação com um único “elemento pessoal”, na forma do “*mens rea*”. Na esfera das responsabilidades individuais fundamentadas pelas disposições de *compliance*, a escola do direito costumeiro adota a ideia de que o indivíduo que delega a outro setor a responsabilidade sobre *compliance* não está autorizado a desativar os mecanismos de comunicação. Se o faz, trata-se de ato proposital visando nunca saber se há um delito que pode ser evitado dentro da corporação. Desta forma, age com dolo de deixar que o delito ocorra, não se preocupando em evitá-lo, ainda que tenha o dever de fazê-lo.

No Brasil a teoria vem sendo importada com aplicação parecida, mas relacionada ao dolo eventual. Na lei de lavagem, a *cegueira deliberada* vem sendo utilizada para justificar o dolo eventual no conhecimento da origem ilícita dos bens ou valores de uma operação, em especial porque o crime de lavagem de dinheiro é um crime necessariamente doloso, que não aceita modalidade culposa em razão do seu dolo especial de “reinscrição dos ativos ilícitos no mercado formal lícito”.¹²¹

Esta interpretação interessará a *compliance* quando se referir especificamente às responsabilidades criminais em delitos comissivos por omissão, na esfera das responsabilidades individuais. A interpretação impede que os membros da alta cúpula deleguem obrigações que lhes são próprias a funcionários hierarquicamente

¹¹⁹ Cf.: RAGUÉS VALLÉS, Ramón. La Doctrina de la Ignorancia Deliberada y su Aplicación al Derecho Penal Económico-Empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRO LLINARES, Fernando (Org.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. España: La Ley, 2013.

¹²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro na APn 470/MG. In: **Revista dos Tribunais**, n. 933, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 398.

¹²¹ Neste sentido BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, pp. 26-27. Mesmo que a legislação não exija que todas as fases do processo de lavagem sejam completas (ocultação, dissimulação e reinscrição), bastando que qualquer das fases ocorra para configurar desde já a ocultação ou dissimulação da origem ilícita do ativo, o dolo tem que ser de chegar à fase final (intenção de reciclar os bens). Desde esta perspectiva, não se pune, por exemplo, quem oculta valores ilícitos sem intenção de reinscrição na economia com aparência de licitude, pois isso configura mero aproveitamento do benefício obtido com a prática delituosa, desta forma se tratando de exaurimento do crime anterior ou *post factum* impunível.

inferiores e depois se “ceguem”, fazendo aquilo que não é legítimo: a delegação completa. Admitir algo assim seria admitir a estruturação de *compliance* e da delegação de funções para somente eximir a alta administração da responsabilidade penal, assim transferindo-a aos empregados. Por estas razões, a utilização do dolo na forma da “*cegueira deliberada*” faria parte da própria ideia de um programa de *compliance* que se direcione político-criminalmente à proteção dos trabalhadores, de seus direitos e espaços de liberdade.

Em suma, a conclusão a que se chega é a de que o Brasil estaria ainda despreparado para assumir um padrão rígido de cumprimento de deveres de *compliance* em matéria de lavagem de dinheiro. Isso ocorre não só em função da falta de condições materiais adequadas por parte do Estado, responsável por gerar uma onerosidade excessiva aos particulares para atingir uma efetividade bastante duvidosa. A crítica se direciona também à própria iniciativa privada estabelecida no país, avessa ao cumprimento normativo e à criação de cultura negocial, historicamente acostumada a se “en-castelar” no Estado, de forma lícita ou ilícita.

Por fim, para demonstrar o ora defendido e apontar as necessidades de se repensar a política criminal em torno de *compliance* no Brasil, passa-se a analisar a eficiência da regulação de lavagem por meio dos deveres de *compliance*.

*2.4.1.1 Críticas à tutela da informação por meio dos deveres de compliance na lei antilavagem*¹²²

De acordo com Isidoro Blanco Cordero, a cooperação internacional em matéria de lavagem de dinheiro se dá em razão da própria natureza internacional do fenômeno da prática reiterada desta espécie de delito.¹²³ Isso significa que as ações direcionadas contra a lavagem de dinheiro tendem à adoção de medidas de coordenação a escala até mesmo mundial.

Nesta esfera, o Autor expõe que tais medidas preventivas contra a lavagem derivariam, fundamentalmente, de duas preocupações de razão político-criminal: (1) enfrentar o crime organizado e o tráfico de drogas e (2) evitar o risco para a solidez e estabilidade dos institutos de crédito e a credibilidade do sistema financeiro em seu conjunto.¹²⁴

A partir destas considerações prévias, nota-se que a tutela do crime de lavagem de dinheiro revela duplo interesse de política criminal: (1) reforçar o controle

¹²² Parte deste tópico se encontra em: OLIVEIRA, José Carlos; AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR, Matheus de. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. *Quaestio Iuris* (Impresso), v. 10, p. 365-388, 2017. Neste tópico estará exposta especificamente aquela parte do citado artigo que expõe a realidade do sistema de comunicação de operações financeiras e o controle exercido por COAF e Banco Central do Brasil. Ainda que se tenha tentado manter boa parte da redação e a essência de sentido do texto original de quando nos manifestamos inicialmente sobre o tema, aqui foi realizado o recorte daquilo que se entendeu mais relevante para este trabalho e a inserção de novos elementos e várias considerações, especialmente com relação ao tema deste trabalho.

¹²³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 2 ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2002. p. 95.

¹²⁴ *Ibid.* p. 115.

sobre o crime anterior, protegendo a administração de justiça; e (2) reforçar tutela de mercado, especificamente da liquidez e transparência do sistema financeiro¹²⁵. Em ambos os casos, a tutela da informação se destaca.

Partindo destes pressupostos, desde a perspectiva deste trabalho, a (1) tutela da administração da justiça por meio do fortalecimento do controle do crime anterior se dá em razão do empenho em minar a atividade do crime organizado. Isso não significa, contudo, uma simples defesa da política criminal neoliberal, pois pode ser compreendida, ao contrário, como uma preocupação com a sua particular forma de exploração, que não nega, mas sim reafirma e se vale das mazelas da forma econômica atual, ainda que não se submeta ao direito formal.

Já o (2) reforço da tutela do sistema financeiro merece algumas considerações. Esta se dá não tanto pela “confiança” nele, ou sua “estabilidade”, uma vez que a lavagem pode ser até mesmo funcional (lucrativa) para o andamento do sistema e ela ocorre de forma silenciosa.

Em verdade, em contextos como o brasileiro, é bastante difícil justificar que a lavagem de dinheiro abale a “confiança” em um sistema (o financeiro) que não precisa de confiança porque se impõe no modelo econômico vigente. Não é novidade para ninguém que de toda a elite (nacional e estrangeira) que se “encastela” nas estruturas do Estado brasileiro (nos termos já expostos), nenhuma é mais forte que a elite do sistema financeiro. Em face das precárias condições de financiamento da atividade econômica brasileira (também na forma já exposta) e da facilidade em “comprar” ou “manter dependentes” as demais elites, a elite financeira mantém o Estado brasileiro atuando em seu absoluto interesse, passando imune aos atuais escândalos de corrupção que contaram com a generosa contribuição do sistema financeiro auxiliando tanto na evasão de divisas quanto na lavagem de dinheiro. Ao final, não se apura qualquer quebra real de confiança ou estabilidade do sistema financeiro no Brasil.

Prova disso é a edição da Medida Provisória 784/17. Esta atribuiu ao Banco Central a competência para articular os acordos de leniência com as instituições financeiras, desta forma blindando-as de uma série de procedimentos no exato momento em que a “Operação Lava Jato” passava a se direcionar contra os programas de

¹²⁵ Importa ressaltar que esta ideia de dupla tutela pelo crime de lavagem de dinheiro não é pacífica. Pelo contrário, há quem entenda que ela ampliaria demasiadamente o alcance do tipo penal, a ver: SCHMIDT, Andrei Zenkner. O (ainda necessário) debate acerca do conceito material de lavagem de dinheiro. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. pp. 678-679. Schmidt, entendendo de forma diametralmente oposta àquela defendida neste trabalho, ampara-se em conceitos de “ofensividade” e “bem jurídico” para defender que a tutela da lavagem de dinheiro deveria se focar “na relevância, para a solidez de uma economia, de determinados fluxos financeiros terem de ocorrer de forma transparente, como meio necessário à salvaguarda da higidez econômica em sua concepção mais ampla” (Ibid., p. 684). Este posicionamento já é curioso, por si, em razão da alegada função de “limitação do poder de punir” que o Autor entende que o conceito de bem jurídico poderia prover em face do princípio da ofensividade. Em um exercício de lógica formal, portanto, uma exigência de pluriofensividade traria “pluri-barreiras”, devendo restringir e não ampliar o alcance do tipo penal. Contudo, para além de discussões doutrinárias, o que se pretende aqui é justamente comprovar com o quê a tutela da lavagem de dinheiro se preocupa, bem como porque o referencial político-criminal deveria ser a real preocupação se o que se deseja é a “contenção do poder punitivo”.

compliance cosméticos dos bancos. Não é coincidência que sua aparição tenha se dado em mais um momento de denúncias da Procuradoria Geral da República contra o então presidente em exercício, que necessitava de apoio para manter seu frágil governo: agradar a elite financeira era uma obrigação.

Enfim, a partir do exposto, o (2) reforço da tutela do sistema financeiro aparenta ser muito mais uma questão de “estabilizar as regras do jogo”. Isso ocorre porque há quem continue a praticá-la mesmo sabendo da função primária da lavagem de reforçar o controle sobre o crime antecedente (1). Esta diferença de comportamento entre os agentes do sistema financeiro termina por criar distorções nos custos de transação e nas oportunidades de negócios entre aqueles que se dispõem a auxiliar mais ou menos quem queira lavar dinheiro, prejudicando justamente aqueles que queiram colaborar com a atividade jurisdicional. Desta forma, a tutela da lavagem de dinheiro, sancionando aqueles que continuam a praticá-la, serviria para reequilibrar a concorrência no sistema financeiro, por isso sendo possível falar também em (2) tutela do sistema financeiro.

Passadas estas questões preliminares de ordem a justificar a tutela da lavagem de dinheiro, passa-se a discutir como a tutela da informação na lei de lavagem auxilia ou não a atingir as (2) razões de política criminal supracitadas.

Inicialmente, cabe lembrar que, no modelo de autorregulação regulada da Lei 9.613/98, há exigências de que (I) as pessoas obrigadas se regulamentem de modo a prevenir internamente possíveis ocorrências de lavagem de dinheiro. Ato essencial desta regulamentação é o *fornecimento de certas informações* aos agentes reguladores. Por parte do Estado (II), as exigências são de que ele, além de receber e processar as informações fornecidas pelos particulares visando evitar a ocorrência de lavagem, conceda vantagens aos agentes obrigados que cumpriram os procedimentos e, ainda assim, sejam surpreendidos com a ocorrência de lavagem em sua atividade. Por outro lado, os agentes reguladores devem sancionar (aqui administrativamente) aqueles que não cumpram os procedimentos da lei, desta forma promovendo o supracitado “equilíbrio da concorrência no sistema financeiro”, privilegiando aqueles que atuam conforme a lei.

Ocorre que, no Brasil, os agentes que cumprem a função do Estado na Lei Antilavagem são exatamente as agências reguladoras das empresas obrigadas a informar. Neste cenário, dois órgãos se destacam: (1) o Banco Central do Brasil (BACEN), porque é a agência reguladora dos Bancos e; (2) o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), porque (I) é a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) brasileira, responsável por receber, armazenar e sistematizar informações, elaborar Relatórios de Inteligência Financeira e contribuir para o combate à lavagem de dinheiro com base em planejamento estratégico, ações de inteligência e de gestão de dados e; (II) porque é o órgão responsável pela regulação e processamento de todas as pessoas obrigadas que não tenham agência regulatória própria.

O (1) Banco Central do Brasil é uma autarquia responsável por determinar as regulamentações da atividade financeira no país. Para o presente trabalho, as normativas relevantes ao tema serão divididas em dois blocos, a saber: (a) quanto aos deveres de informar; (b) quanto aos deveres de conformidade na atuação.

Quanto (a) aos deveres de informar exigidos dos particulares, o Banco Central tem suas cartas circulares e resoluções administrativas pautadas pelas “40 Recomendações do GAFI”¹²⁶. Dentre as recomendações relevantes ao tópico, algumas se destacam. A recomendação n.2, que dispõe acerca da cooperação e da coordenação das informações entre países, determina a necessidade de se unificarem as informações financeiras e a criação de mecanismos eficazes que permitam o compartilhamento rápido destas entre os países. Com relação ao sigilo profissional, dispõe a recomendação n.9 que as normas de sigilo não podem configurar óbice à aplicação das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI).

A recomendação n.10 determina que as instituições financeiras não podem manter contas anônimas (*know your client policy*), devendo as informações exigidas serem mais detalhadas à medida que os valores e a complexidade das movimentações cresçam. Os dados devem ser conferidos sob pena de interrupção da transação. As entidades sem personalidade jurídica, em particular, devem oferecer informações sobre seus fundadores, administradores e apresentar suas fontes de recursos (recomendação n.25). Não apenas tais obrigações deveriam ser impostas aos novos clientes, mas aos já existentes. O banco de dados de cada instituição deve armazenar documentos suficientes para reconstituir todas as transações financeiras realizadas no espaço mínimo de cinco anos (recomendação n.11). Caso uma dessas operações se mostre suspeita, seja pelo valor, seja pela operação em si, as autoridades competentes devem ser informadas (recomendação n.20).

Diante destas exigências internacionais, o Banco Central emitiu, em 2009, a Carta Circular n. 3.461, várias vezes revisada desde então. Dentre as principais exigências, destacam-se: (I) em seu art.2º, estão definidas as informações mínimas necessárias para que um cliente seja aceito (pessoa física ou jurídica), devendo ainda os antigos clientes terem seus cadastros atualizados; (II) em seu art.6º, exige-se o registro de todos os serviços financeiros prestados, suficientes para análise posterior da compatibilidade entre a movimentação de recursos e a atividade econômica e a capacidade financeira do cliente, da origem dos recursos movimentados e dos beneficiários finais das movimentações; (III) ainda no art.6º, exige-se o *registro de toda movimentação que supere o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) ou que gere a suspeita de ser artifício de engano*; (IV) todos os dados devem ser armazenados por, no mínimo, cinco anos, exceto algumas movimentações com cheques, que devem ser armazenados por, no mínimo, dez anos (art.11); (V) *toda movimentação acima de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) ou, ainda que inferior, mas que pareça suspeita, deve ser comuni-*

¹²⁶ Elas se encontram disponíveis em três versões na plataforma digital do órgão: Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>>, com acesso em 05-09-2015.

cada ao COAF até, no máximo, o próximo dia útil (art.12). Para tanto, os procedimentos, os instrumentos de comunicação e as situações exemplificativas devem ser amplamente divulgados pelo Banco Central (art.19).

Semelhantemente à circular referida, a Resolução n. 4.331, de 2014, em seu art.9º, determina para as operações no âmbito do SML os deveres de: I - identificar o cliente (remetente ou destinatário, conforme o caso); II - obter suporte documental que comprove a operação. Este último fica dispensado caso o valor da operação seja igual ou inferior a US\$3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos).

Quanto (b) aos deveres de conformidade na atuação, o Banco Central também segue os padrões de segurança do GAFI. Desde esta perspectiva, recomenda-se que cada país, ao implementar um modelo de atuação, avalie os riscos e as principais fontes de risco sistêmico a que suas instituições estão submetidas, adaptando programas que coíbam o financiamento do terrorismo e a lavagem de dinheiro coerentes. A mesma análise é exigida das instituições e dos profissionais para que operem no sistema financeiro.

À luz disto, a Circular n. 3.461, em seu art.1º, §1º, exige políticas claras de organização interna e de análise de riscos, a saber: (I) especificar, em documento interno, as responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição; (II) contemplar a coleta e o registro de informações tempestivas sobre clientes, que permitam a identificação dos riscos de ocorrência da prática dos mencionados crimes; (III) definir os critérios e os procedimentos para seleção, treinamento e acompanhamento da situação econômico-financeira dos empregados da instituição; (IV) incluir a análise prévia de novos produtos e serviços, sob a ótica da prevenção dos mencionados crimes; (V) ser aprovada pelo conselho de administração ou, em sua ausência, pela diretoria da instituição; (VI) receber ampla divulgação interna.

De acordo com o §2º, tais procedimentos teriam de aliar-se a medidas expressas que permitam: (I) confirmar as informações cadastrais dos clientes e identificar os beneficiários finais das operações; (II) possibilitar a caracterização ou não de clientes como pessoas politicamente expostas¹²⁷. O §4º deixa claro o intuito de viabilizar a cooperação internacional e de garantir transparência na forma como a instituição conduz seus investimentos.

Quanto ao *compliance officer*¹²⁸, o art. 18 determina que as instituições financeiras indiquem ao Banco Central do Brasil o diretor responsável pela implementação e pelo cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações, ainda que este desempenhe outras funções na instituição, exceto a relativa à administração de recursos de terceiros.

Quanto a estes tópicos, a Carta Circular n. 3.654/2013 alterou a redação do *caput* do art.1º da Circular 3.461/2009, criando a exigência de que os programas de prevenção sejam compatíveis com o “porte e o volume de operações” da instituição,

¹²⁷ De acordo com a Circular n.3461 do Banco Central, são “Pessoas Expostas Politicamente” (PEP) aqueles que exercem ou exerceram cargo público ou função relevante, no Brasil ou no exterior, nos últimos cinco anos. Os cargos e funções estão listados, para uma interpretação restritiva, nesta mesma circular.

¹²⁸ *Compliance officer* é o indivíduo que assume a responsabilidade pelo programa de *Compliance* de uma determinada corporação.

enquanto o art.10º ressalta a necessidade de “monitoramento contínuo reforçado, mediante a adoção de procedimentos mais rigorosos para a apuração de situações suspeitas”.

Conforme se expôs, as recomendações do GAFI estabelecem padrões a serem impostos regionalmente. Porém, há ainda uma grande preocupação com a forma como é conduzida a supervisão pelos órgãos oficiais, sendo as mais relevantes: (a) a especial atenção aos bancos de fachada, submetendo-os à análise prévia e ao acompanhamento contínuo (recomendação n.26); (b) as condições ideais para inspecionar, exigir informações relevantes e cumprimento de obrigações, além de poderes para a imposição de sanções disciplinares e financeiras (cancelar, restringir ou suspender a autorização para atuar), caso a regulamentação seja desrespeitada (recomendação n.27); (c) a centralização das informações e da análise de denúncias (recomendação n.29); (d) a capacidade para congelar e apreender bens utilizados ou provenientes de atividade criminosa (recomendação n.30); (e) o uso dos poderes coercitivos para recolher documentos, depoimentos e demais provas necessárias para a investigação (recomendação n.31); (f) a realização de estudos estatísticos sobre matérias relevantes para a eficiência do sistema (recomendação n.33)¹²⁹; (g) o retorno de toda comunicação oferecida pela instituição, informando as providências tomadas e sugerindo medidas a serem aplicadas e diretrizes de atuação segura, de forma a efetivar a “autorregulação regulada” (recomendação n.34); (h) a garantia de que o sistema jurídico tenha sanções proporcionais e dissuasivas de natureza civil, administrativa e criminal aplicáveis a pessoas singulares ou coletivas que descumprirem as recomendações (recomendação n.35).

Pela mesma ordem, a Resolução n. 4.282 de 2013 estabeleceu as diretrizes da regulamentação do sistema de pagamentos brasileiro, sendo seus princípios, dentre outros, a confiabilidade, qualidade e segurança dos serviços de pagamento e inclusão financeira, observados os padrões exigidos.

Para o devido cumprimento de todas as funções assumidas, o Banco Central criou um “Manual de Supervisão” para instruir seus agentes. A supervisão, de acordo com o manual, deve observar: (a) os riscos assumidos e a capacidade de gerenciamento dentro de limites regulamentares e prudenciais; (b) o cumprimento das normas específicas e a conformidade aos padrões legais e regulamentares de atuação; (c) a divulgação de informações pelas instituições supervisionadas de governança corporativa nos aspectos de transparência e equidade no relacionamento com os participantes do mercado; (d) a realização da supervisão particular de conduta.¹³⁰

A seção n. 20 define o acompanhamento das instituições como a supervisão das atividades e do planejamento desenvolvido, considerando as características, o porte, o perfil de risco e a complexidade, observando a solidez da organização, as alterações da estrutura patrimonial e o perfil de riscos. Cabe aos supervisores medir a

¹²⁹ O Banco Central desenvolve alguns estudos e disponibiliza em sua plataforma digital. Ver: <<http://www.bcb.gov.br/?estatsfn>>, com acesso em 17-05-2015.

¹³⁰ Manual de Supervisão, disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/gmn/visualizacao/listarDocumentosManualPublico.do?method=listarDocumentosManualPublico&idManual=1>>, com acesso em 23-09-2015, p.39.

qualidade da gestão, o cumprimento de normas e a confiabilidade das informações contábeis em cada nível hierárquico.¹³¹

Por fim, com relação às sanções, a Circular n. 3.461 atualmente atribui ao Banco Central a competência para aplicar as sanções previstas na Lei n. 4.595/64, inclusive em casos de violação aos deveres impostos pela Lei n. 9.613/98, tanto às instituições quanto a seus administradores que deixarem de cumprir as obrigações estabelecidas.

Todas as modalidades são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas que atuem no sistema financeiro, com exceção à proibição para atuar (com limite máximo de vinte anos), aplicável às empresas de auditoria, auditores independentes e auditores responsáveis pela auditoria de instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central (de acordo com a Lei n. 6.385/76, art.26). A pena de multa, a depender da infração – sendo exemplo a infração à lei de lavagem –, pode chegar a R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais). A inabilitação, em caso de violação aos deveres impostos pela Lei n. 9.613/98, pode chegar a dez anos. Ainda é possível que as penas sejam aplicadas cumulativamente.

O (2) Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é órgão colegiado, antes subordinado ao Ministério da Fazenda e agora subordinado ao “Superministério” da Justiça e Segurança Pública.

O COAF regula alguns dos setores obrigados pela lei de lavagem de dinheiro. São eles: (a) o comércio de bens de luxo ou de alto valor; (b) administradoras de cartões de crédito que não sejam instituições financeiras e administradoras de cartões de credenciamento; (c) empresas de *factoring* e securitização de ativos e títulos mobiliários; (d) comércio de joias, pedras e metais preciosos; (e) comércio de objetos de arte e antiguidade; (f) pessoas jurídicas não financeiras que realizam serviços de transferência nacional ou internacional de numerário; (g) empresas de assessoria, consultoria, auditoria, aconselhamento ou assistência.

Deve-se ter em conta que o COAF age, de forma estratégica, como agente regulador destes setores. Embora no ambiente das instituições financeiras haja riscos, são nos referidos setores que ocorre mais facilmente o último processo da lavagem, de reinserção do capital na economia. Com o exercício desta função pelo COAF, a apuração de denúncias é facilitada.

Outros órgãos reguladores, como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central do Brasil, ainda enviam toda sua comunicação de operações suspeitas de lavagem ou outro ilícito para análise do COAF. Dessa forma, entendeu a administração pública que estes seriam os setores considerados mais frágeis, tanto pela atividade, quanto pela falta de regulação específica para operações de lavagem de dinheiro.

Cumprindo a recomendação n. 29 do GAFI, o COAF atua como Unidade de Inteligência Financeira, centralizando e avaliando informações e denúncias. O fato de ele ser a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) brasileira e estar subordinado a Ministério do Poder Executivo (antes da Fazenda, agora da Justiça e Segurança Pública) é criticado. Prefere-se, em geral, que a Unidade de Inteligência Financeira seja uma

¹³¹ Ibid. p.14.

autarquia, com maior independência operacional. Pela Lei n. 9.613/98, ainda são funções do COAF disciplinar atividades econômicas e aplicar sanções aos administradores e às pessoas jurídicas que deixem de cumprir as obrigações nela previstas. Cumulativamente ou não, as sanções são as mesmas aplicáveis pelo Banco Central.¹³²

Por atuar como órgão regulador de diferentes setores específicos, é função do COAF detalhar as obrigações impostas pelos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98¹³³. Tais resoluções esclarecem os procedimentos de prevenção de forma particular a cada um dos setores, sendo seu dever observar a efetividade na implementação.¹³⁴

A revisão, em 2012, da Lei de Lavagem, foi entendida como um “fortalecimento da rede de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo”, tornando “mais coesos os deveres das pessoas obrigadas e os instrumentos dos órgãos supervisores”¹³⁵. A partir destas alterações, todas as instituições e os agentes que atuem em um desses setores deve ter prévio cadastro autorizado no COAF (seguindo as mesmas recomendações do GAFI). Ainda em complemento às obrigações de manutenção de cadastros de clientes e aos registros de operações e à comunicação de operações suspeitas ao COAF, exige-se atualmente a implementação de políticas de transparência e de controles internos¹³⁶.

As comunicações recebidas pelo SISCOAF¹³⁷ recebem uma análise eletrônica pré-programada e são distribuídas individualmente aos analistas técnicos.¹³⁸ Tanto a comunicação recebida, quanto o processo pelo qual cada uma passa, são ambos registrados e armazenados no mesmo *software*, de forma que o banco de dados tem um volume crescente e construtivo¹³⁹, utilizando as rotinas trabalhadas como subsídio para a resolução de comunicações subsequentes¹⁴⁰. A central de gerenciamento de risco e de prioridades (CGRP) apura cada comunicação e abre arquivos para o aprofundamento de cada caso. Os casos ainda são hierarquizados de acordo com a amplitude do risco pela mesma central.¹⁴¹

¹³² Cf.: <<https://coaf.fazenda.gov.br/menu/sendo-regulado/processo-administrativo>>, com acesso em 23-09-2015.

¹³³ Cf. entrevista com Adrienne Senna Jobim, primeira presidente do COAF (1998-2002), em “Caso & Caso: 1ª coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro”, p.11.

¹³⁴ Cf.: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/sobre-a-lavagem-de-dinheiro>>, com acesso em 23-09-2015.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Cf. as declarações de Jaime Alves de Freitas, ex-secretário-executivo do COAF: “Caso & Caso: 1ª coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro”: “Posteriormente, ao final de 2003, ocorreu a integração entre os sistemas do COAF [SISCOAF] e do Banco Central (SISBACEN), permitindo que todas as informações fossem registradas e disponibilizadas de forma eletrônica. Implementou-se, também, a figura do *dossiê virtual*, que permite a inserção de documentos, informações, imagens e análises procedidas, diretamente no sistema COAF, eliminando-se a necessidade de arquivos físicos para guarda de processos que, além de permitir maior agilidade e facilidade de localização das informações, com reflexos positivos diretos no resultado dos trabalhos afetos ao COAF, ampliou o controle no acesso aos dados sigilosos por parte de pessoas não autorizadas”, p.21.

¹³⁸ Cf. entrevista com Adrienne Senna Jobim, primeira presidente do COAF (1998-2002), em “Caso & Caso: 1ª coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro”, p.10-11.

¹³⁹ Cf. as declarações de Jaime Alves de Freitas, ex-secretário-executivo do COAF: “Caso & Caso: 1ª coletânea de casos brasileiros de lavagem de dinheiro”, p.22.

¹⁴⁰ Cf.: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/recebimento-e-analise-de-comunicacoes>>, com acesso em 23-09-2015.

¹⁴¹ Ibid.

Encerradas as análises, registra-se o relatório de inteligência financeira (RIF). Este ainda pode se originar: (a) de ofício, a partir de uma atuação espontânea do COAF; (b) por um intercâmbio de informação (uma denúncia que não se originou por um dos órgãos fiscalizados, mas por outro órgão regulatório nacional); (c) pela solicitação de uma autoridade estrangeira ou por outra unidade de inteligência financeira.¹⁴²

Com base no art.15, da Lei de Lavagem, caso as análises concluam pela existência fundada de indícios de lavagem, deve o COAF encaminhar o RIF, bem como todas as provas colhidas, às autoridades competentes. Até seu encaminhamento ao órgão responsável, o conteúdo do relatório de inteligência financeira é sigiloso, nos termos da referida LC n.105/01. Recebido pela autoridade competente, passa a ser de responsabilidade desta respeitar o sigilo.¹⁴³

Com relação ao intercâmbio de informações (compartilhamento do relatório de inteligência financeira) pela solicitação de outro órgão (nacional ou estrangeiro), é necessário o cumprimento dos seguintes requisitos: (a) que a autoridade solicitante seja responsável pelo procedimento de investigação do crime de lavagem de dinheiro (ou de qualquer outro ilícito objeto do pedido); (b) que na solicitação estejam: o número e a natureza do procedimento de investigação instaurado, informações sobre os fundados indícios da existência do ilícito sob investigação (com indicação do respectivo tipo penal) e identificação das pessoas envolvidas na investigação (indicando o nome e o cadastro de pessoa física ou jurídica).¹⁴⁴

Diante das exigências internacionais e do perfil de atuação do COAF, que possui (com base no Dec. n.9.003/17) 31 funcionários, sendo 15 destes responsáveis pela análise e fiscalização das comunicações de operações suspeitas, fica evidente tratar-se de órgão que necessita de grande suporte financeiro, tecnológico e de pessoal, ou, de outro modo, corre o risco de não ter sua atuação ocorrendo de forma eficaz.

Para além disso, em face do exposto, fica claro que a tutela da informação é bastante rígida no ordenamento jurídico brasileiro em matéria de combate à lavagem de dinheiro e passa diretamente pelo controle que os entes reguladores fazem dessa mesma informação. Restaria saber, então, até que ponto a tutela da informação tem ajudado os reguladores da atividade financeira a atingirem seus objetivos de forma eficiente, ou se, de forma contrária, tem levado estes mesmos entes à captura pelos agentes regulados em função da (I) dependência que teriam dos regulados na prestação das informações e (II) da disfunção no exercício das atividades causada pelo excesso de informações a processar.

Diante da relevância do papel desempenhado por COAF e Banco Central, é natural que exista uma intensa pressão por parte dos setores regulados para que seus interesses sejam atendidos. É inegável, contudo, reconhecer que a defesa apaixonada de um modelo de agências independentes pode carregar, no mínimo, uma forte carga

¹⁴² Cf.: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/relatorio-de-inteligencia-financeira-rif>>, com acesso em 23-09-2015.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

de ingenuidade. Também, sonhar com autoridades equilibradas, imparciais e tecnicamente preparadas, democráticas e comprometidas com o interesse público pode passar longe da realidade.¹⁴⁵

Diante disso, é preciso ter em conta que, se a regulamentação existe, ela só existe porque sua ausência, em algum momento, era considerada igualmente danosa para a coletividade. Deste modo, de forma a compensar os danos da regulação e mantê-la, é preciso identificar quando as agências de controle não cumprem adequadamente seu papel e por que isto ocorre. Finalmente, o que se propõe é fazer uma análise crítica do sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro, buscando (1) apontar onde o sistema não é eficiente, (2) apontar por que isso acontece e (3) quais as possíveis medidas que poderiam mitigar o problema.

Neste sentido, como já demonstrado acima, algumas das principais atividades de Banco Central e COAF se relacionam justamente com o processamento das informações prestadas pelos agentes privados. Em especial, cabe levantar a relevância dos relatórios de inteligência financeira produzidos pelo COAF, visto que são cruciais no processamento e na análise das operações comunicadas. Por apontarem as operações com suspeita de lavagem de dinheiro, esses relatórios terminam por condicionar e direcionar a quantidade de inquéritos e, conseqüentemente, ações penais e condenações em lavagem de dinheiro no País, sendo elementos centrais do sistema de controle.

Faltaria, então, saber se este tipo de regulação é eficaz frente ao que pretende enfrentar. Neste sentido, analisando-se historicamente, observa-se que, no início da atividade do COAF, houve alto crescimento de inquéritos, ações penais e condenações em lavagem de dinheiro, em especial no período de 2003 a 2006, quando foi maior a informatização e a integração entre as instituições envolvidas no combate a este delito, com especial destaque para a atuação do COAF em parceria com a Polícia Federal.¹⁴⁶

Quanto ao Banco Central, era destacada sua eficiência na exigência das informações precisas de seus regulados, bem como sua análise de informações antes do repasse ao COAF, no período inicial de atuação no controle contra a lavagem. De acordo com as estatísticas disponibilizadas pelo COAF, em 2009, foram comunicadas 93.270 operações suspeitas pelos setores regulamentados pelo Banco Central, com o nível de eficiência (porcentagem útil das informações prestadas) apurado, após a comunicação e a emissão do relatório de inteligência financeira, girando em torno de 57%¹⁴⁷.

Seria necessário saber, então, se o controle aumentou em número de operações e em eficiência ao longo dos anos. Para isto, faz-se necessário analisar alguns dados de especial importância para este trabalho.

¹⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.73.

¹⁴⁶ MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**: Consolidação e perspectivas. São Paulo. Editora Saint Paul, 2008, p. 57-59.

¹⁴⁷ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, p. 72.

De início, é importante observar os números de comunicações recebidas dos setores obrigados entre os anos de 2011 e 2014¹⁴⁸. O recorte foi importante porque permitiu incluir os dados consolidados de dois anos antes e dois após a efetivação da nova redação da Lei Antilavagem. Assim, visou-se apurar se o enrijecimento das obrigações administrativas decorrente da mudança legislativa somado ao fortalecimento da regulação por meio da tutela penal, após o julgamento da Ação Penal 470/MG pelo Supremo Tribunal Federal, foram positivos no sentido de aumentar a eficiência na prevenção (político-criminal) contra a lavagem de dinheiro. Neste sentido, as operações suspeitas foram: em 2011, 1.289.087; em 2012, 1.587.427; em 2013, 1.286.233; e em 2014, 1.144.542.

Percebe-se que há um número muito alto de operações comunicadas, sempre ultrapassando um milhão. Vale ressaltar que, dentro das operações em espécie acima elencadas, a maior parte delas é prestada justamente pelo Banco Central do Brasil. A autarquia representa sempre mais da metade das comunicações e o número de suas comunicações sempre apresenta crescimento, ainda que os valores gerais, conforme acima demonstrado, apresentem queda a partir da mudança da lei antilavagem. Desta forma, os relatórios do COAF servem para demonstrar que o Banco Central é o maior responsável pelas informações prestadas. Logo, trata-se do protagonista do sistema financeiro e do controle antilavagem, justificando que a análise ora empenhada se dê sobre sua atividade, além da do COAF.

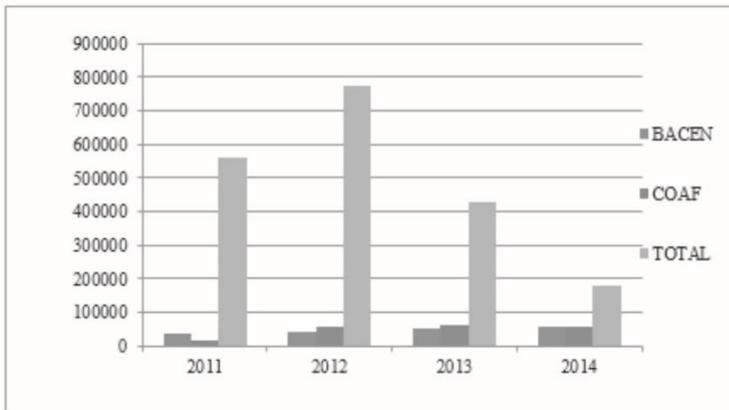
Quanto às operações classificadas como atípicas, aquelas que atraem maiores atenções dos entes reguladores por conterem indícios mínimos de prática de lavagem, os números seguem caminho aparentemente inverso, a ver¹⁴⁹:

Em 2011, elas eram 559.992, sendo 37.237 do Banco Central e 16.684 do COAF; em 2012, elas foram 775.535, sendo 41.819 do Banco Central e 55.646 do COAF; já em 2013, 426.153 no total, sendo 53.244 do Banco Central e 62.732 COAF; enfim, em 2014, eram 177.467 operações suspeitas para 57.455 do Banco Central e 53.818 do COAF. Em números absolutos, graficamente:

Gráfico 1 – Operações suspeitas comunicadas ao COAF

¹⁴⁸ Dentre os números de 2012 a 2014, há divergências no próprio site do COAF, onde no disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/dados-abertos/coaf-em-numeros.xls/@download/file/COAF%20em%20numeros.xls>> há inversão entre os números de 2012 e 2014. Deduz-se que este arquivo inverteu os dados, porque no arquivo disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/dados-abertos/comunicacoes-por-segmento-anos-antigos.xls/@download/file/C%C3%B3pia%20de%20Comunica%C3%A7%C3%B5es%20por%20Segmento%20-%20anos%20anteriores.xls>>, há o número apontado de 1.587.427 para 2012 e 1.144.452 para 2014, sendo que, neste último arquivo, os números citados configuram a soma das comunicações de todos os segmentos, enquanto o primeiro só dá os números sem apontar do que eles se compõem, dando a entender que houve mera confusão de digitação antes de colocar os números naquele arquivo específico. Em tentativa de contato oficial para esclarecimento, não obtivemos resposta, de modo que adotaremos a interpretação aqui explicada, tanto por ser mais lógica, quanto porque a inversão não faz tanta diferença para o objeto e as conclusões deste trabalho. Ambos os arquivos foram acessados entre setembro e dezembro de 2015.

¹⁴⁹ Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/dados-abertos/comunicacoes-por-segmento-anos-antigos.xls/@download/file/C%C3%B3pia%20de%20Comunica%C3%A7%C3%B5es%20por%20Segmento%20-%20anos%20anteriores.xls>>. Acesso em set. - dez., 2015.



Fonte: O Autor

Observa-se, a partir do gráfico, que o caminho seguido pelas operações suspeitas, no total, parece apontar para o decréscimo. Resta então apontar para as causas de isso acontecer dessa forma, o que é possível apurar nos mesmos arquivos do COAF. De fato, a diminuição em 2013 e 2014 pode ser referente a uma correção de distorção por excesso de exigência da regulação. Antes deste período, os setores de Loterias e Mercado Segurador estavam informando operações suspeitas em grande quantidade (Loterias na casa dos 150 a 200 mil e Mercado Segurador na casa dos 300 a 500 mil) e baixíssima efetividade (0,59% para Loterias e 1,33% para Mercado Segurador). Com a normalização das comunicações prestadas por eles (na casa de 4.500 para Loterias e 45 mil para Mercado Segurador em 2014, números bem abaixo dos anteriores), a quantidade de operações suspeitas terminou diminuindo em proporção inversa ao aumento da prestação de informações dos demais setores. Esta mesma correção pode justificar, ainda, a queda do total de comunicações recebidas a partir de 2012.

Para corroborar este apontamento, os agentes reguladores de maior interesse para este trabalho, COAF e Banco Central, fizeram exatamente o caminho inverso das operações suspeitas no total, apontando para acréscimo no período.

E se as comunicações despencaram, a proporção de operações suspeitas dentro do universo do total de operações comunicadas, igualmente despencou, chegando ao número de 177.467 operações atípicas para 1.144.542 comunicações totais no ano de 2014, configurando quase um milhão de comunicações não aproveitadas para investigações mais elaboradas, que somente ficaram armazenadas como dados.

Cabe ressaltar, por outro lado, que ao contrário do número total, os números de operações suspeitas oriundas dos setores de interesse deste trabalho, Banco Central e COAF, aumentaram. Os aumentos, contudo, se deram em proporções bastante diferentes. No caso do COAF, o aumento no período justifica-se também pela alteração legislativa, uma vez que muitos setores sem órgão regulador passaram a ser obrigados e automaticamente se reportaram justamente a ele, na forma da lei; mas em 2014, a diminuição aponta para uma possível “normalização” no período a seguir. Por outro

lado, no caso do Banco Central, ao contrário do COAF, não houve aumento brusco no número de comunicações de atividades suspeitas, seguindo uma linha de aumento constante e regular das comunicações totais. O caso do Banco Central parece ser, em síntese, o caso mais seguro para apontar alguma “tendência” na regulação da tutela da informação na lei de lavagem de dinheiro.

Ainda, é de especial interesse aqui a única variável que se apresenta comum a todos os setores sujeitos à tutela da informação no sistema financeiro (tanto os dois entes de maior interesse para este trabalho quanto os demais): a discrepância entre total informado e as operações atípicas, sendo observável constante *diminuição da proporção* de comunicações de operações suspeitas frente às comunicações de operações total. Esta variável é observada tanto no sistema em geral, quanto nos casos de COAF e Banco Central isoladamente. Assim, independentemente de um setor comunicar mais ou menos operações suspeitas a cada ano, este mesmo setor estará *sempre* comunicando *proporcionalmente menos* operações suspeitas (aquelas que serão de fato utilizadas para investigar lavagem de dinheiro) no mesmo período.

E se a análise das comunicações totais, em comparação com as operações suspeitas, já aponta para uma preocupante sobrecarga do COAF por informações com pouca utilidade que aumentam a cada ano, quando o grau de eficiência é observado, as preocupações se acentuam. Como já afirmado anteriormente, o grau de eficiência apurado era de 57% para os regulados pelo Banco Central em 2009. Já a eficiência apurada no período compreendido entre 2011 e 2014 esteve em 25,31% para o COAF e somente 15,92% por parte do Banco Central, o que demonstra absoluta queda na eficiência das informações prestadas pela autarquia.

Somando os dois fatores acima expostos, quais sejam (1) a diminuição na proporção de comunicações de operações suspeitas frente às comunicações de operações em geral e (2) a queda absoluta na eficiência das informações prestadas, é possível concluir que o aumento de controle em operações acima de certo valor só tem servido para aumentar o banco de dados e, de certo modo, sobrecarregar o COAF. A regulação, da forma como existe hoje, somente serve para criar ilusão de controle sobre essas operações, enquanto, na verdade, mantém todo o controle nas mãos dos regulados. Uma vez que o ente regulado sabe que só serão avaliadas as operações que ele indica como suspeitas, porque as operações comunicadas são muitas e o órgão regulador só analisa as principais, então ele tem o controle sobre o que o regulador irá apurar de fato: somente as operações que ele, regulado, indicar como suspeitas.

Em face disso, um agente regulado, valendo-se da dependência do ente regulador e da mínima possibilidade de ser descoberto, pode tanto falsificar quanto esconder informações essenciais em casos de lavagem. Ao mesmo tempo, pode propositalmente comunicar várias operações que sabe serem lícitas como se fossem operações suspeitas, de modo a sobrecarregar de informações – e assim aumentar a dependência – do regulador.

Como caso prático em que isso já aconteceu, é possível citar a própria Ação Penal 470/MG, no caso do réu Henrique Pizzolato. Este teve sua condenação por lavagem de dinheiro fundamentada, dentre outros motivos, por ter falsificado dados e

omitido comunicações ao COAF das operações do chamado “Mensalão”, visando garantir que os proveitos ilícitos fossem mascarados no sistema financeiro. Esta conduta nunca foi apurada pelo órgão regulador, sendo que só pôde ser descoberta após o desenrolar da sobredita Ação Penal e a conferência das provas documentais e testemunhais, contrariando o conteúdo das comunicações falsamente prestadas.

Inclusive, nada impede que isto continue acontecendo, pois, se o órgão não consegue sequer apurar todas as comunicações fornecidas, que é sua função primária, dificilmente conseguirá apurar quais foram prestadas maliciosamente com o conhecimento de que não eram comunicações relevantes e o intuito deliberado de sobrecarregar o COAF. Falta, também, fiscalização contínua dos programas de *compliance* por parte do poder público. A ideia de autorregulação regulada e cooperação entre as partes, neste sistema, foi bastante distorcida.

Ainda, quando operações que são suspeitas, ou certamente envolvidas em lavagem de dinheiro, não são comunicadas como operações suspeitas, é muito difícil que ocorra a descoberta desta prática. Normalmente, esta descoberta só ocorrerá quando um processo penal relacionado a outros crimes se deparar com a prática desta operação de lavagem. Por outro lado, mesmo quando o processo penal descobre práticas de lavagem, a punição das empresas pela infração administrativa da comunicação incorreta raramente ocorre, uma vez que há total falta de alinhamento entre as diversas instâncias de controle, em especial o Ministério Público e os órgãos de regulação. Isso é plenamente demonstrado pelos baixos números na aplicação de multas, conforme se verá adiante.

Diante disso, torna-se ainda menos provável que os órgãos de controle consigam apurar os casos de lavagem de dinheiro quando a lavagem ocorre em operações que não estejam dentre aquelas obrigatoriamente comunicáveis no âmbito da Lei 9.613/98 e a regulação derivada. Se, por exemplo, uma ou várias operações com valores inferiores a cinquenta mil reais envolverem lavagem de dinheiro e um programa de *compliance* efetivo e seguidor da regulamentação vigente não conseguir, ainda assim, encontrá-las e apontá-las como suspeitas, dificilmente estas operações serão descobertas (porque os órgãos estão condicionados pelas informações prestadas pelos entes regulados).

Esta dependência que COAF e Banco Central apresentam em relação a seus regulados na matéria de lavagem de dinheiro aponta para a ineficiência do modelo brasileiro de autorregulação regulada, consequência da *assimetria* de informações que permeia o sistema desde sua origem. A seguir, para corroborar esta hipótese, vide uma tabela sobre as atividades realizadas pelo COAF entre 2012 e 2014:

Tabela 1 - Todas as atividades realizadas pelo COAF entre 2012 e 2014				
	2012	2013	2014	Total
Comunicações recebidas dos setores obrigados	1.587.427	1.286.233	1.144.542	4.018.202
Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) produzidos	3.178	2.450	2.104	7.732

Comunicações relacionadas nos RIFs	105.259	108.962	85.759	299.980
Pessoas relacionadas nos RIFs	77.049	52.812	15.772	145.633
Intercâmbio com autoridades nacionais	2.971	3.107	2.421	8.499
Intercâmbio realizado com UIF (Rede de Egmont)	160	170	164	494
Bloqueio de recursos (em R\$ milhões)	484	927,5	61,4	1.473
Averiguações Preliminares concluídas	73	27	16	116
Cadastramento de pessoas reguladas	1.748	2.685	771	5.204
Processo Administrativo Punitivo instaurados	45	9	6	60
Processo Administrativo Punitivo julgado	12	10	18	40
Advertências aplicadas	21	17	18	56
Multas aplicadas (em R\$ mil)	211,1	624,4	453,2	1.289

Fonte: COAF (Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br>>, com acesso em set. - dez., 2015.

De relevante, observa-se que alguns valores aumentaram do primeiro para o segundo ano analisados e caíram drasticamente do segundo para o terceiro, demonstrando queda na comparação entre 2012 e 2014. São os casos de: (a) Comunicações relacionadas nos RIFs, (b) Bloqueio de recursos (em R\$ milhões) e (c) Cadastramento de pessoas reguladas. Com exceção do bloqueio recursos, que parece ser instável e dependente das grandes operações policiais, os demais apontam para queda no apurado, apesar das variações.

Observando ainda o comparativo entre 2012 e 2014, somente as multas aplicadas demonstram aumento relevante, enquanto o intercâmbio com demais Unidades de Inteligência Financeira (Rede Egmont) mantém-se constante, com aumento bem pequeno. Já os demais dados apontam todos para a *queda nas atividades do COAF*, sendo especialmente relevante a diminuição nos Relatórios de Inteligência Financeira (RIF) produzidos, nas Pessoas relacionadas nesses relatórios e nos Processos Administrativos Punitivos instaurados, com isto tudo ocorrendo em um período de *mudança legislativa* que visou o *endurecimento* dos deveres por parte dos particulares e o *aumento da tutela da informação*.

Finalmente, a soma dos dados e das reflexões acima expostos termina por demonstrar a ineficiência preventiva e sancionatória do sistema de controle de lavagem de dinheiro do Brasil.

O resultado disso, na prática, somente no ano de 2014, foi: 1.144.542 operações comunicadas (967.056 do Banco Central); para 177.467 operações atípicas (57.455 Banco Central e 53.818 COAF, com aproximadamente 16% e 25% de precisão, respectivamente); formando 2.104 Relatórios de Inteligência Financeira com 15.772 pessoas envolvidas; para culminar em 16 averiguações preliminares concluí-

das, 6 Processos Administrativos instaurados, 18 julgados com 18 advertências aplicadas e 453 mil reais em multas. É um sistema que, além de caro, é deficitário e ineficaz.¹⁵⁰ A tentativa de compensar isso com o aumento de multas somente constrange as autoridades, visto tratar-se de valores pequenos para os sancionados e justamente na modalidade sancionatória que os regulados melhor absorvem (pagamento em dinheiro). Sanções pecuniárias tímidas para agentes financeiros não parecem ser exatamente medidas dissuasórias muito eficientes.

As conclusões apontam para um relato de que o COAF teve atividade inicial muito profícua, mas depois passou a depender das informações dos entes regulados e atualmente termina por defender os interesses dos regulados, na medida em que lhes garante altos padrões de “cumprimento normativo” ao dar a garantia de que cumpriram a legislação antilavagem, o que é impossível de apurar se é verdadeiro ou não. Terminam, enfim, por legitimar as atividades eivadas de ilegalidades do sistema ao promover uma regulação de impactos quase nulos na realidade. O órgão ainda termina por indiretamente defender os interesses dos regulados ao impor os mesmos padrões de cumprimento a empresas menores e novas, aumentando custos desnecessariamente e contribuindo para um contexto de dominação do mercado em um setor central para a economia nacional e extremamente oligopolizado.

Além disso, é de se criticar que a lei já foi elaborada de modo a manter a assimetria de informações entre agentes reguladores e particulares. Isso aponta para o fato de que a legislação foi elaborada já no interesse das corporações, impondo regras do jogo que elas mesmas propuseram e aceitaram¹⁵¹. A própria Lei cria uma margem de dependência sem solução que as agências reguladoras têm de seus entes regulados ao prever a necessidade da prestação de informações nestes volumes e limites. A partir disso, há regulados que são mais fortes, adaptam-se melhor à regulação e têm ganhos nos custos de transação. A relação, portanto, nunca foi de Estado contra empresas, mas sim de Estado e grandes empresas em favor destas últimas.

Neste sentido, é possível apontar o exemplo do caso do HSBC Holdings PLC e as evasões de divisas para a Suíça, popularmente chamado de “*SwissLeaks*”. Neste caso, o referido banco terminava por ter vantagens na captação de vários clientes de alta renda (que desejavam ter ativos depositados em paraísos fiscais) justamente por não

¹⁵⁰ Certamente é de se ter em conta que a Operação Lava-Jato pode ter impactos na mudança do cenário, contudo, uma pesquisa empírica sobre os impactos não pode ser feita no atual momento. Explica-se: enquanto a operação não se encerra, a pesquisa no decorrer dela pode apresentar dados falsos de recortes de dados em momentos de pico de fortalecimento de sanções. O recorte temporal precisa ser, necessariamente, de períodos de tempo similares: o período de duração da Lava-Jato e o mesmo período antes e depois dela, permitindo o comparativo entre os três momentos de tempo similares e possibilitando avaliar se o cenário pós-Lava Jato é realmente melhor que o anterior. Considerando que a operação sequer terminou, não é possível realizar pesquisa confiável no atual momento, razão pela qual não se a levou a cabo, ao contrário da análise da mudança legislativa da Lei de Lavagem de Dinheiro ocorrida em 2012. Todavia, já se indica uma possibilidade de pesquisa para momento futuro, após o fim da Operação Lava Jato, visando apontar os reflexos para o sistema e novas proposições de melhoria de eficiência.

¹⁵¹ Em especial, observar como muitas das disposições antilavagem advêm do Comitê de Basileia.

cumprir a regulação e facilitar a transferência de valores para a Suíça.¹⁵² As vantagens do HSBC apareciam especialmente na diminuição dos custos de transação e na vantagem competitiva de captação de clientes, dado que, no primeiro caso, não gastava o necessário com os padrões regulatórios de *compliance* e, no segundo, oferecia um “serviço” que somente ele poderia fazer: infringir a lei.

A adaptação à regulação terminou por fazer com que a instituição financeira passasse a utilizá-la em seu próprio benefício econômico. O grande problema disso é que, para existir o benefício do banco e de seus clientes por muito tempo, toda a sociedade teve que arcar com os custos. Isso ocorreu no caso da deslealdade na concorrência, que onerava os outros bancos; no caso do prejuízo para os outros clientes do HSBC que não eram beneficiários das irregularidades, uma vez que pagavam por um custo de transação que, na realidade, estava bem abaixo; para os clientes de outros bancos que não eram beneficiários das irregularidades, tendo seu direito à igualdade infringido; assim como no prejuízo difuso para a sociedade, que arcou com as evasões de divisas, sonegações fiscais e outras possíveis práticas ilícitas que atentaram contra o patrimônio público e a economia nacional. É especialmente relevante lembrar o quanto a evasão de divisas é danosa para a economia nacional em face da falta de poupança interna, nos moldes já apontados anteriormente.

Isso, contudo, não significa defesa da desregulamentação, mas sim o inverso. Conforme já se apontou anteriormente, para este trabalho importa buscar possíveis condições de incentivo à eficiência do sistema e tentar propor alternativas para evitar os atuais problemas, sabendo aceitar que em algum momento eles acontecerão e que, neste momento, importará que a regulação de *compliance* tenha se orientado por um referencial político-criminal adequado, que para este trabalho é a “proteção dos trabalhadores”.

Desde esta perspectiva, as possíveis condições que incentivam os déficits de eficiência parecem ser, aqui, cinco (5): (1) falta de estrutura dos órgãos de controle, em especial o COAF; (2) falta de atuação integrada entre os diferentes órgãos de controle e repressão; (3) legislação que já privilegia e mantém a assimetria de informações, tornando entes reguladores dependentes dos entes regulados; (4) ausência de cultura corporativa e cooperação; (5) necessidade de evolução tecnológica para acompanhar os avanços do sistema financeiro.

Quanto à (1) falta de estrutura dos órgãos de controle, “apesar da relevância da atividade de sistematização de informações, os números apresentados pelo COAF demonstram a carência de estrutura do órgão. Embora contem com quadros de técnicos bem treinados, não existem servidores em número suficiente para processar e analisar toda a informação recebida”¹⁵³. Isto é evidenciado pelo fato de serem destinadas quinze pessoas, dentro de um grupo máximo de trinta, para processar mais de

¹⁵² Cf.: <<https://oglobo.globo.com/brasil/entenda-que-o-swissleaks-15568429>>, com acesso em 05/10/2017.

¹⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: Op. cit., nota 58, p.44.

um milhão de comunicações a cada ano. E, para além disso, “os poucos relatórios encaminhados não resultam em investigações efetivas, também pela falta de quadros e de estruturas de outras instituições, como a Polícia Federal. De dois mil Relatórios de Inteligência Financeira encaminhados pelo COAF à Polícia Federal de 2005 a 2010, apenas 136 inquéritos policiais foram gerados”.¹⁵⁴ A desproporção entre os números demonstra a ineficácia do sistema e a necessidade de ampliação da estrutura dos órgãos de controle.

Já com relação à (2) falta de atuação integrada entre os diferentes órgãos de controle e repressão, corrigir o problema seria uma forma de atenuar a falta de estrutura de cada um. Isso porque os técnicos especializados do COAF têm conhecimentos específicos da matéria de lavagem de dinheiro, os agrupamentos especializados em lavagem de dinheiro dos órgãos de persecução também têm especialistas na matéria, mas em todos os casos as estruturas são pequenas se comparadas ao fenômeno que se quer perseguir. A maior parcela do pessoal, na Polícia Federal, nos órgãos do Ministério Público e no Judiciário, não é especializada para lidar com lavagem. Quando este pessoal se depara com a matéria, inclusive, costuma encontrar dificuldades para lidar com as especificidades da regulação e da prática, ambas muito complexas. A atuação integrada, enfim, poderia ajudar tanto na escassez de estrutura quanto no auxílio àqueles que não são especializados na matéria e se deparam com ela.

No que se refere à (3) legislação que já privilegia e mantém a assimetria de informações, inicialmente cabe demonstrar como ela torna os reguladores dependentes dos entes regulados. Analisando a regulação, é possível citar que as operações abaixo de cinquenta mil reais não costumam estar no “radar” das autoridades, exceto em casos de comunicações dos entes regulados. Isso quer dizer que o ente regulador só vem a saber de operações ilícitas abaixo de cinquenta mil reais (mesmo quando forem, por exemplo, várias operações fracionadas que completem valores totais muito superiores) se contar com ajuda e denúncia das instituições financeiras por onde o dinheiro passou¹⁵⁵.

Além disso, mesmo no caso das operações acima deste valor, ainda que haja seu controle e armazenamento, nada impede que uma operação ilícita passe despercebida. Isso ocorre porque os órgãos reguladores, em função do excesso de operações informadas, preocupam-se mais com aquilo que os entes regulados já avisam ser uma operação atípica. Os reguladores terminam por aumentar sua dependência dos regulados em razão da sobrecarga de informações advindas dos próprios regulados.

Ainda, mesmo que uma comunicação falsa possa gerar sanções, isso só ocorre quando comprovada sua “má-fé”. Esta situação sequer tem como ser realmente averiguada pela mesma impossibilidade material decorrente do excesso de trabalho a ser feito pelos agentes do COAF. Nada impede que o sistema de informações seja

¹⁵⁴ Ibid. p. 44.

¹⁵⁵ Uma das funções de *compliance* é, inclusive, apurar e denunciar esse tipo de conduta de “fracionar” uma grande transação em várias transações menores, prática chamada de “*smurfing*” ou “escamoteamento”. Somente a partir da apuração da situação pelo agente privado é que a denúncia é feita ao poder público para passar por seus vários filtros até uma possível condenação em matéria de lavagem de dinheiro.

supersaturado de comunicações de operações irrelevantes para o controle da lavagem de ativos, deste modo escondendo as operações que se deseja coibir. Neste ponto, a falta de fiscalização dos próprios programas de *compliance*, por parte dos agentes estatais, é um gargalo que permite a adoção de organização insuficiente. Os pesos e contrapesos precisam ser melhorados para que haja alguma forma de avaliar os programas de *compliance*. Além disso, a regulação necessariamente precisa estar mais focada nas informações relevantes a serem prestadas, em qualidade e não quantidade. O recente enfoque no aumento da quantidade de informação prestada em nada tem ajudado no aprimoramento da eficiência do sistema, somente tem aprofundado seus problemas.

É possível citar, ainda, a (4) ausência de cultura corporativa e cooperação sincera no Brasil. Este problema se refere, especificamente, à falta de cultura de integridade corporativa no país. Em geral, a adesão a *compliance* não é espontânea. Os próprios reguladores assumem que ela se dá em razão do temor coercitivo exercido para impulsionar a adesão a este padrão regulatório. A autorregulação, portanto, é coacionada e não espontânea. Além de isso significar tendência de adesão a programas de *compliance* cosméticos, isso demonstra que a regulação somente vem se o Estado fornecer incentivos. A previsão de incentivos, por outro lado, não se efetiva na prática. Os reguladores têm demonstrado distanciamento das realidades dos regulados e, ao invés de procurarem conhecer as condições favoráveis à adesão e promoverem incentivos, continuam insistindo no fortalecimento da punição, como se ela tivesse auxiliado na melhoria da eficiência até aqui.

Em resumo, a obsessão com a defesa corporativa, de um lado, e com a punição, do outro, em nada tem auxiliado na busca por eficiência da regulação, ou no fomento à criação de padrões de uma cultura negocial mais ética. Pelo contrário, o contexto somente incentiva a implementação de estruturas e o cumprimento de deveres meramente formais, com constante tentativa dos regulados de se sobrepor aos reguladores, que, ao seu turno, só conseguem reagir buscando legitimar o sistema aplicando punição mais rígida em casos isolados. Este ambiente de desconfiança mútua precisa ser modificado.

Neste sentido, mais inteligente seria a busca por adequar os padrões regulatórios às condições de possibilidade das pequenas e médias empresas, ou então incentivar as medidas de *compliance* que podem auxiliar na melhoria da cultura corporativa e da organização das condições de produção. Dentro da perspectiva do presente trabalho, ao invés do recurso único ao enrijecimento das formas de punição, sugere-se ao legislador ressituar o referencial político criminal na função de proteção dos trabalhadores, na forma como se verá no último capítulo. Mais do que garantir padrões de legitimidade que superam em muito os parâmetros atuais, esta perspectiva poderia até mesmo melhorar os padrões de eficiência, uma vez que se preocupa com a adesão dos funcionários de baixa e média hierarquia à ideia de cultura corporativa mais ética, diferente do capitalismo monopolista predatório.

Finalmente, no que tange à (5) necessidade de evolução tecnológica para acompanhar os avanços do sistema financeiro, parte-se do pressuposto de que seu

alto grau de informatização, modernização e tecnologia é reconhecido. Este é, inclusive, um dos motivos pelos quais o controle da lavagem de ativos tem sido historicamente muito difícil e caro. Se o déficit tecnológico dos entes controladores se mantiver, suas ações serão bem pouco sentidas.

A tecnologia e a internet de fato têm transformado cada vez mais o sistema financeiro.¹⁵⁶ Com isso, as operações financeiras e os procedimentos de lavagem incrementam sua complexidade, velocidade e clandestinidade. As operações ficam mais fáceis e silenciosas. Por estas razões é que se diz que a perseguição à lavagem de dinheiro, “assim como nasce de mãos dadas com a guerra contra as drogas, pelo momento, outorga um pequeno prognóstico desalentador quanto a seu inevitável fracasso, da mesma forma que a política antinarcóticos”.¹⁵⁷

A alternativa mais óbvia que se apresenta para minimizar os danos e tentar se antecipar ao poder econômico e tecnológico das organizações criminosas é abandonar a ênfase em ampliar os obrigados e seus deveres para priorizar a informatização do sistema.

A constante ampliação de *gatekeepers* e deveres onera os particulares e os responsáveis pela verificação do cumprimento dos deveres, que já se encontram suficientemente abarrotados. Considerando a atual sobrecarga de informações e a inexistência de fiscalização dos programas de *compliance* por parte dos reguladores, uma medida potencialmente eficiente seria informatizar os programas de prevenção e a atividade estatal na esfera da autorregulação regulada, conseguindo maior efetividade mesmo com recursos e pessoal limitados. Após, promover a interligação entre os sistemas informatizados poderia criar a oportunidade de avaliação dos programas de prevenção dos entes regulados, sendo possível traçar métrica a partir da comparação entre os diferentes programas e como eles atingem os fins a que se destinam. Neste sentido, algumas soluções na esfera da tecnologia da informação já têm sido apresentadas ao redor do mundo¹⁵⁸.

Enfim, a título de conclusão, o foco excessivo na tutela da informação na lei antilavagem não tem ajudado a tutelar (I) o controle sobre o crime anterior, não protegendo a administração de justiça; nem a (II) reforçar tutela sobre mercado, causando distorções no sistema financeiro ao invés de estabilizar suas regras. A ineficiência das agências reguladoras, causada justamente pelo já citado problema da “sobrecarga de informações” (“*information overload*”), termina por inviabilizar as funções político-criminais que se desejava com a tutela da lavagem de dinheiro.

¹⁵⁶ DAVIN, João. O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português). Op. cit., nota 61, p. 218.

¹⁵⁷ SABADINI, Patricio Nicolás. Avanços e retrocessos em matéria de lavagem de dinheiro. A perspectiva argentina. Op. cit., nota 85, p. 245.

¹⁵⁸ Digna de nota é a solução de *compliance* da SAS para combate a fraudes e lavagem de dinheiro. O modelo utiliza programas de computador que processam os dados oriundos dos deveres de *compliance* e assim detectam, investigam e relatam potenciais atividades ilícitas com a incorporação de análises de alto desempenho, compatíveis com o chamado *Big Data*. Matéria completa em: <<http://corporate.canaltech.com.br/noticia/seguranca/Solucao-SAS-contra-lavagem-de-dinheiro-e-premiada-por-revista-britanica/#ixzz3JBGjZ7Zx>> (Canaltech. Solução SAS contra lavagem de dinheiro é premiada por revista britânica), com acesso em 05-06-2014. Soluções como essa apontam para o futuro do combate à lavagem de dinheiro, inserindo-se na esfera da tecnologia da informação em parceria com o direito.

Por isso é que se fala na hipótese da mera transferência de responsabilidades: o que antes era função do Estado passa a ser, agora, dever dos entes privados (encontrar operações suspeitas). E se a criação desses deveres se justificava minimamente pela tentativa de proteção de determinados interesses do Estado (os supracitados interesses I e II), questiona-se até onde se trata realmente de um interesse do Estado em face do aqui exposto. Uma vez que essa transferência de responsabilidades pode gerar consequências penais para indivíduos predefinidos, a preocupação com os “bodes expiatórios” se faz premente.

Enquanto o inchaço do Estado policial militar aumenta a cada dia para exercer o verdadeiro “combate” (violento, ineficaz e obsessivo) da “dupla” “crime organizado e narcotráfico”, o mesmo empenho não é visto para cortar aquilo que sustenta e fortalece o crime organizado, incluindo a criminalidade dos poderosos: o dinheiro.

Em verdade, por todo o apontado, a principal sugestão vai no sentido de que o referencial político-criminal, atualmente centrado na tutela da informação e no seu reforço penal, passe a se preocupar com a adesão dos regulados para atingir os fins aspirados pela Lei 9.613/98. Uma vez que este novo referencial estaria em aberto, este trabalho pretende, ao final, trabalhar justamente com uma nova proposta, preocupada com a posição dos trabalhadores, os possíveis “bodes expiatórios” que se desejam evitar e que são os atuais destinatários dos deveres formais da Lei (e, conseqüentemente, das eventuais responsabilidades penais). Buscar-se-á evitar que eles caiam em desnecessárias situações de infrações de direitos fundamentais e liberdades que significam o benefício das próprias empresas às suas custas.

2.4.2 A Lei Anticorrupção de Empresas (Lei 12.846/13)¹⁵⁹

Historicamente, a responsabilidade pela prática de corrupção esteve limitada aos indivíduos. A prática costumava ser entendida pelo imaginário social e pelas próprias legislações como um assunto de funcionários públicos ou políticos em situação de improbidade que se aproveitavam de seu cargo para desviar funções e recursos públicos para aferimento de vantagens para si. Era entendida, portanto, como um “desvio moral” daquele que ocupava cargo público e se corrompia, buscando ganhos individuais por meio do desvio da atividade pública. Conforme a crítica precisa de Adán Nieto Martín, historicamente, o debate jurídico, a responsabilidade social e a responsabilidade moral nos casos de corrupção pareciam ser exclusividade dos partidos políticos e funcionários públicos.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Parte das considerações deste tópico foi retirada daquilo que já apresentamos anteriormente em: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). pp. 76-87. Aqui, contudo, pretendeu-se realizar análise bastante mais aprofundada e relacionada ao tema deste trabalho.

¹⁶⁰ NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p. 191.

Diante disso, a corrupção como problema das empresas parecia ser uma excentricidade legislativa. Isso chegava a gerar a defesa da corrupção como funcional para os mercados, sendo possível até mesmo encontrar normas que protegiam as empresas que corrompiam funcionários públicos em outros países, como no caso da possibilidade de abatimento fiscal dos subornos em alguns países da União Europeia, com destaque para o que se fazia na Alemanha. Contudo, há alguns anos, tem-se observado uma mudança de estratégia no mundo do direito e das políticas públicas, em matéria direcionada à corrupção. As medidas atuais passaram a levar em conta os dois lados do fenômeno. Em síntese, a política criminal mais recente tem buscado responsabilizar e impor o dever de prevenção também as empresas na luta contra a corrupção.¹⁶¹

A evolução na política criminal acompanha a mudança no entendimento da corrupção e seus reflexos até mesmo para o próprio mercado. O combate à corrupção não se vincula mais a questões meramente morais ou ideológicas, mas também é reconhecido seu impacto negativo na distorção dos mercados, infração à concorrência, inibição do crescimento econômico, ameaça à democracia e ao Estado de Direito, prejuízo aos serviços públicos etc. A corrupção terminaria por beneficiar a poucos, normalmente aqueles que já possuem muito, por meio do prejuízo da sociedade como um todo.¹⁶²

Observando esta “transição” do tratamento da corrupção como um problema moral para uma “coisa de dois”, Eduardo Saad Diniz lembra que, em razão do “contexto de porosidade e incerteza da punição, os espaços se preencheram com a interpretação moralizante da corrupção.”¹⁶³ Esta interpretação, além de ser focada na prática individual e amparada na ideia de mero desvio, reclama sempre maior rigor da intervenção penal, na forma de verdadeiro “castigo”. Trata-se da interpretação clássica do fenômeno, presente no Brasil até tempos atuais.

Para Saad Diniz, a mudança de perspectiva somente ocorre quando se atribui à corrupção um tratamento de maior abertura para acolher as múltiplas formas de sua manifestação. Dentre as distintas perspectivas possíveis em que a corrupção pode se manifestar, destaca as formas micro e macro, valoradas pelo grau de vulneração do Estado de Direito, o nível de desestruturação da governança e das redes de interação.¹⁶⁴

No Brasil, apenas recentemente houve o reconhecimento da polissemia do conceito de corrupção e das formas mais sofisticadas de sua manifestação. Ainda assim, a doutrina penal brasileira insiste no tratamento da questão sob a ótica de proteção da atividade do Estado, dando relevo ao “bom funcionamento” da administração pública e sua capacidade de prestar serviços. Há resistência quanto à revisão dos fun-

¹⁶¹ Ibid. p. 192.

¹⁶² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, pp. 59-60.

¹⁶³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs.]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 725.

¹⁶⁴ Ibid. p. 722.

damentos sociológicos e das bases criminológicas que justifiquem e ajudem a aprimorar a tutela do fenômeno. Desta forma, quando a doutrina nacional (em sua maioria) se refere ao bom funcionamento da administração pública, esta proteção da atividade funcional do Estado e das demais entidades públicas vem carregada de “forte componente de natureza moral e especulações sobre a confiança pública”. E isto em nada auxilia na consolidação das instituições democráticas no Brasil, uma vez que “[r]educir toda a complexidade da corrupção à justificação metafísica é, como mínimo, um equívoco”.¹⁶⁵

A consequência do ora exposto aparece no manejo dogmático da corrupção. No Brasil, a discussão termina por se encontrar apegada a “posturas doutrinárias, com frágil sustento nas noções do bem jurídico”. Trata-se da herança ainda não superada da concepção clássica. Faltam parâmetros político-criminais adequados para o desenvolvimento da justificativa e das estratégias para o combate à corrupção. Ainda que se tenha visto maior mobilização nacional em torno do tema nos últimos cinco anos, faltam pesquisas empíricas que se debruçam sobre “as reais dimensões da corrupção, as oportunidades e vulnerabilidades, sobre quem é efetivamente lesionado, e como os níveis de percepção pública vulneram ou não a legitimação dos procedimentos democráticos”.¹⁶⁶ O que se conclui é que, ainda que os mecanismos de combate à corrupção tenham incorporado parte dos instrumentos atuais que se preocupam com os fatores de incentivo à corrupção, esta adesão a novos institutos não trouxe nova compreensão do que seja corrupção no Brasil, mas sim, em verdade, operou a sobreposição de formas de combate com tendência maior ao reforço punitivo lastreado pela moralização.

De modo a mitigar o problema exposto, Eduardo Saad Diniz propõe que “a reorientação normativa deveria partir da ideia do direito de cada pessoa a que a Administração preste seus serviços de forma adequada”.¹⁶⁷ É sob esta perspectiva que pretende orientar os parâmetros político-criminais e auxiliar nas proposições acerca da tutela da corrupção, em especial na esfera da regulação anticorrupção para empresas.

Ocorre que, desde a perspectiva deste trabalho, a noção de prestação de serviços adequada também precisa ser rediscutida. Isso porque este recorte também não é neutro, mas tem suas variáveis políticas (e, logicamente, político-criminais) peculiares. Desta forma, para servir de orientação político-criminal, é necessário entender qual o recorte político-jurídico do que se entende por “prestação de serviços de forma adequada”.

O recorte necessário pode ser observado a partir daquilo que se deseja combater como “dano da corrupção”. Este se incrementa na medida em que promove a captura de políticas públicas, prejudicando a atividade estatal de diminuição das desigualdades na esfera social e resultando em estratégias regulatórias distorcidas e ineficiência na esfera econômica. Neste cenário, os já escassos recursos públicos se

¹⁶⁵ Ibid. p. 725.

¹⁶⁶ Ibid. p. 727.

¹⁶⁷ Ibid. p. 728.

veem diminuídos ainda mais pelas práticas de corrupção. Conforme lembra Eduardo Saad Diniz:

A maior parte dos países em desenvolvimento sofre perdas sensíveis não apenas com o desvio de dinheiro, mas sim com a desastrosa infraestrutura social resultante da política tendenciosa à corrupção. Os custos da corrupção vão mais além do econômico ou da plataforma político-econômica. Os custos sociais e morais alcançam diretamente a autoconfiança dos indivíduos na expansão de suas potencialidades humanas e impacta sensivelmente na legitimidade democrática das instituições.¹⁶⁸

Em face do exposto, se a tutela da corrupção deve se orientar pela prestação adequada de serviços pelo Estado e a prestação adequada se orienta pela correta intervenção do Estado nas esferas social e econômica, visando a manutenção da legitimidade democrática das instituições, chega-se a uma ideia inicial do que se deseja tutelar e com base em que se darão as estratégias de enfrentamento da corrupção. Estas razões parecem ser, a princípio, adequadas com relação ao que a Constituição da República prevê, em especial em seu artigo 37.

Ocorre que, no momento atual, a transição para a tutela da corrupção por “via dupla”, prevendo também a punição de empresas, não vem amparada pelo acima exposto. Ela vem amparada, em verdade, por uma agenda internacional, nos moldes do já exposto no primeiro capítulo sobre a padronização da regulação e *compliance*. E o discurso que sustenta a tutela da corrupção, nestes termos, defende a “independência do governo de interesses corporativos e políticos”, visando, com isso, “garantir uma administração pública mais eficiente”¹⁶⁹. Esta ideia, de forma geral, termina por defender aquilo que também já se criticou aqui: a tomada da esfera pública por índices de qualidade de gestão. O gerencialismo, assim como o moralismo, não irá trazer ao Brasil os padrões emancipatórios que se desejava desde a promulgação da Constituição de 1988.

Neste sentido, cabe pautar que mais adequada à realidade nacional seria aquela análise que identifica que nem todo mau uso da coisa pública para ganho privado é corrupção. Muitas dessas práticas resultam da operação diária do sistema político representativo. A prática tão comum no Brasil de edição de projetos de lei direcionados ao favorecimento das corporações financiadoras de campanha não é necessariamente uma prática de corrupção, ainda que viole os ideais democráticos. Colocar os dois fenômenos no mesmo pacote não ajuda na análise e promoção da democracia, mas sim, somente serve para buscar o descrédito de toda ação governamental e da atividade do Estado em si. Desde a perspectiva ora defendida, a corrupção apareceria no momento em que um agente público violasse seus deveres funcionais para garantir enriquecimento próprio (captura do espaço público para fins privados) ou enriquecer

¹⁶⁸ Ibid. pp. 726-727.

¹⁶⁹ Ibid. p. 722, n.r. 2.

ilicitamente um partido político (desequilíbrio da disputa de forças no conflito da democracia representativa).¹⁷⁰

Note-se que, com base nestes parâmetros, justamente as práticas mais danosas de corrupção são as perseguidas. Isso não significa que as práticas que significam a violação de ideais democráticos não seriam atacadas. A diferença é que, ao invés da subtração do conflito pelo direito penal, as práticas seriam levadas à sua esfera de discussão natural: a política. Esta, ao seu turno, deixaria de ser “engolida” pelos padrões do gerencialismo e por fatores externos e voltaria à esfera de disputa de onde nunca deveria ter saído. A partir disso, a tutela da corrupção poderia servir como incentivo ao retorno da discussão de planos de governo universais que visassem atingir o programa previsto pela Constituição da República, atuando na promoção da confiança no tecido social¹⁷¹, e não da desconfiança geral, permitindo que o país avance politicamente.

Vale ressaltar que esta perspectiva não só é plenamente compatível com a Constituição da República, como em verdade seria mesmo a mais adequada. Visa-se aqui justamente conciliar as previsões dos fundamentos da República Federativa do Brasil, presentes no art. 1º; seus objetivos, na forma exposta no art. 3º; e os princípios da Administração Pública, nos moldes do art. 37, todos da Constituição de 1988. Deste modo, a tutela da corrupção estaria norteada por razões efetivamente constitucionais e não só por padrões moralizantes ou pela perspectiva da padronização internacional da regulação de empresas em matéria de direito penal econômico. A orientação político-criminal estaria, enfim, bem delimitada.

Apesar do exposto, a adoção de mecanismos de responsabilização de empresas no Brasil se deu somente em razão dos supracitados movimentos internacionais e dos impulsos moralizantes insuflados pelas manifestações de ruas de 2013. Por estas razões é que a supracitada crítica de Eduardo Saad Diniz se faz sentir: por um lado, na esfera da responsabilidade penal individual, a perspectiva moralizante e a análise doutrinária continuam dominando o debate; por outro lado, na esfera da responsabilização de empresas, os referenciais político-criminais se amparam em ideias de “eficiência da administração pública” e padronização dos mercados, justamente aquilo que já se criticou sobre a subtração da política pela ideologia de gestão. Nota-se que, por isso, o Brasil perdeu uma chance importante de dar passo maior e mais impactante em matéria de combate à corrupção.

¹⁷⁰ Neste sentido: ROSE-ACKERMANN, Susan. “Corruption”. In: *Readings in public Choice and Constitutional Political Economy*, p. 551-552, apud SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. pp.722-723, n.r.4.

¹⁷¹ Sobre a importância da promoção da confiança em sociedade e sua relação com menores índices de corrupção, é interessante o relato de Mário Spinelli, a ver: SPINELLI, Mário Vinícius Claussen. **Street-level corruption**: fatores institucionais e políticos da corrupção burocrática. Tese (Doutorado em Administração de Empresas). Fundação Getúlio Vargas (FGV). Orientadora: Professora Maria Rita Garcia Loureiro. São Paulo, 2016.

Isso, contudo, não extingue a possibilidade de que a perspectiva atual seja redirecionada, inclusive porque se trata de um referencial valorativo para a interpretação dos institutos existentes. A sugestão, de *lege lata*, tem seu valor.

Considerando enfim os dispositivos referentes ao contexto exposto, foi promulgada, no ano de 2013, a Lei 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção. Ela apareceu, inicialmente, como resposta a dois movimentos: (a) as manifestações de ruas de Junho de 2013 (movimento moralizante) e (b) a pressão internacional pela aprovação da regulação após a entrada em vigor do *United Kingdom Bribery Act* (padronização internacional do Direito Penal Econômico). Uma vez que o Reino Unido era o último país desenvolvido com resistência à regulação, quando a sua aceitação ocorreu, a pressão se virou sobre os países em desenvolvimento. A cobrança para que adequassem sua legislação aos termos da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)* aumentou vertiginosamente. Não demorou um ano sequer até que o Brasil também ajustasse a sua normativa.

A Lei Anticorrupção (L. 12.846/13) dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Apesar de o modelo de responsabilidade das empresas se limitar às esferas civil e administrativa, cabe ressaltar que a partir delas podem incidir consequências penais para os indivíduos, dado que se trata de lei que regula algo tido como crime.

Neste sentido, o art. 5º da lei anticorrupção elenca os atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, que são vários, desde fraude a licitação até suborno de autoridade. “Tais atos constituir-se-iam aqueles contra o patrimônio nacional ou estrangeiro que versem em, genericamente, prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público.”¹⁷² Assim, inicialmente, duas (2) preocupações se apresentam: (1) ampla prescrição de condutas, com vários conceitos jurídicos indeterminados e grande confluência entre as descrições de condutas típicas previstas na legislação brasileira e os “atos lesivos” previstos na lei; e (2) a ênfase em sancionar atos cometidos contra a administração pública estrangeira, o que demonstra a grande abrangência e a influência do *Foreign Corrupt Practices Act*¹⁷³ na construção da lei brasileira.

¹⁷² SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptcao-carater-penal>>, com acesso em 01/06/2014.

¹⁷³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Op. cit., nota 69, p. 64: “A lei anticorrupção Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) proíbe a corrupção de agentes públicos e governamentais estrangeiros com a finalidade de obter, reter ou direcionar um negócio. Ela torna ilegal o suborno de autoridades governamentais estrangeiras para obter ou manter negócios. Qualquer empresa que tem como estratégia o comércio internacional deve desenvolver e implementar uma política de conformidade com a lei anticorrupção FCPA, além, é claro, das leis anticorrupção de seu país”. Digno de comentários adicionais o fato de que tal lei, de origem estadunidense, tem servido como parâmetro para a regulamentação em vários países e pode atingir muitas empresas que têm ações cotadas nas bolsas americanas, independentemente de onde tenha sido praticado o ato corrupto. Por isso há a necessidade de preocupação por parte das empresas brasileiras que têm atividades comerciais internacionais.

Quanto à (1) ampla prescrição de condutas, com vários conceitos jurídicos indeterminados e grande confluência entre as descrições de condutas típicas previstas na legislação brasileira e os “atos lesivos” previstos na lei, Eduardo Saad Diniz apresenta a confluência em síntese bastante útil:

Independentemente da maior ou menor consistência que possa ser extraída sobre a lei no campo teórico brasileiro, é na análise de Davi Tangerino que se encontra um esquema bem acabado sobre a confluência entre a descrição das condutas típicas previstas na legislação brasileira e os “atos lesivos” previstos na nova lei. Tangerino esquematiza o quadro comparativo em duas colunas (atos lesivos contra a Administração pública cf. a nova lei anticorrupção; e tipos penais), classificando em cinco linhas os pares equivalentes, aqui sintetizadas: 1) oferta de vantagem indevida a agente público, combinaria com “corrupção ativa internacional, combinado com o art. 29, CP, então corrupção passiva privilegiada e prevaricação, sem prejuízo de legislação extravagante”; 2) incentivo a qualquer dos atos previstos na lei anticorrupção, o que poderia dar ocasião aos tipos previstos no tópico (1), por força de concurso de agentes; 3) emprego de pessoa jurídica, para ocultar ou dissimular reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, o que “de forma genérica, a omissão dolosa de informação que deveria constar de documento público ou privado dá corpo ao delito de falsidade ideológica [...] ou lavagem de capitais”; 4) licitações e contratos, equivalendo às condutas “incriminadas pelos tipos contidos na Lei n. 8.666/93”, sem prejuízo de, particularmente nas alíneas “f” e “g”, incidir em delitos contra a Administração pública; 5) dificultar investigação ou fiscalização, inclusive no âmbito das agências reguladoras e órgãos de fiscalização, equivaleria a “resistência, desobediências, em suas diversas figuras”.¹⁷⁴

Nota-se, da esquematização acima, o recurso ao direito penal, ainda que a lei trate somente da responsabilidade não penal das empresas. Esse recurso se deu justamente na forma de incremento das normas de sanção.

Percebe-se, em decorrência disso, (2) a ênfase em sancionar atos cometidos contra a administração pública estrangeira, o que demonstra a grande abrangência e a influência do *Foreign Corrupt Practices Act* na construção da lei brasileira.

Quanto à padronização internacional de prevenção à corrupção por meio da responsabilização de empresas, Scaff e Silveira lembram que:

... legislações estrangeiras recentes, pretendendo dar solução aos dramas vividos por crises e escândalos de ordem mundial, foram promulgadas mundo afora, sendo de se mencionar a *FCPA* estadunidense e a *Bribery Act* britânica, que, com forte impulso de entidades internacionais, como a OCDE, dão o tom para um novo momento de regulação empresarial.¹⁷⁵

Qualquer ato de corrupção que tenha relação com a competência estadunidense pode ser sancionado. Neste sentido, a Lei 12.846/2013 pode vir a obrigar que tais empresas indiretamente passem a respeitar a *FCPA*, contribuindo com vários protagonistas econômicos brasileiros.

¹⁷⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, pp. 739-740.

¹⁷⁵ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal.** Op. cit., nota 172.

Para além dos padrões legais, o recrudescimento da intervenção punitiva reproduz a forma de repressão a escândalos corporativos largamente aplicada nos Estados Unidos da América¹⁷⁶. Preserva-se a semelhança entre a lei anticorrupção e o *Foreign Corrupt Practices Act* não só na técnica legislativa, mas também nas próprias “estratégias persecutórias obsessivas pela intimidação”.¹⁷⁷

Ocorre que esta internalização integral dos padrões precisa ser melhor pensada. As razões são inicialmente duas: (a) o baixo rendimento da intimidação penal no país de origem da regulação e (b) a necessidade de que este padrão regulatório passe por filtros de legitimidade antes da internalização, visando à internalização adequada.

Quanto ao (a) baixo rendimento da intimidação penal no país de origem da regulação, há algum tempo se insiste que o rendimento da intimidação penal é baixo e as grandes investigações não demonstraram o potencial que se esperava em termos de modificações positivas nas estruturas de governança das organizações. Em verdade, não há elementos de comprovação empírica de que o recrudescimento da intimidação penal tenha garantido maior efetividade à regulação. O reforço investigativo e legislativo tem sido tratado até mesmo como uma ilusão vendida para garantir a retomada de confiança no mercado.¹⁷⁸

Já no que se refere à (b) necessidade de que este padrão regulatório passe por filtros de legitimidade antes da internalização, visando à internalização adequada, isso ocorre porque é sentida incerteza acerca das condições institucionais de *law enforcement* e do potencial regulatório da nova lei. Nas palavras de Eduardo Saad Diniz:

Por um lado, discutiu-se pouco ou nada sobre as incompatibilidades dos instrumentos jurídicos próprios da tradição da *common law* em relação ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Por outro, as especificidades da cultura organizacional devem ser levadas em consideração, para evitar a simples transposição de um padrão de cumprimento de deveres para uma realidade social que definitivamente pode não estar capacitada para comportá-lo.¹⁷⁹

A realidade de aplicação da lei é completamente diferente no Brasil e nos Estados Unidos, razão pela qual a simples internalização de padrão externo é complicada. Foi criado um sistema de sanções administrativas contra as empresas fortemente vinculado ao direito penal em um país onde a antiga perspectiva de intervenção moralizante não substituiu, mas se sobrepõe à nova perspectiva de persecução das empresas. Ademais, a utilidade das medidas de prevenção de responsabilidade “é igualmente duvidosa com os critérios de interpretação introduzidos na nova lei. Em verdade, ademais da baixa efetividade, o que há são impactos negativos, ambiente de aversão ao risco e

¹⁷⁶ Para a exposição da narrativa estadunidense, cf.: LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. Tradução de Leonardo Simões Agapito e Matheus de Alencar. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016. pp. 13-14.

¹⁷⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, p. 740.

¹⁷⁸ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. Op. cit., nota 176, passim.

¹⁷⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, pp. 735-736.

fuga de investidores”.¹⁸⁰ É em razão dessas consequências que uma revisão crítica dos programas de *compliance* na legislação se faz necessária, algo que se proporá aqui ao final.

Seguindo na análise da Lei, o art. 6º, ao seu turno, elenca as sanções administrativas previstas em lei pelo cometimento dos atos lesivos: multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto ou 6 mil a 60 milhões de reais, sendo que a multa não será inferior à vantagem auferida e não excluirá a obrigação de reparação integral do dano causado quando possível. Outra sanção prevista é a publicação da sentença condenatória, interessante desde a perspectiva da reprovação social.

O fato de que as multas nunca serão menores que a vantagem auferida tem sido elogiado por se tratar de modo inteligente de sanção dos ilícitos cometidos pelas empresas.¹⁸¹ Tal perspectiva inclusive se aproxima daquilo defendido por Klaus Tiedemann no sentido de que, se o autor somente arrisca perder sua vantagem ilícita ou o produto do delito cometido, não corre praticamente nenhum risco e por isso não sentiria os efeitos preventivo-especiais da sanção. Um efeito preventivo só poderia ser produzido se a sanção abarcasse uma multa bem acima do valor da vantagem ilícita auferida, de modo que o ilícito realmente se tornasse não proveitoso para a empresa.¹⁸²

Eduardo Saad Diniz, por outro lado, critica a afirmação comum de que foi positiva a introdução de lógica de escolha racional entre custos e benefícios na lei, ou que ela tenha inovado ao oferecer uma gradação para a sanção atribuída em função da responsabilidade objetiva. O Autor fundamenta que faltam estudos que demonstrem a qualidade ou consistência de semelhante argumentação e que, mesmo em termos de vantagem competitiva, os programas de *compliance* significaram muito pouco. O atual contexto de crise econômica, por si, já não ajuda no aporte de investimentos para o setor produtivo. Os recursos terminam ficando ainda mais escassos para a adesão de padrões regulatórios imprecisos e rígidos, que são facultativos e caros. Não seria exatamente surpreendente que uma empresa alegasse estado de necessidade para justificar sua não adesão aos padrões de integridade buscados pela Lei. Ademais, o risco de que os mecanismos sancionatórios severos poderiam até mesmo aniquilar pequenas e médias empresas é real.¹⁸³

A seguir, o art. 7º traça parâmetros para levar em consideração no momento de auferir a sanção. Merece destaque o inciso VIII, ao citar como forma de minoração das sanções “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”; aqui se referindo aos programas de *compliance*. “O Estado, reconhecendo sua incapacidade, optou por buscar não mais

¹⁸⁰ Ibid. p. 741.

¹⁸¹ Neste sentido: SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 22, n. 256, pp. 4-5, mar., 2014.

¹⁸² TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v.11, jul./set., 1995. pp. 24-25.

¹⁸³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, pp. 741-742.

uma regulamentação hetero-imposta, mas o que vem se chamando de uma *autorregulação regulada*. Algumas premissas são dadas por ele, Estado, cabendo às empresas buscar códigos de conduta internos para melhor se adequarem à nova realidade.”¹⁸⁴

Tal dispositivo enseja debates de diversas montas. Neste sentido, Scaff e Silveira são precisos na observação de que a lei, apesar de não consagrar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que sanciona, tem caráter substancialmente penal a partir de sua relação com o *criminal compliance*, a ver:

A partir dessa premissa, reconhecem-se situações diversas. A primeira, diz respeito à projeção que o tema corrupção assume no firmamento atual. A segunda, diz respeito à privatização — tratamento dado pela realidade privada, e não mais estatal — do combate à corrupção. Outorga-se, por assim dizer, a responsabilidade inicial de combate à corrupção às próprias empresas, e não mais aos entes estatais. Isso acaba por destacar ainda mais o grande tema da moda, que é o da governança corporativa. Mas esta não se dá de forma isolada. Como se pretende uma *autorregulação regulada*, verifica-se que o não cumprimento dos controles internos das empresas acaba por gerar sanções por parte do Estado, em termos do que se conveniou chamar de *criminal compliance*.

Pois bem. De pronto verifica-se certa falácia da Lei. Muito embora ela não seja explicitamente uma norma penal, ela tem embutidas diversas lógicas penais. A primeira delas, em termos preventivos, de dizer respeito ao combate prévio (por vezes mais eficaz, é verdade) de situações de corrupção. Sendo certo que o Estado tem retumbantes fracassos no combate desse tipo de crime, parece ser, em princípio, correta a opção legislativa. Ocorre que a lógica penal vai mais longe. Menciona, inicialmente, os termos de *criminal compliance* ofertando, ao seu descumprimento, sanções administrativas que podem chegar na casa de R\$ 60 milhões ou até mesmo ao fechamento da empresa (*dissolução compulsória*), através de ordem judicial.¹⁸⁵

A crítica vem a ser reiterada por Pierpaolo Bottini¹⁸⁶. Ainda que a Lei 12.846 de 2013 puna as empresas nas esferas administrativa e cível somente, seu caráter penal vem evidenciado por duas questões essenciais na estrutura da responsabilização prevista em lei: (1) as infrações de corrupção atribuíveis às empresas são tratadas como crime pelo ordenamento jurídico-penal quando praticadas por indivíduos, na forma do já exposto anteriormente; (2) a responsabilidade das empresas é diminuída de forma sensível quando elas tenham se organizado por meio dos “programas de integridade” (*compliance*), razão pela qual se conclui que, se os programas de *compliance* são fundamento para retirar responsabilidade (logo, culpa) da empresa, então é a sua ausência que fundamenta uma sanção aplicada de forma plena.

Ocorre que esta estrutura de responsabilização é própria dos modelos de autorresponsabilidade (que pode ser até mesmo penal) da empresa. Assim, por mais que

¹⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. Op. cit., nota 172.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo. **A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptcao-lei-penal-encoberta>>, com acesso em 26/02/2017.

a responsabilidade na lei anticorrupção não possa ser chamada de uma verdadeira responsabilidade penal da pessoa jurídica, especificamente porque a lei expressamente adotou a nomenclatura de responsabilidade objetiva, civil e administrativa, ainda assim o caráter penal da lei tem sido amplamente discutido. A grande consequência do debate se refere à sua previsão de responsabilidade objetiva¹⁸⁷, de constitucionalidade duvidosa e ainda não questionada.

A seguir, na interpretação do que seja *compliance* na lei, Silveira e Saad Diniz apontam dois aspectos iniciais:

Na interpretação do *compliance* na nova legislação brasileira, dois aspectos iniciais carecem de investigação mais detalhada. Primeiro, que se diga que o *non-compliance* não recomenda automaticamente responsabilização. Em segundo lugar, que se ateste que não há critérios legais mínimos para avaliar sua implementação. Os programas de *compliance* podem funcionar de forma mais ou menos eficaz, mas assim como não há correspondência entre o *non-compliance* e a punibilidade da conduta, tampouco *comply* significa automaticamente ausência de responsabilidade¹⁸⁸

Quanto aos parâmetros objetivos de análise dos padrões de *compliance*, inicialmente existia uma preocupação acerca da inexistência dos parâmetros que o Estado daria ou exigiria como contrapartida da regulação porque a lei delega seu detalhamento a decreto.¹⁸⁹ A implementação concreta desta regulação demorou quase dois anos. Durante o período, foi admitida a fórmula vaga da culpabilidade, “de que não se pode reprovar uma empresa que toma precauções da mesma forma que outra que não o faz”. Finalmente, em 2015, o Decreto federal regulamentador nº. 8.420/2015 foi promulgado visando solucionar o problema.

Ocorre que ele “não fez mais do que substituir o estado de incerteza do ‘vazio’ regulatório pelo ‘excesso’. Após definir genericamente o ‘programa de integridade’ (art. 41), introduziu dezesseis incisos que seriam idôneos para demonstrar a devida precaução da empresa”. O número de disposições de requisitos, além de excessivo, demonstra “um forte apelo comercial, associando cada um dos incisos a um produto a ser vendido para ‘evitar’ ou ‘mitigar’ a culpabilidade da empresa, ainda que limitada à formalidade do direito administrativo sancionador”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo; TAMASASKAS, Igor. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptao>>, com acesso em 26/02/2017.

¹⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 303-358.

¹⁸⁹ “Lei 12.846/13: (...) Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...)VIII - 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; (...) Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal”.

¹⁹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e compliance no Brasil*. Op. cit., nota 163, pp. 742-743.

O citado decreto regulamentador, em seu art. 42 traz a definição dos programas de integridade e seu parágrafo único se manteve atento ao contexto de cada corporação. Comentando-o, Silveira e Saad Diniz afirmam:

Em leitura um tanto mais crítica, o Decreto regulamentador pouco inova na matéria. O caráter experimental encontra maior eco na tentativa de proceduralizar a verificação da efetividade dos programas de *integridade*, embora, na maior parte dos casos, peque pelo “excesso regulatório”. Segundo o Decreto, a avaliação da efetividade “quanto a sua existência e aplicação”, deveria atender a extensa lista de dezesseis critérios e procedimentos distintos a serem adotados. Ao final, esses critérios e procedimentos serão avaliados, nos termos do §2º do art. 42, e recomendam que a avaliação de efetividade seja levada em consideração na atribuição de responsabilidade.¹⁹¹

O marco normativo demonstra a reprodução da crença no programa “efetivo” de *compliance* no Brasil. Dos dezesseis incisos que buscaram estabelecer critérios para a interpretação do que seria esta “efetividade”, os principais mecanismos de *compliance* podem ser resumidos em: (I) *tone at the top*; (II) protocolos de conduta; (III) código de ética; (IV) medidas de integridade; (V) *compliance* de terceiros; (VI) treinamento e monitoramento; (VII) avaliação periódica de risco; (VIII) controle de prestação de contas; (IX) controles internos, estratégia de reação e pronta interrupção em vista de irregularidades; (X) mecanismos específicos para situações de irregularidades e; (XI) canais de comunicação e *due diligence*.¹⁹² Estes mecanismos, como se percebe, referem-se somente a procedimentos, ou seja, ao que formalmente se exige de *compliance* enquanto estrutura e processo. Nada disso, contudo, permite verdadeira métrica de eficiência, uma vez que, por exemplo, existir treinamento não significa que o conteúdo do treinamento foi internalizado e é aplicado pelos funcionários, ou seja, a existência por si de um dos requisitos não garante que o programa de *compliance* funcione melhor. Em verdade, sua existência não significa, sequer, que os requisitos atingem os fins a que se destinam (alinhados à prevenção de delitos).

Ultrapassada esta crítica, é de especial interesse para este trabalho como esta configuração de *compliance* na Lei Anticorrupção e em seu Decreto regulamentador gera consequências para os indivíduos. Nesta seara, a responsabilidade por omissão dos dirigentes e do *compliance officer* no caso da não implantação ou da implantação de um programa de *compliance* que venha a ser considerado insuficiente para prevenir delitos tem difundido receio no ambiente corporativo.

Em razão da possibilidade de responsabilização em comissão por omissão, na forma do art. 13, §2º, do Código Penal, em qualquer das suas três formas, revisões nas estruturas societárias puderam ser observadas, em especial nos sistemas de delegação de deveres. A transferência de certas funções significa, em não raros casos, a transferência das responsabilidades penais. A delegação de deveres, por outro lado, não vem limitada nem pelo Decreto, nem pelo controle de seu efetivo cumprimento.

¹⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. Op. cit., nota 188, p. 328.

¹⁹² SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, p. 743.

O contexto traz problema sério para o ideal funcionamento de *compliance* e exigiria a revisão nos moldes da proteção dos trabalhadores, conforme será demonstrado a seguir. Ainda, o “clima de *overcontrol*” chega ao ponto de se questionar os sistemas de segurança de informação dos próprios escritórios jurídicos, submetidos à fiscalização pelos seus respectivos clientes”.¹⁹³

Ainda na esfera individual, é essencial para a efetividade da Lei Anticorrupção e para garantir a legitimidade de *compliance* a observação de que:

... [é] certo que, em boa parte dos casos, os agentes não chegam a ser moralmente desestruturados e, como já demonstrado, nem dispõem de condições suficientes para cumprir plenamente o novo padrão de deveres. O maior problema segue sendo a oportunidade para o crime. Diz-se, amiúde, que esquemas de corrupção estão tão enraizados nas práticas corporativas ou na cultura organizacional com tanta intensidade que nesses casos é impraticável o não envolvimento em infrações econômicas. Não é por outra razão que a aposta nos *compliance programs* tem sido festejada. A partir da ingerência regulatória na atividade empresarial, já não é mais possível utilizar o argumento de que não chegaram ao conhecimento da pessoa jurídica as hipóteses de falhas nos marcos regulatórios. Garantir a transparência dos negócios e reduzir as oportunidades para as infrações representam, antes de tudo, sob uma óptica utilitarista, investimento. Mas até que não haja resposta judicial, segue voluntária a adoção dos programas e indefinida sua forma de implementação idônea.¹⁹⁴

No que se refere à colaboração com as autoridades nas investigações, a lei a prevê por meio da autodenúnciação por parte da própria pessoa jurídica e não por meio de *whistleblowing* livre. Já se apontou que isso pode gerar como consequência a tentativa, por parte da empresa, de esconder o delito ao invés de denunciá-lo.¹⁹⁵

Por outro lado, o decreto regulamentador já traz previsão e proteção do *whistleblower*. Para ele, um programa de *compliance* adequado seria dotado de estrutura de incentivos que propõe ambiente negocial comprometido com a cooperação privado-público. O problema se encontraria então na esfera do incentivo ao denunciamento por meio da vinculação dos vários benefícios dos acordos de leniência à realização de autodenúncia por parte da empresa.¹⁹⁶

Este fator é determinante na interpretação de *compliance* como instrumento de proteção dos trabalhadores. As previsões, nestes moldes, podem gerar enormes problemas para a preservação de suas liberdades, uma vez que as delações podem ensejar, também, a responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas no fato. Ocorre que, na falta de *whistleblowing livre*, a figura do *whistleblower* fica vulnerável e, como se verá adiante, a devida proteção ao *whistleblower* é necessária. Ademais, o risco de *reverse whistleblowing* é muito maior neste contexto regulatório. Se o que se

¹⁹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. Op. cit., nota 188, p. 336.

¹⁹⁴ Ibid. p. 341.

¹⁹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. Op. cit., nota 181.

¹⁹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit., nota 321, p. 349.

quer evitar é justamente a criação de “bodes expiatórios”, torna-se imperativo propor (de *lege ferenda*) a mudança desta disposição.

Além disso, a autodenúncia, que pela lei deve ser feita pelas pessoas jurídicas (*whistleblower* denuncia somente internamente, para a própria empresa, que é quem se autodenuncia ao poder público), não vem acompanhada da possibilidade de extensão dos benefícios da colaboração às responsabilidades penais dos indivíduos. Conforme Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz:

... Um inegável óbice presente, no entanto, [...] diz respeito a não previsão de atenuação ou isenção de responsabilidades penais a serem estendidas às pessoas físicas, como se deu, ainda que de forma limitada, na legislação antitruste. Sem a necessária garantia complementar, não se estima muito frutífera a medida legal, que fica limitada unicamente ao âmbito sancionatório empresarial. Dessa forma, tais regras, em que pesem serem previstas em alguma sorte de previsão, podem gerar derradeiramente um efeito reverso, qual seja, o de transformar o acordo de leniência, de pilar fundamental, agora da política anticorrupcional, em verdadeiro calcanhar de Aquiles do sistema.¹⁹⁷

Somando o exposto ao incentivo ao denunciamento retirado da leitura das disposições do decreto regulamentador, poderiam ser criadas amarras às ações dos indivíduos no ambiente de trabalho, bem como ocorrer a colocação dos funcionários de base em posição de ameaça, com riscos de responsabilização penal no clássico modelo em que são pegos como “bodes expiatórios”, sacrificados para “salvar” a empresa.¹⁹⁸

Nos moldes atuais da regulação, o que interessaria mais à empresa seria a autodenúncia para se livrar de sua punição. As consequências práticas, por outro lado, nem sempre seriam interessantes desde o referencial político-criminal aqui adotado. Quando a empresa tentar se escusar do cumprimento da lei, ou quando o rígido ambiente regulatório amarrar a atividade dos trabalhadores, ou ainda se a empresa colocá-los na posição de bodes expiatórios, trata-se de consequências indesejadas que foram geradas. Por estas razões, a revisão da orientação político-criminal de *compliance* precisa ser refeita. É justamente isso o que este trabalho se propõe a fazer, na forma detalhada do seu quarto capítulo.

Ante o exposto, demonstrou-se que, na regulação específica acerca do *whistleblowing*, deveriam ser seguidas instruções que privilegiem mecanismos de proteção dos trabalhadores, algo feito de forma somente parcial no Decreto 8.420 de 2015. Ademais, torna-se imperioso que o sistema de investigação interno das corporações também venha a ser regulado, de modo que a legislação evite que este pilar de *compliance* não se torne um verdadeiro perseguidor de condutas de funcionários para garantir a autodenúncia. Proteger juridicamente a empresa em detrimento das

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. Op. cit., nota 188, p. 350.

¹⁹⁸ Apresentando a crítica: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. Aspectos controversos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 165-197, jan./jun. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

condições jurídico-penais de empregados é tanto ilegítimo quanto ineficiente. Conforme levantado, o capítulo a seguir virá a trazer, pormenorizadamente, como restringir sistemas de investigação internos das empresas de modo a proteger os empregados e seus direitos fundamentais.

A seguir, na esfera cível, as sanções encontram-se nos quatro incisos do art. 19. As sanções são: (I) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (II) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (III) a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e (IV) a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. O §1º ainda vem a levantar as duas hipóteses de dissolução compulsória da pessoa jurídica, sendo ela determinada quando comprovado (a) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (b) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Trata-se de previsão de sanções demasiado graves, sendo importante questionar se não é justamente a gravidade das sanções impostas às empresas que justifica que elas tenham um sistema de mais garantias no processamento da Lei Anticorrupção.

Ademais, outras críticas surgem no que se refere ao fato de que os excessos regulatórios sobre corrupção podem gerar processos em várias esferas. Isso tem gerado preocupações enormes para as empresas em face das aberturas legais. Luciano Anderson de Souza lembra o problema do *bis in idem* ao apontar que a responsabilidade da Lei 12.846/13 não exclui a “responsabilidade administrativa em situações também abarcadas pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que também responsabiliza pessoas jurídicas que concorram em atos de improbidade (art. 3º).”¹⁹⁹ Além disso, há empresas preocupadas, inclusive, com diferenças ante as leis internacionais. Por exemplo, no que se refere à minoração de penas, em outras legislações como o *Bribery Act*, se uma empresa denunciar casos de corrupção de seus fornecedores que atuam em seu nome, a delatora não receberá qualquer punição – e isso não está previsto na lei local.

Já as instituições financeiras, geralmente dotadas de programas de *compliance*, têm receio de sofrerem sanções em função do crédito dado a uma empresa vencedora de licitação, que se descobre, no futuro, ser uma fraudadora. Essa cadeia de responsabilidade que poderia chegar à instituição financeira não poderia ser adjetivada como qualquer coisa menos que “exagerada”. Mesmo que a legislação exija procedimentos de “conheça seu cliente”, ela não pode ser confundida com uma necessidade de “investigar criminalmente seu cliente”. É preciso traçar linhas seguras sobre como incidirão determinadas regras, de modo a garantir um sistema sancionatório proporcional e razoável. Neste sentido, as limitações para as exigências de *compliance*

¹⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. Op. cit., nota 181.

são certamente as normas constitucionais e as garantias fundamentais, em especial o direito à intimidade e às garantias inerentes ao Devido Processo Legal. As exigências precisam estar condicionadas e adequadas à Constituição da República. Tais garantias são inerentes a qualquer cidadão vivendo na República Federativa do Brasil e por isso são de interesse dos trabalhadores e limitações legítimas à atividade de *compliance*.

O modelo de responsabilização objetiva, a sua vez, foi o motivo maior pelo qual foi adotada a responsabilidade administrativa na Lei, sob a alegação de que é difícil provar as condutas individuais para depois sancionar a empresa. Também costuma-se alegar que existe grande dificuldade em comprovar dolo ou culpa da pessoa jurídica. Contudo, é preciso observar também o lado empresarial, que certamente será afetado em aspectos penais e econômicos, sem que a real efetividade seja garantida com esse incentivo ao punitivismo. Nas palavras de Silveira e Saad Diniz:

De todo modo, mais uma vez é possível observar uma política legislativa que procura responder a problemas socioeconômicos com base na ampliação de responsabilidades, no lugar de regulamentar setores estratégicos e organizações que oportunizam a corrupção (mas não só, também as fraudes contábeis, desvios de dinheiro, fraudes a procedimentos de licitação são, aqui, de interesse). Criando mecanismos de aproximação de sua gestão aos interesses de regulação pública, a nova Lei Anticorrupção determina maior ingerência no funcionamento da atividade empresarial pela responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos da administração pública, nacional ou estrangeira, alcançando inclusive a pessoa de seus dirigentes.²⁰⁰

Certamente, a responsabilidade objetiva cria enorme dificuldade em se ter a própria defesa por parte de empresa. Se, como mencionado, há uma lógica penal embutida na lei, é inevitável questionar o cerceamento de defesa ao se instituir a responsabilidade objetiva nesta lei.²⁰¹ Esta preferência revive a discussão sobre os modelos de responsabilidade empresarial.

A despeito das críticas, é de se ressaltar a iniciativa preventiva da lei que pode ser de fato eficaz na prevenção da corrupção por meio do incentivo aos programas de *compliance*. O efeito positivo desta política é apontado por Adán Nieto Martín:

... Em ocasiões obrigam inclusive a que se aceite, se querem fazer negócios, a política anticorrupção da empresa. Este mecanismo me parece uma arma muito poderosa de extensão da luta anticorrupção. Se em uma zona da África ou Ásia uma grande multinacional obriga a todos seus provedores e sócios, se querem sê-lo, a adotar medidas anticorrupção, esta medida pode ser mais efetiva que muitas mudanças legislativas (tradução nossa)²⁰²

²⁰⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. Op. cit., nota 188, p. 309.

²⁰¹ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. Op. cit., nota 172.

²⁰² O texto em língua estrangeira é: “En ocasiones obligan incluso a que se acepten, si quieren hacer negocios, la política anticorrupción de la empresa. Este mecanismo me parece un arma muy poderosa de extensión de la lucha anticorrupción. Si en una zona de África o Asia una gran multinacional obliga a todos sus proveedores y socios, si quieren serlo, a adoptar medidas anticorrupción, esta medida puede

Deste modo, apesar das críticas, a matéria em si se encontra de acordo com as tendências internacionais e o intuito de prevenção da corrupção. No que se refere às propostas de alternativas frente as críticas, “o exemplo estrangeiro deve, pois, ser tomado em conta, até para se saber a abrangência possível da lei, com controle do Estado e preservação de Direitos, sob pena de violência e atentado às empresas”²⁰³. Para aderir ou afastar certas disposições, o exemplo estrangeiro pode ser de fato útil. Aliado ao tempo, à crítica e à prática, pode ter bom potencial de rendimento para apontar alternativas às questões pendentes.

Para este trabalho, preocupado com a vulnerável posição dos trabalhadores e a necessidade de conseguir sua adesão aos padrões éticos de *compliance* para atingir efetividade, importará especificamente a proposta de criação de mecanismos de proteção dos trabalhadores como forma de garantir validade e eficiência à regulação, conforme se verá mais a frente.

2.4.2.1 Lei Anticorrupção e “Operação Lava Jato”: parâmetro atual da análise da regulação promovida pela lei e sua relevância para as proposições deste trabalho

Eduardo Saad Diniz aponta que, apesar de a operação “Lava Jato” ostentar dimensões mundiais, o reforço intimidador ainda não necessariamente se refletiu em transformações que apresentem “resultados convincentes de melhora no ambiente ético na política ou no mercado. A tendência parece formar parte de uma agenda internacional, introduzindo no cotidiano do Sistema de Justiça criminal práticas sofisticadas de delação premiada, acordos de leniência e programas de *compliance*.”²⁰⁴

Ainda que o anterior obviamente não desautorize o processo de mudança de paradigma no tratamento da corrupção no Brasil, ele é preocupante em face dos esforços que têm sido empreendidos para mudar essa realidade.

Outra questão importante acerca da eficiência na transformação da cultura corporativa brasileira diz respeito à reprodução da regulação do *Foreign Corrupt Practices Act* no Brasil. Neste sentido,

... Ainda que haja ampla mobilização na prestação de serviços jurídicos, fazendo certa mercancia do temor de dirigentes das empresas em relação ao alcance extra-territorial da legislação americana, o impacto da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) é reduzido, com incidência relativamente baixa de casos envolvendo atores brasileiros. Não apenas no Brasil, mas também na América Latina, a referência à FCPA se limitou a apropriação “cosmética” como derivada da imposição de multinacionais, representando mera reação a situações de crise ou como mecanismo de

ser más efectiva que muchos cambios legislativos”. NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p. 205.

²⁰³ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. Op. cit., nota 172.

²⁰⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Corrupção e compliance no Brasil. Op. cit., nota 163, p. 722.

extorsão e estratégias de negócio, sem resultados efetivos em termos de melhora do ambiente negocial.²⁰⁵

A situação, neste ponto, é agravada de forma mais sensível. Se a adesão à cultura de *compliance* se dá somente por meio de programas de *compliance* “cosméticos” para garantir benefícios econômicos para alguns poucos agentes, algo de errado está sendo identificado. A situação piora quando se pensa que estas consequências vêm ainda acompanhadas de outras, como a extensão das responsabilidades penais dos empregados das empresas ou a infração de seus direitos fundamentais para alegar o cumprimento de obrigações que não passam de um “cumprimento de aparência”.

Além disso, em termos econômicos, o alcance extraterritorial da Lei Anticorrupção teria o potencial de acarretar efeito negativo na alocação de investimentos internacionais. Este efeito afeta de forma mais drástica os mercados emergentes, como é o caso brasileiro. Ademais, se o ponto central da defesa da legislação se dá em razão do potencial preventivo pelo incentivo regulatório a *compliance*, por outro lado, “a maior parte dos programas de *compliance* já estruturados nas empresas nacionais faz referências às recomendações do *The FCPA Guide*.” Conforme já se criticou anteriormente, “ainda que haja certa recepção da legislação americana na configuração da lei brasileira, é equivocado julgar que a simples adesão ao padrão norte-americano justificaria um comportamento ‘conforme’ à legislação brasileira.”²⁰⁶ Os padrões regulatórios, as condições institucionais de implementação e a cultura corporativa dos países são diferentes, razão pela qual a operação não pode ser automática.

O aqui exposto ainda se soma às condições particulares do capitalismo brasileiro. O desenvolvimento dependente brasileiro é evidenciado quando se denota a internalização de padrões jurídicos externos. O Brasil adere aos padrões impostos para garantir a manutenção de sua condição de desenvolvimento. Ao mesmo tempo, mesmo as culturas corporativa e jurídica do país adotam padrões externos, ainda que suas condições sejam evidentemente particulares e tragicamente nacionais.

Ademais, em termos econômicos, é notável que no Brasil há maior necessidade de desenvolvimento econômico e social. Não se pode desejar que o país adote os mesmos padrões regulatórios de um país de matriz produtiva e capacidade consumidora consolidadas. Isso se dá não só porque o Brasil materialmente não pode fazê-lo, mas principalmente porque não se convencionou politicamente que deva fazê-lo. A adesão aos padrões estadunidenses foi automática e não discutida.

Uma vez que o recurso da elite brasileira para compensar os déficits de desenvolvimento econômico é o encastelamento no Estado, igualmente não é de se esperar que os padrões de prática da corrupção e de infração aos ideais democráticos sejam iguais no Brasil e nos países centrais. A regulação, portanto, precisa se adaptar à realidade nacional e se justificar não só pelo que tutela, mas também como tutela, em face do contexto em que se insere.

²⁰⁵ Ibid. p. 735.

²⁰⁶ Ibid. p. 736.

A regulação de *compliance*, portanto, não pode ser inocentemente tratada como a reinvenção da roda. É preciso reconhecer que a atividade econômica não pode ser inviabilizada. Por estas razões, a regulação anticorrupção precisa do contato com os produtores, em especial aqueles com menor potencial de investimento em controles corporativos, normalmente as empresas menores.

Por outro lado, nada disso pode justificar maiores ônus à classe trabalhadora, da forma como tem acontecido no cenário atual na esfera do Legislativo com o corte de direitos trabalhistas e previdenciários como forma de “compensar” a perda das vantagens ilícitas que a perseguição à corrupção teria causado. É preciso ter cuidado com o trabalhador na regulação de *compliance*, principalmente quando ele é colocado em situação de riscos penais (na forma já extensamente exposta) e a contrapartida é a adesão a práticas de *compliance* cosméticas.

Desta forma, uma vez que estiver encerrada a operação Lava Jato, toda a regulação da matéria estará posta na encruzilhada dos parâmetros político-criminais que o país deseja adotar. Se a existência da operação foi importante para afirmar que as leis existem e se aplicam a todos, por outro lado, é ainda mais importante saber “o que vem após a Lava Jato”. A operação coloca parâmetros regulatórios que deverão ser aplicados no dia-a-dia de todas as empresas e é justamente essa aplicação na forma de rotina que preocupa. Sob os holofotes da mídia, os problemas são ocultados pelo fetiche do espetáculo promovido, mas a prática diária nos tribunais após o fim da operação pode evidenciar o pior da histeria coletiva “anticorrupção”: a restrição de direitos e a troca de “políticos” por “bodes expiatórios”.

Ante o exposto, conclui-se que a revisão da orientação político-criminal em matéria de *compliance* visando proteger a posição do trabalhador é um imperativo, por isso é justamente o que se propõe neste trabalho.

2.4.3 A Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) a partir da interpretação jurisprudencial²⁰⁷

Em geral, quando se fala de *criminal compliance* e as empresas privadas no Brasil, recorda-se principalmente das disposições expressas presentes nas Leis 9.613/98 e 12.846/12, contudo, desde a decisão do Recurso Extraordinário 548.181/PR²⁰⁸, datado de 06/08/2013 e com relatoria da Ministra Rosa Weber no Supremo Tribunal Federal, o tema passou a ser relevante também em matéria de crimes ambientais.

²⁰⁷ Parte das considerações deste tópico foi retirada daquilo que já apresentamos anteriormente em: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). pp. 87-92. Trata-se aqui, portanto, da versão atualizada, revisada e ampliada daquela exposição, em especial com relação à inclusão da análise jurisprudencial.

²⁰⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> com acesso em dez./2015. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 06/08/2013.

Inicialmente, a Lei de Crimes Ambientais é especialmente importante para o direito brasileiro e os crimes de empresa porque é atualmente a única a de fato implementar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Isso se apura a partir da leitura da redação do art. 3º²⁰⁹ da supracitada lei.

De forma geral, a responsabilidade penal da pessoa jurídica e *criminal compliance* andariam alinhados atualmente. Os programas de *criminal compliance* teriam papel importante na fundamentação e no afastamento da responsabilidade de empresa. Isto se daria porque teriam se tornado os próprios instrumentos de organização da empresa para a evitação dos delitos e da sua responsabilização. A relevância é ainda maior nos modelos de responsabilidade penal empresarial “própria”, quando a empresa é considerada responsável por fato próprio, sua própria “desorganização” que permitiu o delito.²¹⁰ Este modelo, que preconiza pela “autorresponsabilidade” da empresa, vem a substituir os antigos modelos de “heterorresponsabilidade”, que vinculam a responsabilidade da empresa à responsabilização de alguma pessoa física concreta que atuaria em seu nome e interesse.²¹¹ Desta forma, sempre que está em

²⁰⁹ Art. 3º, L.9605/98: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

²¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p.31.

²¹¹ Sobre o assunto, importante a contribuição de Davi Tangerino sobre a adaptação de *compliance* ao direito brasileiro. O Autor propõe a adaptação apontando como *criminal compliance* pode aportar subsídios para construção de uma culpabilidade própria de empresa (que é diferente daquela dos indivíduos). Para isso, vale-se da leitura de Dirk Fabricius e a culpabilidade como relação que foi desbalanceada por meio da prática delitiva e por isso precisa de responsabilização do sujeito. A partir de tal pressuposto, tornar-se-ia possível a construção de uma culpabilidade própria de empresa. A seguir, para apontar a relevância de *compliance* para a culpabilidade, Tangerino começa demonstrando que se trata de instituto da *common law*, tradição jurídica que sequer se vale do conceito de culpabilidade. Nesta tradição, o delito se divide em *actus réus* e *mens rea*. A *mens rea* em alguma proporção soma elementos do elemento volitivo e da culpabilidade, sendo que é nessa esfera que se tenta apurar alguma relevância de *criminal compliance*. Dito isso, quando se analisa a regulação estadunidense sobre *criminal compliance* em matéria de aplicação e valoração de penas, as *Sentencing Guidelines for Organizations*, observa-se que conforme mais medidas de *compliance* se cumpre, menos se aplica pena (ou seja, diminui a *mens rea*). Nestes parâmetros, seria possível se falar em uma culpabilidade de empresa construída a partir de estruturação em *criminal compliance*. O Autor propõe, então, a título de conclusão, o retorno às sanções civis e administrativas para os crimes de empresa, mas que se a tutela penal se mantiver, que seja de forma a estender as garantias e não a responsabilidade objetiva. Cf. TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 86/2010, Set. – Out. pp. 36-60, São Paulo: IBCCrim, 2010. Importante ressaltar a crítica feita desde então sobre a responsabilidade objetiva, ainda antes das disposições atuais. Isso porque atualmente, além da responsabilidade objetiva das empresas nas esferas cível e administrativa por atos de corrupção, na forma da Lei 12.846/2013, desde o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR, datado de 06/08/2013 e com relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento que dispensa as formas de concurso necessário na dupla imputação das pessoas, de modo tal que a coautoria dos dirigentes da empresa já não mais se faz obrigatória na responsabilização de delitos ambientais no país. Se o que se nota é o abandono ao modelo de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica e a manifestação de intenção de adotar um modelo de autorresponsabilidade penal da empresa, nos moldes do proposto por Tangerino quando a responsabilidade penal se mantém, por outro lado, desde o julgamento não se observa um parâmetro de construção da culpabilidade de empresa. A

pauta a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, há igual potencial de que a discussão se estenda a *criminal compliance*. Seria o caso, enfim, de se apurar se isso se aplica ao caso da Lei de Crimes Ambientais no Brasil.

Inicialmente, a partir da leitura do art. 3º da Lei 9.605/98, observa-se que ele previa que as pessoas jurídicas seriam penalmente responsáveis pelos crimes que ocorrem: (a) no interesse ou benefício da entidade e; (b) cometidos por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou do seu órgão colegiado. Os requisitos consagravam um modelo de responsabilidade da pessoa jurídica chamado de “responsabilidade por ricochete”, em que a imputação feita ao agente físico era integralmente transferida à pessoa jurídica (e como a pessoa física era agente próprio, com poder de decisão e mando, então era a decisão ou mando incorreto que configuraria a responsabilidade da empresa). Não parecia ser, portanto, o caso de “responsabilidade própria”, que exigia a presença de um programa de *compliance* para afastar a responsabilidade da empresa (ou caracterizaria sua responsabilidade quando ele estivesse ausente).

Ocorre que, a partir da decisão do Recurso Extraordinário 548.181/PR, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento que dispensa as formas de concurso necessário na dupla imputação das pessoas físicas e jurídicas, de modo tal que a co-autoria dos dirigentes da empresa já não se faz mais obrigatória na responsabilização das pessoas jurídicas por delitos ambientais, ao contrário da orientação histórica do Superior Tribunal de Justiça.²¹² No caso em questão²¹³, o entendimento dos ministros foi o de que a empresa acusada pode ser condenada sozinha, ainda que os diretores ou administradores que autorizaram a medida causadora do acidente não façam parte do processo, deste modo afastando o antigo critério da dupla imputação necessária²¹⁴.

O principal argumento utilizado pela Ministra relatora para justificar a mudança de paradigma foi o de que o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal não condiciona a responsabilidade coletiva da empresa à individual dos administradores, razão pela qual não seria correto exigir a dupla imputação necessária. Ainda que se trate um caso específico, o precedente significou verdadeiro surgimento de nova interpretação por parte de todos os tribunais, gerando repercussão para várias outras empresas processadas por crime ambiental.

Em face do exposto, a discussão inicial que se pôs na doutrina foi acerca das consequências desta decisão para o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica da Lei 9.605/98. Se antigamente era claro que a lei se valia da responsabilidade

responsabilidade penal da pessoa jurídica, então, tem estado mais próxima de uma espécie de responsabilidade objetiva, o que, conforme Tangerino já criticava, é inaceitável nos Estados de Direito democráticos.

²¹² SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo*: Op. Cit., nota 1, p. 406.

²¹³ No caso, a Petrobras é acusada criminalmente pelo vazamento de quatro milhões de litros de óleo cru da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), na região metropolitana de Curitiba, ocorrido em julho de 2000. Mais em: JORNAL VALOR ECONÔMICO. STF decide que Petrobras deve responder por vazamento. Publicado em 07 de agosto de 2013.

²¹⁴ Sobre isso, antes da decisão em discussão: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. pp. 166 e ss.

por ricochete, agora importante parcela dos penalistas questiona até que ponto a decisão teria modificado o modelo e passado a adotar uma responsabilidade própria da pessoa jurídica, baseada na culpabilidade por déficit de organização, assim exigindo, ou no mínimo sugerindo²¹⁵, enfim, que as empresas se organizassem por meio de programas de *compliance* para evitar delitos ambientais. Para saber se a hipótese de fato se sustenta, seria necessário analisar a repercussão prática, para os tribunais inferiores, da decisão em discussão. É exatamente isso o que se passa a fazer a seguir.

2.4.3.1 Repercussão na jurisprudência

Visando saber qual a aplicação prática dada pelos tribunais à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ora analisada, foi realizada pesquisa de análise de jurisprudência dentro do Núcleo de Estudos em Direito Penal Internacional da UERJ (conforme o Anexo deste trabalho) para apurar as decisões referentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica entre os anos de 2013 e 2016. Pelo Autor do presente texto, orientado pelo professor Doutor Artur de Brito Gueiros Souza, foram analisados julgados do Supremo Tribunal Federal (STF, de 09/2013 a 08/2016), Superior Tribunal de Justiça (STJ, de 09/2013 a 08/2016) e Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4, de 09/2014 a 08/2016) em que constavam os termos: “*compliance*”; “programa de cumprimento”; “programa de integridade”; “programa de conformidade”; “responsabilidade penal” + “pessoa jurídica” ou “empresa”. As perguntas que se buscava responder eram: qual a solução dada? Qual a relevância de *compliance* na solução?

²¹⁵ Afirmando a autorresponsabilidade da pessoa jurídica a partir da decisão, afirma Renato de Mello Jorge Silveira: “Em agosto de 2013, no entanto, a partir de uma decisão no RE 548.181/PR, sob a Relatoria da Ministra Rosa Weber, teve-se por ponderado que a cega obediência ao princípio da dupla imputação incorreria, em verdade, em uma agressão ao preceito do art. 225, §3º, da Constituição Federal. [...] A partir dessa decisão, percebe-se uma clara inclinação da jurisprudência brasileira para a mais adequada tese da autorresponsabilidade da pessoa jurídica, procurando-se afastar das justificativas tradicionais em seu rechaço”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 172. De forma semelhante, Eduardo Saad Diniz: “[...] A interpretação jurisprudencial recente, ainda que delimitada aos delitos ambientais cometidos por empresas, permite a observação de novas construções de sentido, na linha da responsabilização autônoma. Há uma recente introdução de novos elementos de interpretação que conduzem a certa tendência de alinhamento a padrões internacionais de imputação autônoma da empresa, sem a necessidade de identificar a conduta do dirigente ou empregado. Sua incidência mais significativa se deu recentemente no Supremo Tribunal Federal, no caso RE 548.181/PR, 06.08.2013, Rel. Min. Rosa Weber, em que ficou superada a *quaestio juris* sobre o art. 225, §3º, CF, e os arts. 2º e 3º da Lei n. 9.605/98. Abriu-se espaço para imputação simultânea à empresa e à pessoa física (“o legislador original não impõe e o comando de ‘dupla imputação’”), a partir da interpretação de que a Constituição não impõe a necessária dupla imputação, expressando “a *voluntas legis* não apenas a demanda por extensão do alcance das normas penais na regulação da responsabilidade corporativa, mas também a opção político-criminal por evitar a impunidade e as dificuldades de reparação do dano em relação aos crimes ambientais cometidos por empresas”. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Corrupção e compliance no Brasil*. Op. cit., nota 163, pp. 737-738.

Ao final, o resultado da pesquisa apontou para repercussões práticas observadas que não eram uniformes, apontando que a decisão do Supremo foi interpretada de formas distintas dentro dos tribunais analisados. Além disso, usualmente, o termo “*compliance*” esteve mais relacionado aos casos de lavagem de dinheiro e responsabilização de *gatekeepers*, e não a casos de crimes ambientais. Por outro lado, apurou-se que as decisões analisadas, apesar de apresentarem interpretações distintas, apontavam para duas linhas mais prováveis de aplicação: (1) a responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica; ou (2) um modelo de imputação misto, que mesclava os requisitos do art. 3º da Lei 9.605/98 com a responsabilidade autônoma da empresa. Em ambos os casos, não se observou qualquer relevância dada aos programas de *compliance* para medir a responsabilidade das empresas pelos crimes ambientais.

Esmiçando os resultados, foram analisados vinte casos no total, sendo doze deles sobre repercussões para responsabilidades individuais a partir de *compliance* e da responsabilidade penal da pessoa jurídica e oito que versaram somente sobre a responsabilidade da empresa, ou seja, o critério para imputar responsabilidade a ela.

A partir dos casos, o que se pôde observar é que não consideraram a organização da empresa, ou os programas de *compliance*, como relevantes para atribuir ou eximir as empresas de responsabilidade. Ao final, as pesquisas com o termo “*compliance*” apontaram que o termo aparece vinculado, em síntese, a casos de lavagem de dinheiro. Na maior parte do tempo, ele está associado à possibilidade de uso de determinados meios de prova, mas também apareceu para fundamentar a responsabilidade penal de sujeitos obrigados, seja com a fundamentação de que a não implementação de *compliance* constitui o dolo por cegueira deliberada, ou porque os responsáveis por *compliance* estariam na posição de garantes.

No Supremo Tribunal Federal, só se viu a alusão ao termo “*compliance*”, desde 2013, nas ferramentas de pesquisa comuns, em decisões monocráticas, nunca coletivas, quando se decidiu por conceder ao Ministério Público Federal o direito de quebra de sigilo bancário para fins de obter prova. Neste contexto, sempre pediam ao mesmo tempo os dados referentes a cadastro e análise de *compliance*, dando a indicar que o órgão tem indícios de que as informações provenientes dos deveres de *compliance* poderão ser úteis em uma investigação. *Compliance*, nestes termos, ganharia uma relevância maior para fins de provas no contexto dos deveres de instituições financeiras previstos pelos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98.

No Superior Tribunal de Justiça não foi apontada relevância de *compliance* para as responsabilidades individuais. As discussões das responsabilidades individuais não citavam em momento algum a presença ou ausência de programas internos para evitar delitos como essencial ou mesmo relevante para as apurações.

Já no Tribunal Regional Federal da quarta região, o termo *compliance* apareceu mais de uma vez em citação de exemplo de cegueira deliberada, quando algum sujeito obrigado teria se cegado deliberadamente e por isso responderia com dolo.

Observou-se também repercussão probatória de *compliance*. Há a citação do termo pesquisado dentro de contextos específicos, em que se refere ao programa de *compliance* do banco envolvido em determinada situação de juntada de provas, sem

que isso signifique alguma repercussão para a responsabilidade penal ou o delito em si. São situações em que, por exemplo, o programa de *compliance* conversou com algum cliente e isso ajudou a constatar o verdadeiro dono da conta, ou apresentou o perfil do cliente etc. Estes casos não foram citados na pesquisa do anexo deste trabalho.

O Tribunal Regional Federal da quarta região ainda apresentou julgados em que se interpretou o *dolo por cegueira deliberada* de forma ampla. Curiosamente, não fundamentou na decisão a relação entre o dever administrativo e o crime, somente apontou as condutas com relevância para o injusto e usou *compliance* para justificar o dolo, especificamente na modalidade da *cegueira deliberada*. Assim, o dolo por *cegueira deliberada* não esteve associado a um delito que envolvesse *compliance* em concreto, mas sim, somente, em abstrato, estabelecendo associação automática (e de legitimidade duvidosa) entre ausência de medidas de *compliance*, falta de conhecimento da origem ilícita de bens ou valores negociados e cegueira deliberada na prática dolosa de lavagem de dinheiro. Em síntese, a fundamentação *não* se centrou na ideia de que a não implementação de *compliance* geraria a infração de um dever que poderia fundamentar a responsabilidade pela prática de lavagem de dinheiro porque ele seria um delito de infração de dever; nem mesmo que poderia fundamentar a responsabilidade na forma de comissão por omissão, entendendo o crime como delito de resultado e que a falta de *compliance* pode ativar a responsabilidade porque o obrigado administrativo da lei seria garante (art. 13, §2º, do Código Penal) e *compliance* teria aptidão para evitar crimes, ainda que esta última ideia esteja embutida na interpretação utilizada pelo Tribunal. O que se viu, em verdade, foi que a *fundamentação pensou na ausência de implementação de compliance como a própria caracterização do dolo por cegueira deliberada*. Com isso, o Tribunal Regional Federal da quarta região ampliou a interpretação de cegueira deliberada e se desincumbiu da fundamentação acerca da relevância da infração do dever administrativo para a atribuição de autoria.

Especificamente quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, que é o tema de maior interesse aqui, o que se apurou foi a falta de existência de um novo critério de imputação consistente. Em geral, os tribunais somente têm reafirmado a possibilidade de imputação isolada da pessoa jurídica, contudo sem delimitar qual seu parâmetro de culpabilidade. Na falta deste parâmetro, alguns julgados apontaram para a readequação do modelo de heterorresponsabilidade, excluindo a necessidade de apresentar a pessoa física, mas mantendo a necessidade de apontar uma decisão de pessoa para atribuir a responsabilidade da pessoa jurídica. Em outros casos, contudo, foi observado o uso de uma espécie de responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, semelhante ao voto do Ministro Barroso no Recurso Extraordinário 548.181/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Durante o período da pesquisa, no Supremo Tribunal Federal a responsabilidade penal da pessoa jurídica apareceu uma única vez em acórdão, em trancamento de Habeas Corpus, para afirmar que *é possível a dupla imputação*, mesmo que desde 2013 *ela não seja mais considerada necessária*. A afirmação importante é que sujeitos

com poder de mando podem ser igualmente responsabilizados, mas se trata de afirmação abstrata, sem especificar no caso concreto se a responsabilização foi por comissão por omissão, se foi crime de infração de dever porque houve o cometimento de algum crime com infração a normas técnicas, ou ainda se foi um delito comissivo de domínio, normal, em que o sujeito tem sua conduta típica clássica. A única coisa afirmada é que os sujeitos com poder de mando podem ser responsabilizados ao mesmo tempo que a pessoa jurídica. Nas decisões monocráticas, a mesma questão apareceu algumas vezes, pelo que sempre adotaram a mesma posição do acórdão, sendo pouco relevante trazer algo igual e que não foi fruto de discussão.

No Superior Tribunal de Justiça, foram observados outros casos que não discutiram o critério de imputação da pessoa jurídica. Nestes, somente reafirmaram que *a empresa pode ser responsabilizada em separado de pessoas físicas*, assim adotando o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Estes casos não foram considerados sequer necessários para realizar a cópia no anexo, posto que somente são a reafirmação da mudança de entendimento jurisprudencial.

Neste Tribunal, em geral, quando se falou de responsabilidade individual relacionada à responsabilidade penal da pessoa jurídica, tratou-se de caso de absolvição da pessoa física. Somente tiveram os Habeas Corpus negados aqueles que, em matéria de defesa, alegavam não poder haver dupla imputação, ou não haver especificado a conduta em caso de pluralidade de autores, casos em que o tribunal reafirmava que *pode haver dupla imputação (ela só não é necessária) e que as condutas nesses casos de concurso de agentes não precisam ser detalhadamente individualizadas*. Disso se conclui que a especificação do que cada um dos coautores fez não é exigida, o que se exige especificado é como o(s) autor(es) contribuiu(íram) para o resultado, sendo necessário apontar qual foi a ação ou omissão penalmente relevante praticada ou ausente por parte do autor, obviamente havendo nexos causal comprovado.

A busca pela *responsabilidade* nos crimes ambientais se mostrou mais na busca da *omissão ou da comissão com infração de um dever extrapenal*, bem como em *concurso de agentes*, afastando o modelo comum de comissão de uma lesão a bem jurídico individual.

Já no Tribunal Regional Federal da quarta região, as consequências da decisão do Recurso Extraordinário 548.181/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, foram sentidas de forma relevante a partir de 2014. Foram oito casos analisados. Nenhum deles falou sobre a relevância de *compliance* ou de programas de prevenção de evitação de delitos para aferir a responsabilidade da empresa. Apesar de não citar *compliance*, o Tribunal apontou a autodenúncia como fator relevante para a apuração do dolo, o que pode gerar, futuramente, a utilização de programa de *compliance* como defesa para descaracterizar o elemento volitivo, uma vez que o programa incentiva a autodenúncia e *whistleblowing*. Transfere-se a discussão da ação e culpabilidade de empresa para o dolo, uma vez que a jurisprudência se mantém presa no finalismo, preocupada com a vontade, e no modelo de heterorresponsabilidade penal para pessoas jurídicas. O mesmo vale para a questão da culpabilidade na esfera de demonstrar o conhecimento ou não de uma matéria e sua capacidade para agir em conformidade

ao direito, algo que os decisores discutem em matéria de culpabilidade da empresa, mesmo que normalmente transferindo a culpabilidade do agente concreto para a empresa.

O critério mais utilizado, dentro do apurado na pesquisas, ainda foi o de responsabilidade por transferência (transfere-se a culpabilidade do agente concreto e específico, pessoa física com poder de mando, para a culpabilidade da empresa). Essa resolução apareceu por cinco vezes: em um caso especificaram a questão do dolo (conforme o parágrafo acima) e nos outros quatro somente equipararam culpabilidade do agente físico e culpabilidade da empresa.

Há outros casos, não registrados por essa pesquisa, em que não houve apreciação do mérito em matéria de defesa, casos que também não estão registrados na pesquisa em anexo, porque são inúteis para o objeto de pesquisa.

Há processo contra pessoa jurídica de Direito Público, especificamente um município, afastando a ideia de que o Estado não pode processar o Estado, mas criando precedente político perigoso.

Quando se tentou dissociar totalmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica da responsabilidade individual, o critério adotado foi pouco convincente, uma vez que não apontaram ação e culpabilidade próprias da empresa. Isso ocorreu somente uma vez, mas quando tentaram criar um modelo de “autorresponsabilidade da pessoa jurídica”, o que se produziu foi uma tentativa de equiparar a culpabilidade da empresa à de um indivíduo, como se ela tivesse “consciência própria”. Essa culpabilidade própria, contudo, não se baseou na sua capacidade de organização para evitar delitos como critério principal. O critério apresentado foi pouco convincente, deixando a culpabilidade em aberto e não discutindo a culpa, beirando a responsabilidade objetiva. Neste caso, é importante a ressalva de que relacionar a responsabilidade da empresa à do indivíduo continua sendo melhor que a responsabilidade objetiva.

A relevância de *compliance* não apareceu, contudo é possível imaginá-la. Isso porque não houve discussão acerca da relevância de um programa de *compliance* para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, deixando a questão em aberto (a relevância de *compliance* pode ou não existir, e, principalmente, pode ser ainda construída). Pelos critérios adotados pelo Tribunal, já é possível imaginar sua relevância em: (a) descaracterizar o dolo a partir de autodenúncia e organização contrária ao delito; (b) detalhar o conhecimento do fato criminoso dentro da empresa e sua organização buscando evitá-lo, discutindo a culpabilidade da empresa; (c) detalhar a comunicação por meio de *compliance*, assim demonstrando que não haveria como um determinado agente com poder de mando tomar a decisão do fato delituoso.

A análise aponta para um critério adotado pelos tribunais nos seguintes termos: mantém-se o modelo de transferência de responsabilidade, do indivíduo para a empresa, mas agora aceitando uma “transferência em abstrato”, “de um sujeito virtual para a empresa”, quando não se encontra o agente concreto. Seria algo semelhante ao instituído pela LO 05/2010 na Espanha. Com isso, é possível imaginar a importância de *compliance* em processos futuros (semelhante à relevância que tinha no modelo

espanhol entre 2010 e 2015). Como a jurisprudência ainda não se decidiu assim, não há vedação absoluta de que se passe a adotar o critério de autorresponsabilidade, até porque ele condiz mais com o modelo constitucional de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que desvincula completamente (dentro das limitações ontológicas) a responsabilidade da pessoa jurídica daquela dos indivíduos.

Finalmente, após o acima exposto, percebe-se que há resistência à aplicação da responsabilidade penal autônoma e própria da pessoa jurídica por parte dos tribunais. Ainda que a adoção da “autorresponsabilidade” penal da empresa seja a preferida dentro deste trabalho (e deixa-se isso bastante explícito aqui), não é possível se furtar à análise das condições atualmente postas, apesar de estarem ainda muito distantes daquilo que se desejaria como ideal. Desta forma, visando aprimorar os critérios atualmente utilizados, parte-se a seguir para a sugestão de possível alternativa de *lege lata*.

2.4.3.2 Possível alternativa de interpretação a partir dos critérios legais e jurisprudenciais atualmente vigentes

A partir do acima exposto, torna-se necessário propor alternativas frente à abertura promovida pelo Recurso Extraordinário 548.181/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Em síntese, buscar-se-á, aqui, apontar critérios que restabeleçam a segurança jurídica perdida após a decisão e que, ao mesmo tempo, dotem de significado, para o modelo de imputação atualmente empregado, a presença de programas de *compliance* direcionados para a prevenção de crimes ambientais nas empresas.

Inicialmente, não seria possível negar de plano as ressalvas de que a lei brasileira não trata expressamente da possibilidade de autorresponsabilidade (ou responsabilidade própria) da pessoa jurídica. De fato, não é difícil pensar em questionamentos acerca da legalidade da exigência de *compliance* para justificar a punição ou sua isenção a uma pessoa jurídica.

Em face disso, sem a pretensão de apresentar uma resposta definitiva, mas sim propor o questionamento e uma possível alternativa para a questão, é apresentada uma segunda possibilidade de interpretação acerca das reais repercussões da decisão do RE 548.181 do PR pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Em análise completa da decisão, observa-se que a Ministra relatora em nenhum momento disse que seria discutido naquele caso o modelo de imputação de pessoas jurídicas adotado a partir de então. Pelo contrário, no momento em que considerou inconstitucional a exigência de concurso necessário entre agente físico e pessoa jurídica, relatou:

Lembro, por oportuno, que, apesar de consagrado constitucionalmente o princípio da responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental, amplas são as discussões sobre as causas de imputação criminal à pessoa jurídica, vale dizer, sobre quando e como sua culpabilidade deve ser reconhecida. [...] Não é, contudo, o

momento adequado para aprofundar a matéria. Em análise apenas a admissibilidade do recurso extraordinário.²¹⁶

Em face disso, não é de se afirmar que necessariamente da decisão do Supremo Tribunal Federal adveio critério de imputação novo, principalmente porque seu único amparo legislativo se encontraria no art. 2º da Lei 9.605/98, que fala em penas nas medidas de culpabilidade das pessoas. A ideia de que este critério de culpabilidade seria implementado pela jurisprudência a partir das criações doutrinárias que apontam o defeito na organização como o critério de culpabilidade para responsabilizar penalmente pessoas jurídicas não é absurda, contudo ela somente poderia ser sustentada caso o art. 3º tivesse sido declarado inconstitucional, o que notadamente não ocorreu.

Uma análise detalhada da ementa pode iniciar o caminho de busca por respostas mais concretas que se pretende aqui. Nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. **CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.** 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal **não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica** por crimes ambientais à **simultânea persecução penal da pessoa física** em tese responsável no âmbito da empresa. **A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.** 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma **concreta imputação** também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. **A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada** no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda **para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva.** Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. **[grifos nossos]**

Observando pois, os termos grifados, eles apontam para o fato de que o caso deliberou sobre não se condicionar a persecução de uma pessoa jurídica à persecução

²¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> com acesso em dez./2015. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 06/08/2013. p. 38.

de uma pessoa física no mesmo processo (concreta imputação), significando então, somente, que uma empresa pode ser sujeito passivo de um processo penal sem que exista coautor algum ao seu lado. E neste sentido, a Min. Weber é muito clara: “a questão juris, assim, restringe-se a saber se a interpretação do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/98 leva à impossibilidade de a pessoa jurídica figurar isoladamente no polo passivo de ação penal, ou se, ao contrário, não se impõe a necessária dupla imputação.”²¹⁷

Uma vez que o antigo entendimento sobre o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil consagrava o modelo da imputação por ricochete, realmente vinculava a possibilidade de uma pessoa jurídica ser polo passivo de ação penal à dupla imputação, impondo a existência de um coautor que fosse pessoa física qualificada. A decisão de 2013, portanto, ao excluir a dupla imputação necessária, também impôs que o antigo critério de transferência de culpabilidade fosse revisto pelos tribunais inferiores. A decisão, contudo, não clarificou qual seria o novo critério de culpabilidade de empresa. E, neste contexto, ainda que adotar o modelo de imputação por fato próprio possa ser uma solução indicada, ela não necessariamente é a única.

Isso se daria porque na própria ementa há a alusão à manutenção das necessidades de buscar pela (1) identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito e (2) a verificação de que a conduta ilícita se deu no benefício ou interesse da entidade coletiva. E esses dois critérios são critérios expressos e clássicos do modelo de imputação ao ente coletivo de condutas individuais, legalmente previstos no art. 3º da Lei 9.605/98. A partir do exposto, verifica-se que a decisão não teria previsto a alteração do modelo de imputação, mas sim a readequação do critério já adotado aos padrões constitucionais.

Para propor, enfim, uma segunda interpretação possível para a decisão, uma alternativa poderia ser buscada na experiência da antiga lei de responsabilidade penal das pessoas jurídicas da Espanha, a LO 5/2010. Para Jesús-María Silva Sánchez, a antiga redação do art. 61 *bis* do Código Penal espanhol, ao contrário da atual (após a LO 1/2015), previa um modelo de transferência assim como a Lei de Crimes Ambientais brasileira. A previsão espanhola, contudo, tinha a particularidade de que não necessariamente uma pessoa física tinha que ser processada ao lado de uma pessoa jurídica, a ver:

É certo que alguns elementos [...] poderiam produzir a impressão de que dito modelo se entrecruza parcialmente com o modelo de responsabilidade por fato próprio. Assim, por exemplo, [...] a possibilidade de impor responsabilidade penal à pessoa jurídica ainda que a pessoa física que cometeu o delito não tenha sido individualizada, não se tenha podido dirigir contra ela o procedimento, lhe falte a culpabilidade ou tenha falecido.

[...]O fato de que a pessoa física não tenha sido individualizada, ou de que não tenha sido possível dirigir contra ela o procedimento não obsta a que tenha sido possível

²¹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> com acesso em dez./2015. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 06/08/2013. p.44.

individualizar um fato culpável de uma pessoa física (não individualizada) pelo que caberia fazer responsável a pessoa jurídica em virtude do mecanismo de transferência (tradução nossa).²¹⁸ [grifo nosso]

Entende o Autor ser igualmente tranquila a hipótese de falecimento do antigo responsável e só faz uma ressalva quanto à ausência de culpabilidade da pessoa física, pois, se ela não era culpável, sua culpabilidade não poderia se transferir à pessoa jurídica. Desta forma, não seria possível considerar a pessoa jurídica culpável, da mesma forma que o hipotético autor individual da infração (o cenário muda se é identificada a função de garante em algum funcionário *culpável* da empresa porque ele teria o dever de controle sobre a pessoa “perigosa” que cometeu o injusto, caso em que a pessoa jurídica também é responsável).

Em verdade, o critério aludido por Silva Sánchez demonstra que o modelo de imputação por transferência pode se manter mesmo se não identificado, concretamente, o autor físico. Basta que ele seja abstratamente identificável para comprovar a (a) existência de infração penal; (b) no interesse ou benefício da entidade; e (c) cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou do seu órgão colegiado, nos exatos moldes do art. 3º da Lei 9.605/98. Esta é, enfim, uma interpretação possível para a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil após a decisão do Recurso Extraordinário 548.181 do PR pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. E quanto a (b) e (c) cabe destacar mais um trecho da relatoria da Ministra Rosa Weber:

... A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva²¹⁹

Assim, a conclusão a que se chega é que, se adotada a interpretação aqui defendida, haveria a harmonização dos elementos presentes no direito brasileiro: (i) a não imposição da dupla-imputação necessária e (ii) a manutenção dos critérios da lei,

²¹⁸ O texto em língua estrangeira é: “es cierto que algunos elementos contenidos más allá del art. 31 bis 1. CP podrían producir la impresión de que dicho modelo se entrecruza parcialmente con el modelo de responsabilidad por el hecho propio. Así, por ejemplo, [...] la posibilidad de imponer responsabilidad penal a la persona jurídica aunque la persona física que cometió el delito no haya sido individualizada, no se haya podido dirigir contra ella el procedimiento, le falte la culpabilidad o haya fallecido [...] el hecho de que la persona física no haya sido individualizada, o de que no haya sido posible dirigir contra ella el procedimiento, no obsta a que sí haya sido posible individualizar un hecho culpable de una persona física (no individualizada) por el que cabría hacer responsable a la persona jurídica en virtud del mecanismo de transferencia”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. Op. Cit., nota 210, p.28.

²¹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> com acesso em dez./2015. Recurso Extraordinário 548.181 Paraná. Primeira Turma. Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em: 06/08/2013.

considerando que sua inconstitucionalidade não foi declarada. Desta forma, não afastado o modelo de imputação a pessoas jurídicas historicamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas somente o readequando às exigências constitucionais, então os programas de *compliance* não seriam exigência da Lei 9.605/98, uma vez que a lei não contém nenhuma indicação expressa sobre a diminuição ou extinção de responsabilidade da pessoa jurídica quando sua organização não se viu implicada no delito cometido e ela tomou as medidas necessárias para evitar seu cometimento. Em verdade, estaria mantido para o Ministério Público o ônus de apontar os critérios do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais e não de indicar a má organização de uma empresa na prevenção contra delitos ambientais.

Neste cenário, aos programas de *compliance* se atribuiria a categoria de uma faculdade da empresa. Ainda que uma responsabilidade não se apurasse pela má organização de uma empresa, na esfera da defesa corporativa, um programa de *compliance* poderia ter relevância para descaracterizar a responsabilidade. Isso se dá porque a implementação de um programa de *compliance* somente pode se dar por um ato de decisão de agente com poder de mando ou de órgão da empresa. Para efetivar a responsabilidade, igualmente se dá ênfase a uma decisão ou ordem destes agentes qualificados. Por isso, caso os agentes qualificados tenham decidido por implementar um programa de *compliance* e ele tenha sido implementado de forma legítima, teria aptidão para afastar a responsabilidade de empresa com fundamento no comportamento do agente qualificado, que, ao decidir pela implementação de um programa de *compliance*, agiu na direção de diminuir os riscos delituosos da atividade empresária. Desta forma, tanto por razões de imputação objetiva, com a diminuição do risco de ocorrência do crime, quanto na esfera do cumprimento do devido cuidado (por parte do agente especial), a implementação e o direcionamento de conduta conforme um programa de *compliance* valeria como forma de defesa da empresa e dos indivíduos.

Ademais, o próprio potencial preventivo de um programa de *compliance* justificaria a capacidade de diminuir as sanções impostas à empresa, ou mesmo afastá-las. Isso porque os programas de *compliance* serviriam como forma de organizar empresas e prevenir contra delitos ambientais. Seriam, então, a forma mais adequada de defesa contra uma acusação que aponte um diretor ainda não identificado, uma vez que os deveres de organização e vigilância dentro da empresa, próprios dos agentes especiais da lei, poderiam ser cumpridos por um efetivo e bem estruturado programa de *compliance*, desta forma afastando a responsabilidade da empresa ao demonstrar que o agente, em abstrato, teria cumprido seu dever de decidir contrariamente ao delito, ou de colaborar para a manutenção da integridade da empresa e de sua legalidade com relação à lei que tutela o meio ambiente.

Finalmente, ao Ministério Público estaria facilitada a denúncia na medida em que ela se manteria semelhante ao que já se exercia, mas com a “vantagem” de que agora não é mais indispensável processar o agente físico em concurso necessário, ou sequer apontá-lo em concreto. Bastaria a comprovação da conduta com autoria especial em abstrato. Ao mesmo tempo, às empresas, restaria recorrer às estratégias de *compliance* ou aos controles diretos para evitar delitos e condenações, ainda que sua

importância para a construção da culpabilidade seja menor²²⁰. Em última instância, seria possível dizer que a decisão no Recurso Extraordinário 548.181/PR gerou, por consequência, a “sugestão” de que as empresas passem a se organizar por meio de *compliance*, ainda que somente a sua presença seja insuficiente para evitar responsabilidades penais porque não afasta a culpabilidade. Trata-se, enfim, de chance única de os tribunais trabalharem em cima de uma construção de cultura de *compliance*, dando azo à adesão dos parâmetros nos moldes do que se propõe ao longo deste trabalho.

Finalmente, com a proposição dos critérios acima expostos, pretende-se o restabelecimento da segurança jurídica em matéria de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, além de se promover significado aos programas de *compliance* nesse cenário. Ainda que essa não seja a resolução favorita deste trabalho, como se verá em detalhes no terceiro capítulo, ainda assim é uma solução mais adequada do que aquelas apuradas pela pesquisa de jurisprudência acima colacionada.

2.4.3.3 Algumas notas conclusivas sobre o tema

A pesquisa de análise jurisprudencial terminou por deixar óbvio o problema mais imediato de *criminal compliance* no Brasil: a falta de alinhamento entre responsabilidade penal da pessoa jurídica e *compliance*. Esta falta de alinhamento seria, como já se afirmou anteriormente, reflexo da resistência geral à responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil.

A resistência, ao seu turno, seria mais uma importação dogmática, doutrinária e derivada do desenvolvimento dependente e combinado da cultura jurídica brasileira, que sempre busca amparo naquilo que se produz em Portugal, Itália e Alemanha em matéria de Direito.

Ocorre que sustentá-la significa fechar os olhos para algo muitíssimo importante: a responsabilidade penal das empresas deve ser pressuposto de *compliance*. Somente quando assim se procede é que os problemas de *compliance* expostos ao longo deste capítulo podem ser resolvidos. Igualmente, somente quando há responsabilidade penal da empresa é que a proteção dos trabalhadores pode ser implementada em seu máximo. Por isso, aborda-se no capítulo a seguir a responsabilidade penal empresarial como pressuposto necessário de *criminal compliance*: como ela é notadamente necessária para resolver os atuais problemas de *compliance*, ela teria que vir

²²⁰ Registre-se aqui que, se por um lado oferecer a acusação fica mais fácil, por outro lado, obter uma condenação pode se tornar eventualmente mais difícil. Uma vez que a empresa poderá se valer de *compliance* para afastar sua responsabilidade, caberia à acusação comprovar, durante o processo (com todas as limitações de tempo e produção de prova que isso significa), que o programa não estava apto a retirar a responsabilidade de um diretor em abstrato (ineficiência de *compliance*, ou *compliance* cosmético). Isso demandaria esforço científico (criminológico, pode-se dizer) sem precedentes. Por fim, independentemente disso, é sempre uma consequência possível que empresas que adotem medidas de *compliance* possam receber abrandamentos nas penas em face da colaboração com a investigação e a reparação do dano previstas em lei.

antes, assim permitindo que, no momento posterior, *compliance* sirva para proteger os trabalhadores.

CAPÍTULO 3

A RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

3.1 Considerações iniciais sobre a responsabilidade penal da empresa e da pessoa jurídica

A responsabilidade penal da empresa ou da pessoa jurídica consiste na responsabilização de entes coletivos por atos criminosos, culminando em sanções impostas a eles próprios. Em termos de instrumentalização, muitas são as possíveis variáveis acerca de como se efetiva essa responsabilização, seja na forma de imputação da empresa ou da aplicação de penas, sendo diversas as teorias aplicáveis.

A princípio, contudo, é importante tecer algumas considerações iniciais sobre o que se colocou acima, ou seja, o que se tem por destinatário da responsabilização: a pessoa jurídica ou a empresa.

Parece correto afirmar que a legislação brasileira tenha tomado partido pela ideia de responsabilidade penal da pessoa jurídica e não da empresa em face dos dispositivos constitucionais¹ e legais². Este é o entendimento que se encontra na doutrina nacional tanto em

¹ Na Constituição da República, os arts. 173, §5º e 225, §3º. O artigo 173, §5º tem a seguinte redação: “§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da *pessoa jurídica*, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. [grifo nosso]. Por sua vez, o art. 225, § 3º tem a redação: “§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, *peçoas* físicas ou *jurídicas*, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. [grifo nosso].

² Art. 3º, L.9605/98: “As *peçoas jurídicas* serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. [grifo nosso].

autores favoráveis³ quanto desfavoráveis⁴. Apesar disso, a discussão parece não estar totalmente suprimida na medida em que tanto ela se mantém a nível internacional quanto o próprio ordenamento jurídico reconhece a existência de empresas além da formalidade da pessoa jurídica⁵. A importância prática da questão se dá na esfera de que, conforme se adote uma ou outra escolha, as consequências da responsabilização no caso concreto são diferentes.

Como anteriormente dito, a discussão se mantém ao redor do mundo nos ordenamentos que adotaram a responsabilidade criminal destes entes coletivos. No exemplo mais conhecido de legislação recente que adota a responsabilidade penal para empresas na tradição jurídica romano-germânica, a Espanha, a discussão é bem exposta por Silva Sánchez. Para o Autor espanhol, a diferença entre a responsabilidade penal da pessoa jurídica e a responsabilidade penal empresarial é que:

Segundo a primeira, não deveriam ser feitas responsáveis as sociedades matrizes por fatos cometidos nas filiais; nem tampouco deveriam ser feitas responsáveis as sociedades sucessoras por fatos cometidos pelas sucedidas. Ao contrário, a ideia de responsabilidade penal ‘da empresa’ permitiria salvar estas fronteiras a partir da ideia de empresa como unidade económica (o grupo é uma unidade económica) que se prolonga no tempo mais além da duração de uma determinada forma jurídica (na sucessão de empresas, traz uma dissolução de pessoas jurídicas). A responsabilidade da pessoa jurídica deve se reputar responsabilidade individual. A responsabilidade da empresa deve se reputar responsabilidade coletiva em sentido estrito. (tradução nossa)⁶

³ Dentre vários outros, é possível citar como revitalizadores do debate no Brasil durante os anos 1990: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011 e; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Societas delinqueret potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴ Por exemplo, são conhecidos autores de resistência: PRADO, Luiz Regis. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações**. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; e DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro)*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v.11, jul./set., 1995.

⁵ No código civil, ver o art. 966, caput: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade económica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Como empresário é quem exerce a atividade de empresa, é a partir deste dispositivo que se deduz a empresa como a atividade económica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Outro artigo relevante é o art. 981 do mesmo diploma civil, que estará exposto adiante no corpo do texto.

⁶ O texto em língua estrangeira é: “Según la primera, no deberían ser hechas responsables las sociedades matrices por hechos cometidos en las filiales; ni tampoco deberían ser hechas responsables las sociedades sucesoras por hechos cometidos por las sucedidas. En cambio, la idea de responsabilidad penal ‘de la empresa’ permitiría salvar estas fronteras a partir de la idea de empresa como unidad económica (el grupo es una unidad económica) que se prolonga en el tiempo más allá de la duración de una determinada forma jurídica (en la sucesión de empresas, tras una disolución de personas jurídicas). La responsabilidad de la persona jurídica debe reputarse responsabilidad individual. La responsabilidad de la empresa debe reputarse responsabilidad colectiva en sentido estricto” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. pp. 15-16.

A relevância prática da discussão parece bastante evidente: ela se refere aos limites da atribuição de responsabilidade penal e, para os casos de responsabilidade da pessoa jurídica os limites são o de sua forma jurídica específica, enquanto que para a responsabilidade da empresa o que importa é a atividade econômica, ou seja, a realidade em si. Ainda, as possibilidades de aplicação de uma “responsabilidade penal empresarial” em face da legislação brasileira também precisam ser esmiuçadas.

Quem distingue de forma bastante clara a empresa da pessoa jurídica é o professor Artur Gueiros em sua tese pós-doutoral. Partindo do art. 981 do Código Civil, o professor conceitua empresa como “o coletivo de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”⁷. Para o Autor, isso demonstra que empresa é espécie do gênero pessoa jurídica e ambas não se confundem com as associações ou organizações criminosas, dado que empresas e pessoas jurídicas são constituídas a partir do direito para explorar, a princípio, atividades econômicas lícitas, o contrário das associações ou organizações criminosas, constituídas à margem do direito para a exploração de atividades ilícitas.⁸

Observe-se que, a partir do acima exposto, apura-se uma distinção de natureza econômica entre uma empresa, espécie, e seu gênero pessoa jurídica, que abrangeria outras figuras não direcionadas à atividade produtiva. Por outro lado, por incorporar elementos de economia, a empresa permitiria a compreensão da mesma estrutura de empresa em diversas pessoas jurídicas concretas, dado que o que importa para a definição do que seja empresa é o vínculo econômico da reunião de pessoas e bens em torno da atividade produtiva.

O principal reflexo da adoção de um ou outro conceito se daria no momento de atribuir responsabilidades a agrupamentos econômicos. Se adotada a responsabilidade penal da pessoa jurídica, importaria a pessoa jurídica diretamente produtora do resultado criminoso. Somente seria possível atribuir responsabilidade a outra empresa do mesmo grupo econômico caso fosse observada relação causal de *concorrência* para o resultado (art. 29 do Código Penal), como uma ordem dada por uma empresa que gera o delito em outra, por exemplo. Já para o caso de responsabilidade penal da empresa, importaria a totalidade do grupo econômico como causador do resultado. Isso não significa uma forma de responsabilidade objetiva, mas sim o reconhecimento de uma totalidade econômica, atribuindo os deveres de prevenção àqueles que efetivamente detêm tanto o controle quanto a propriedade da empresa.

Esta relação entre a realidade econômica e a abstração jurídica termina por aparecer de diversas formas em diferentes teorias da discussão sobre a responsabilidade da empresa. O que aqui se pretende expor de forma bastante sintetizada é como a discussão apareceu em três (3) diferentes formas de se compreender a empresa: (1)

⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Tese de Pós-Doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito, na Área de Especialização em Direito Penal Econômico. Orientadora: Maria João Antunes. Portugal, Coimbra, 2016. p.29.

⁸ Ibid. p. 29.

a partir da teoria da ficção; (2) a partir da teoria da realidade e; (3) a partir da teoria dos sistemas.

Carlos Gómez-Jara Díez sintetiza a questão apontando que historicamente a discussão se deu na esfera da “responsabilidade penal das pessoas jurídicas” e não das empresas⁹. Por essa razão a discussão se desdobrava, naquele momento, na oposição entre as teorias (1) da ficção e (2) da realidade para apurar a essência da pessoa jurídica e, conseqüentemente, sua responsabilidade penal.¹⁰

No Brasil, o professor Sérgio Salomão Shecaira¹¹ detalhou a discussão sobre as teorias da ficção e da realidade. Para ele, dentro da (1) teoria da ficção, somente o homem seria capaz de ser sujeito de direitos.¹² “Nesse sentido, a pessoa jurídica poderia ser equiparada a um menor impúbere que exerce seu direito sempre através de um tutor. A pessoa jurídica é, assim, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. É pessoa fictícia”.¹³ A teoria se escora no pressuposto de discussão de natureza penal que afirma que o direito penal somente se refere ao homem natural, aquele que é livre, inteligente e sensível, desta forma negando à pessoa jurídica a capacidade de ser atingida pelo direito penal na medida em que não tem caráter e não passa de um ser abstrato.¹⁴

Por outro lado, Shecaira expõe que (2) a teoria da realidade objetiva entende que todos os entes dotados de existência real seriam pessoa para fins jurídicos. Desta forma, a pessoa jurídica “tem capacidade de querer e de agir, o que faz por meio de seus órgãos da mesma forma que o ser humano comanda com sua cabeça seus membros para executar ações” e por isso nada impede que “tais entes dirijam suas finalidades contra normas proibitivas da lei penal”¹⁵.

Apesar desta discussão, Carlos Gómez-Jara aduz que, desde o fim da década de 1990, esta preocupação sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas vem perdendo espaço para a discussão sobre a responsabilidade penal das empresas. Com o início do século XXI, teria havido a inversão da antiga ordem, sendo que agora a responsabilidade penal empresarial passou a ser considerada mais relevante. Para o Autor isso teria se dado porque a essência da pessoa jurídica, buscada no direito privado, não seria decisiva para afirmar ou negar sua responsabilidade penal. Neste sentido, o que importaria mais seria avaliar a responsabilidade penal da empresa desde a perspectiva da teoria do delito e da teoria da pena. O professor espanhol, contudo, não nega que ainda existam autores que considerem o debate sobre a essência da pessoa jurídica essencial, principalmente nos Estados Unidos da América.¹⁶

⁹ Especificamente traz a discussão da responsabilidade das empresas de forma detalhada em sua tese doutoral: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

¹⁰ *Ibid.* p. 44.

¹¹ Sua tese, publicada na forma de livro e atualizada mais de uma vez encontra sua versão mais recente em: SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹² *Ibid.* p. 88.

¹³ *Ibid.* p. 89.

¹⁴ *Ibid.* p. 89.

¹⁵ *Ibid.* p. 90.

¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Op. Cit.*, nota 357, p. 44.

No Brasil, Beatriz Correa Camargo veio a sintetizar essa discussão. Dando relevância à discussão da essência da pessoa jurídica na esfera da responsabilidade penal empresarial (ou seja, a “essência da corporação”), ela traz a discussão atualizada, vinculando a teoria da ficção e a teoria da realidade a diferentes modelos de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas.¹⁷ Importante ressaltar, desde já, que a referência aos modelos de imputação feita a seguir será somente uma referência inicial por estar intrincada com a questão do que se entende por empresa ou pessoa jurídica. Uma sintetizada exposição dos modelos estará feita no quinto tópico deste mesmo capítulo.

Fazendo a leitura da discussão nos Estados Unidos da América, a professora aponta que a grande distinção entre a (2) teoria da realidade e a (1) da ficção é que a primeira (2) considera a corporação uma entidade de personalidade distinta e real, enquanto a última (1) a entende somente como ficção legal, cuja existência denota simplesmente um grupo de indivíduos. A partir disso, modernamente, a responsabilidade da empresa encontraria como consequência da fundamentação pela teoria da realidade aquele modelo da responsabilidade vicária, enquanto que a consequência da fundamentação baseada na teoria da ficção seria o modelo da teoria da identificação.¹⁸

Para a Autora, a grande diferença entre as concepções é que, desde o paradigma da teoria da realidade, (2) a empresa agiria por meio de qualquer de seus membros e empregados e por isso se faria responsável pelos atos de qualquer um deles (*respondeat superior*) no modelo de responsabilidade vicária; por outro lado, desde o paradigma da teoria da identificação, (1) a corporação tem seu ego, caráter, mente e vontade constituídos pelos sujeitos que agem em seu nome, pelo que ela seria responsável por um ato ilícito praticado por ela mesma “quando age criminalmente através de seus órgãos e representantes”, sendo certo que, por isso, para ser responsável precisaria ser associada a indivíduo com poder de decisão (sua mente).¹⁹

Para Camargo, ambas as soluções seriam criticáveis em razão de suas dependências de identificação anterior de responsabilidade individual de um empregado da empresa para somente após haver a responsabilização da empresa. Isso se daria principalmente em razão da capacidade de agir, que em ambas concepções dependeria de um agir humano.²⁰

Por isso, para ela, o ponto digno de crítica da responsabilidade vicária (2) reside no fato de ela estabelecer relação automática entre a empresa e o crime cometido pelo indivíduo, pelo que a única exigência é que a pessoa natural atue no interesse da corporação e na sua esfera de ocupação. Neste modelo, não haveria fato próprio da empresa para lhe imputar ou excludente de sua culpabilidade, o que demonstraria

¹⁷ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: LiberArs, 2015. pp. 119-123.

¹⁸ Ibid. pp. 119-120.

¹⁹ Ibid. pp. 120-121.

²⁰ Ibid. pp. 120-121.

problemas na esfera da teoria do delito.²¹ Esta concepção apresentaria um problema de legitimidade porque a empresa “é responsabilizada penalmente mesmo se um empregado age contrariamente às suas diretrizes ou a despeito de medidas adequadas de segurança. Efetivamente, esse sistema pode até resultar em um modo eficaz de prevenção de crimes. Entretanto, ele não respeita o princípio da culpabilidade”.²²

Importante notar que, neste ponto, Sérgio Salomão Shecaira adota caminho distinto. Tendo se posicionado a favor da teoria da realidade (2) em sua tese doutoral, entende que não há grandes problemas sobre a culpabilidade de empresa na sua responsabilidade penal, mesmo no modelo de transferência da responsabilidade vicária ou da responsabilidade por ricochete.²³ Ademais, o Autor não exclui a conciliação deste modelo com a previsão de instrumentos que diminuam ou mesmo excluam a responsabilidade de empresa, como é o caso dos programas de *compliance*.²⁴ Isso se daria porque, enquanto realidade social, a empresa ainda tem poder de decisão próprio, real e diferente dos indivíduos que a compõem²⁵, e o exercício dele pode direcioná-la a cometer o fato próprio de não se organizar²⁶, criando riscos penais desaprovados. A questão seria, enfim, mais de imputação que de ação.

Quanto à (1) teoria da identificação, Beatriz Correia Camargo defende que não se trata da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelos fatos de outros, mas sim que, para esta corrente, “os atos dos órgãos e representantes são eles mesmos os atos da corporação. Em realidade, não há imputação de responsabilidade pelas ações desses indivíduos, mas, tão somente, a identificação da corporação com suas ações”. Ainda, esta doutrina distingue os deveres dos representantes e os da própria pessoa jurídica em obedecer a lei.²⁷

Desta feita, chega-se à conclusão de que, para essa teoria, os elementos que compõem a responsabilidade subjetiva da corporação são semelhantes aos que estipulam a responsabilidade subjetiva do indivíduo que age criminosamente em seu nome. “A culpabilidade do indivíduo constitui a culpabilidade da corporação”.²⁸ O problema dessa construção seria, enfim, de caráter prático: a necessidade de identificação do indivíduo que agiu em nome da corporação para ser possível provar a existência de liame subjetivo de intenções criminosas que demonstrariam a violação da lei penal pela pessoa jurídica.²⁹

²¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. Op. cit., nota 17, p. 120.

²² Ibid. p. 121.

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, passim.

²⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 02, mai., 2011.

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., nota 23, p. 87. Em detalhes: “Todo aquele que já tenha assistido ao conselho de administração de certas sociedades comerciais sabe quanto a deliberação da escolha é uma *realidade*”.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Op. cit., nota 24, passim.

²⁷ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. Op. cit., nota 17, p. 121.

²⁸ Ibid. p. 122.

²⁹ Ibid. p. 122.

Em face do exposto, Beatriz Corrêa Camargo propõe a superação das dificuldades expostas por meio da adoção da (3) teoria da organização defeituosa, que se proporia a estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por ato próprio e culpabilidade adequada. Por este modelo, o requisito de que a ação criminosa deva ser cometida no interesse da pessoa jurídica não seria exatamente referente ao interesse em determinado resultado lesivo (pelo que em verdade o interesse da empresa é na maneira fácil e rápida de aumentar os lucros que obtém ao deixar de adotar medidas de prevenção de delitos), mas sim à falta de interesse em fazer o que é necessário para evitar o resultado lesivo quando se esperava que ela o fizesse. Disto se retiraria uma conexão entre a organização defeituosa e o delito cometido, o que, em última instância, construiria a explicação para a culpabilidade – própria e autônoma – da pessoa jurídica. Este conceito de culpabilidade derivaria “da capacidade geral da empresa de desenvolver e materializar seus propósitos comerciais em âmbito social. Nesse sentido, pessoas jurídicas têm o dever de organizarem-se de modo a não permitirem a prática de crimes ou a causação de certos tipos de dano por parte de seus órgãos, representantes e empregados”. A vinculação feita demonstra que a culpabilidade de empresa é baseada na possibilidade e exigibilidade de evitar crimes. Por isso, ela seria, enfim, um equivalente da culpabilidade das pessoas físicas: “Trata-se, em realidade, de critérios equivalentes para definir a própria culpabilidade das corporações sobre tais fatos”.³⁰

Importante notar que a teoria exposta pela supracitada Autora está ligada à compreensão da pessoa jurídica como entidade autorreferencial no subsistema jurídico autopoietico, bem como sua compreensão da culpabilidade deriva dos postulados do normativismo sistêmico.

Dentro deste marco teórico, Carlos Gómez-Jara Díez buscou construir, em detalhes, ainda no início dos anos 2000 em Espanha, uma teoria *construtivista* da responsabilidade penal das pessoas jurídicas baseada na organização defeituosa a partir do paradigma de leitura social da “teoria dos sistemas sociais autopoieticos”.³¹ Sua compreensão do que seja empresa dentro de seu sistema de imputação parte sempre do marco teórico sociológico³², tratando-se de construção em alto grau de abstração e complexidade.

Ainda que correndo o risco de superficialidade, resume-se aqui o que o Autor compreende por empresa (desde a perspectiva do direito): subsistema que se organiza a si mesmo sem ser completamente livre em sua organização (autorregulação regulada), mas que deve desenvolver cultura empresarial favorável ao ordenamento jurídico, que seria outro subsistema autopoietico e parte do ambiente/contexto de empresa. Partindo deste pressuposto, Gómez-Jara compreende que a empresa é dotada de nível de complexidade interna (autorreferencialidade funcionalmente comparável à consciência das pessoas físicas, por isso equivalente funcional) suficiente

³⁰ Ibid. p. 123.

³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, passim.

³² Importante ter em conta que Gómez-Jara parte da concepção de *Teubner* acerca da Teoria dos Sistemas e do que seja empresa, concepção esta que é consideravelmente distinta da concepção inicial de Niklas Luhmann.

para fundamentar uma culpabilidade própria quando associada ao dever de fidelidade ao ordenamento jurídico (para as empresas o dever de configurar seu próprio âmbito de organização contra riscos penais, o que configura, igualmente, sua própria liberdade). É a união dos conceitos de expectativas normativas e comunicação, presentes na Teoria dos Sistemas Autopoieticos, que dão ao Autor as bases de sua criação: a pessoa (física ou jurídica) só pode ser concebida (para fins de compreensão da sociedade sob o escopo do direito) como destino de expectativas normativas (e titularidade de direitos) a partir das construções derivadas da comunicação. O importante, enfim, é a existência de complexidade interna suficiente para estar na posição de destinatário, algo que o Autor observa tanto nos indivíduos quanto nas empresas, sendo para ele menos relevante a diferença da natureza de tal complexidade (biopsíquica ou econômica).

Partindo destes pressupostos e propondo superar a antiga discussão sobre as teorias da realidade e da ficção, Gómez-Jara concluiu, ainda no início dos anos 2000, que importava mais o conceito de empresa que o de pessoa jurídica, seja porque (a) as relações socioeconômicas referentes à atividade de empresa não se veem suficientemente englobadas pelo conceito estrito de pessoa jurídica; ou porque (b) a personalidade jurídica pode ser relativizada pelo instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pelo que não raramente se tem dado preferência ao uso do conceito econômico de empresa na discussão, ainda que ele sofra com sua não-taxatividade, necessária para fins penais e o respeito ao princípio da legalidade.³³

A partir disso, o Autor conclui que a primeira perspectiva a ser adotada é a normativa, razão pela qual a personalidade jurídico-civil (ou seja, a discussão acima exposta sobre as teorias da realidade e da ficção) constitui indício sólido da personalidade jurídico-penal. Contudo, a personalidade jurídico-civil não é definitiva para a construção daquilo que é penalmente relevante. Importará, para apurar o conceito jurídico de empresa, a observância da influência do conceito econômico de empresa (ao que ele chama de “irritação”, aquilo que se vê entre os subsistemas no grande sistema social) na configuração da pessoa jurídico-penal do direito penal empresarial. Como o substrato organizativo (empresa como organização da atividade produtiva) é essencial para se apurar o que é empresa, então o determinante para estes fins é a existência de autopoiesis organizativa “com base na qual se alcança no seio da organização empresarial um nível de reflexão tal que esta se constitui em um sistema autopoietico de ordem superior, emergindo assim o verdadeiro ator corporativo”. Importará, por isso, para fins de entender o que é empresa, aquela organização empresarial com determinada complexidade interna. Por isso que se diz que o direito penal empresarial deveria se basear no direito penal de organizações empresariais, ou seja, punir aquela empresa que tem organização defeituosa, que se esperava respeitadora do direito porque seu nível de complexidade lhe permitia isso.³⁴

³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, p. 45.

³⁴ *Ibid.* p. 46.

Observada a fundamentação de Beatriz Corrêa Camargo e os pressupostos de sua teoria em Carlos Gómez-Jara Díez, vale ressaltar ainda que para o Autor espanhol importa a observação de que a configuração moderna da sociedade é diferente daquela da construção do direito penal tradicional, por isso a pessoa jurídica teria outra relevância social e jurídico-penal nos dias de hoje. Para Gómez-Jara, seria impossível em dias atuais a manutenção da estrutura social sem a presença de ditas organizações e o direito penal precisa levar isso em conta nas suas construções dogmáticas, visto que na esfera da política criminal esta realidade social já é considerada.³⁵ Ainda, tal necessidade político-criminal estaria vinculada à dificuldade de levar a cabo imputações individuais concretas no seio da empresa, uma vez que sua estruturação, descentralização e compartimentalização torna os critérios tradicionais de imputação de aplicação limitadíssima, com a consequente aparição do fenômeno da irresponsabilidade organizada.³⁶

Nesse sentido, Camargo conclui que se se considera a existência atual de corporações como fenômeno social, dever-se-á reconhecer seus direitos e capacidade geral de assumir obrigações, sendo que, por isso, a culpa de corporações reside na sua falha de organizar da forma como se esperava socialmente que ela o fizesse.³⁷

A partir do acima exposto, importante apontar cinco (V) questões aqui consideradas fundamentais.

A primeira delas (I) diz respeito ao fato de que, dentro das três teorias expostas, há diferentes formas de compreender o mesmo fenômeno, o que torna necessário contrapor as exposições e perceber que certa forma de se enxergar a essência da empresa *não* condiciona de forma determinante seu modelo de imputação a seguir, pelo que se adota aqui respeitosa discordância da leitura de Beatriz Corrêa Camargo, apesar de seu brilhante ensaio. Todas as teorias podem caminhar para desenvolvimentos constantes, uma vez que todas trabalham com conceitos em movimento, lidos desde determinada posição histórica.

A segunda questão se refere ao fato de que (II) a sobredita Autora até aponta as críticas aos outros modelos para fundamentar a adesão à sua solução, baseada na teoria dos sistemas e no normativismo sistêmico, nos moldes do anteriormente proposto por Gómez-Jara. Contudo, essa solução não pode ser considerada a única possível, seja porque está presa às limitações próprias dos pressupostos da Teoria dos Sistemas, seja porque não é a única capaz de fundamentar a relevância de *compliance* para a responsabilidade de empresa, na forma do já afirmado em momento anterior.

Ainda, é de se ter em conta que (III) tanto Gómez-Jara quanto Camargo apontam o reconhecimento das empresas como fenômeno social ou realidade contemporânea para fundamentar a importância de sua imputação. Esse mesmo argumento é utilizado pelos penalistas adeptos das outras duas correntes para fundamentar a flexibilização da responsabilidade individual na esfera penal e incluir a responsabilidade

³⁵ Ibid. p. 30.

³⁶ Ibid. p. 35.

³⁷ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. Op. cit., nota 17, p. 124.

das pessoas jurídicas, demonstrando que a base da fundamentação é parecida, historicamente condicionada e parte de leituras da realidade social, onde as empresas têm evidente protagonismo contemporaneamente.

Também é relevante o fato de que Gómez-Jara, inovador da corrente construtivista, (IV) assume que a principal referência de política-criminal que fundamenta a responsabilidade penal empresarial é “evitar a irresponsabilidade organizada” (evitar que a empresa se beneficie economicamente do delito porque as responsabilidades penais individuais não podem ser apuradas dentro de sua complexa estrutura), questão que evidentemente se refere à responsabilidade penal individual, mas que é, de certa forma, deixada de lado na corrente construtivista, focada justamente na separação de esferas de responsabilidades (individual e coletiva) e na justificativa de empresa como subsistema autônomo. Para a corrente construtivista – e talvez aqui resida a crítica mais importante – *os sujeitos da empresa não a constroem* em si, mas sim fazem parte de seu ambiente, ou seja, *são externos a ela*. Isso gerará inúmeras repercussões na esfera da atribuição de responsabilidades individuais pela organização dos deveres dentro da empresa, o que é essencial para a apuração das condições de proteção dos trabalhadores nos programas de *compliance*.

Por fim, (V) a própria Beatriz Corrêa Camargo termina por assumir que a grande relevância da construção dogmática de essência da corporação a partir do pressuposto sistêmico se dá não só por razões puramente dogmáticas, mas também – e talvez principalmente – por razões de prova, ou seja, por razões processuais. As razões, portanto, são pragmáticas e decisivamente condicionadas por razões de política-criminal. E se isso é assim, todas as correntes podem sofrer os mesmos influxos determinantes, somente realizando construções a partir das disposições de política criminal já postas.

Finalmente, ante o exposto, o que será realmente relevante é o potencial de rendimento de cada uma das teorias em termos de fornecer *segurança jurídica e capacidade de verificação e proteção de direitos fundamentais, tanto das empresas quanto dos trabalhadores* que atuam em seu interesse. Isso porque de nada adiantaria fundamentar a responsabilidade penal da empresa na intenção de evitar a “irresponsabilidade organizada” e posteriormente admitir a responsabilidade objetiva ou a prática de infrações aos direitos dos trabalhadores para obter provas que isentem a empresa de responsabilidade. A responsabilidade penal empresarial exige justamente o abandono da obsessão pela culpa individual, com a adoção de novos critérios de responsabilidade penal individual que serão construídos a partir desta nova realidade.

Por ora, importa para este trabalho a consideração de que, a partir de tais críticas, a despeito de ser valorosa e coerente, a construção sistêmica não precisa ser necessariamente adotada para se entender a responsabilidade penal empresarial de forma adequada³⁸. Em verdade, considerando todas as considerações até aqui, é preciso ir além e buscar uma melhor forma de conectar as responsabilidades de empresa

³⁸ Colocar este pressuposto não é somente uma “auto-legitimação” do autor desta obra, nem qualquer tentativa de demonstração de erudição. Afastar o pressuposto sistêmico é *extremamente importante*, justamente por se pretender a proteção dos trabalhadores: a leitura social adotada para fundamentar a

e indivíduos, considerando a organização da empresa (gestão) e as posições dos indivíduos que agem em seu interesse (trabalho).

Retornando ao ponto originário deste tópico, impende concluir acerca da possibilidade de adequação do entendimento de que a responsabilidade é da empresa – e não da pessoa jurídica – na realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, de fato, nos dois dispositivos constitucionais que preveem que a responsabilidade penal não estaria restrita aos indivíduos (os arts. 173, §5º e 225, §3º), o termo expresso é “pessoa jurídica”. Contudo, ainda que isso pudesse fundamentar a alegação de infração à taxatividade, exigida pelo princípio da legalidade penal, em caso de utilização da responsabilidade penal empresarial em matéria infraconstitucional, esse argumento não prospera porque a legalidade constitucional é menos rígida que a penal e aceita a interpretação orgânica do dispositivo constitucional. E a interpretação orgânica do ordenamento jurídico, incluindo o próprio artigo 170 e seguintes da Constituição, o já citado artigo 981 do Código Civil e principalmente a realidade social que aqui se discute, demonstra que é sim possível se extrair o entendimento de que empresa é espécie do gênero pessoa jurídica, o que delegaria à esfera do Legislativo apontar a forma adotada, se responsabilidade penal da pessoa jurídica ou responsabilidade penal empresarial.

Importante apontar desde já que, para este trabalho, alegar a taxatividade em matéria de direito constitucional é uma das grandes polêmicas suscitadas pela construção de um direito penal tradicional, pré-constitucional, que exige o reconhecimento de construções próprias que poderiam se sobrepor à própria Constituição. Aqui importará, em verdade, a legalidade estrita para a matéria constitucional, mas não a taxativa, semelhante ao que se exige em matéria de legislação penal.

Por estes motivos, inclusive, foi adotada neste trabalho a nomenclatura “responsabilidade penal empresarial” como crítica: porque mais adequada à realidade ao considerar as unidades econômicas e porque possível como sugestão de *lege ferenda*.

Disso não se deduz, contudo, que se tenha institucionalizado a responsabilidade penal empresarial no Brasil. Em verdade, ao se tratar de faculdade do legislador infraconstitucional penal, este evidentemente adotou o paradigma da *responsabilidade penal da pessoa jurídica*, explícita no único texto legal a efetivar a responsabilidade penal dos entes coletivos, a lei de crimes ambientais (Lei n.º 9.605/98).

Colocados os pressupostos acerca da responsabilidade penal empresarial, importante ainda expor um segundo pressuposto: para este trabalho se entende que

proteção do trabalhador dentro dos programas de *compliance*, que, conforme se apurou do capítulo anterior, é notavelmente crítica da estrutura social do trabalho e do gerencialismo, é flagrantemente oposta à leitura social composta pela Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos e à teoria dos papéis sociais dela decorrente. Desta forma, importa inicialmente afastar a *necessidade* de fundamentar a responsabilidade penal da empresa com base na corrente construtivista para posteriormente afirmar – como será feito adiante – a possibilidade de responsabilidade penal da empresa (ou da pessoa jurídica) por razões eminentemente político-criminais, de valoração sobre o que se deseja do direito penal, compondo seus vetores (a) de eficiência baseado na prevenção de delitos e (b) de garantia baseado, justamente, na proteção do trabalhador. Ou seja, o que se pretende acrescentar aqui é que a responsabilidade penal da empresa, para além de ser mais eficiente na prevenção de crimes, pode ser mais garantista das posições dos trabalhadores com relação a responsabilidades penais individuais.

a empresa é uma pessoa moral. As razões para isso são basicamente duas, ambas decorrentes da discussão anterior: (1) a discussão na esfera da ética empresarial que considera a empresa um cidadão responsável; (2) a sua personalidade civil que inclui o direito à honra.

Quanto à (1) discussão na esfera da ética empresarial que considera a empresa um cidadão responsável, esta é já uma posição observada há algum tempo. Gómez-Jara aponta sua discussão nos Estados Unidos da América, onde se entende em geral que as ações corporativas podem ser entendidas como ações intencionais e racionais, por isso havendo razão em se reprovar eticamente tais ações.³⁹

Adán Nieto Martín, por sua vez, lembra da origem do termo, “*good citizens corporations*” para descrever o entendimento de que a empresa é um cidadão responsável.⁴⁰ O Autor ainda descreve a expansão desta doutrina pelo direito da União Europeia, que tem radicalizado o entendimento da cidadania corporativa, concedendo às empresas direitos (como liberdade de expressão e o polêmico financiamento de campanhas políticas), reconhecendo-as como centros de poder e por isso atribuindo a elas deveres de responsabilidade equivalente aos direitos e poderes. Dentro desses deveres, buscando a legitimidade da atuação das empresas, encontra-se o compromisso com valores sociais, tais como o respeito aos direitos humanos, a luta contra a corrupção, a conformidade legal etc., esfera essa que apontaria tanto para a reprovabilidade das empresas quanto para a cultura corporativa contemporânea que explicaria o surgimento dos programas de *compliance*.⁴¹ Esta visão da empresa como cidadão corporativo em última instância se conecta à responsabilidade penal da pessoa jurídica na medida em que abre as portas para poder se falar em culpabilidade de empresa, mesmo nos casos em que se a entenda como reprovação ético-social.⁴²

Em que pese a fragilidade do compromisso corporativo com valores, conforme se exporá mais a frente, no que se refere à relação entre poderes e responsabilidades, a fundamentação é importante, ainda mais quando combinada à questão que se expõe a seguir sobre (2) a personalidade civil da empresa que inclui o direito à honra.

Esta discussão decorre daquela teoria da realidade objetiva da empresa. Para Shecaira a teoria da realidade é essencial para compreender este ponto na medida em que ela serve para justificar uma punição administrativa ou civil de uma pessoa jurídica por um ilícito civil ou administrativo. Conforme seu questionamento: “Não estaríamos reprovando alguém que, também aqui, não tem consciência nem vontade?”⁴³ Em verdade, partindo do pressuposto de que essa vontade pertence a um ente dotado de personalidade jurídica e ela é reconhecida pelo direito civil, nada impede que na esfera penal seja adotada a mesma solução. Neste sentido, será extremamente importante observar as discussões acerca da honra e imagem da pessoa jurídica, admitidas

³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, p. 88.

⁴⁰ NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 40.

⁴¹ Ibid. pp. 40-41.

⁴² Ibid. p. 43.

⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p.97.

pelo direito civil. Se a pessoa jurídica pode ter sua honra e imagem atingidas, pode também ser censurada (em sua honra e imagem) por um comportamento socialmente reprovado.

Ainda, é sempre importante lembrar que, como para o direito de empresas é pacífico o entendimento de que o patrimônio da empresa não se confunde com o dos sócios, se a apenada é a empresa, então somente ela pagará com seus próprios recursos pelo delito e somente ela – e não os sujeitos concretos de sua estrutura – teria a imagem e a honra arranhadas naqueles casos reconhecidos pelo direito privado. Esses fatos são mais argumentos aptos a reforçar a reprovabilidade própria da empresa.

Enfim, estando os pressupostos superados, passa-se ao tópico a seguir que se propõe a expor de forma breve por que se pune uma empresa.

3.2 Das razões de política criminal para a responsabilidade penal empresarial

Partindo da conclusão do tópico anterior, de que a responsabilidade penal da empresa pode se dar fundamentada por qualquer corrente e não só a construtivista, chega-se a um importante ponto de discussão: se não é sua autorreferencialidade que justifica sua punição, então o que fundamenta a responsabilidade penal empresarial? A resposta que se pretende dar reside nas razões de política criminal que justificam a responsabilidade penal empresarial.

Chega-se aqui a questões de direito penal constitucionalmente tuteladas. Parte-se, portanto, das atuais disposições de política criminal que atribuem responsabilidade às empresas (penal ou não) pela ocorrência de delitos⁴⁴ em seu interior. Estas previsões legais, também inspiradas em disposições constitucionais (como é o caso do art. 173 e do art. 225 da Constituição, por exemplo), terminam por situar nas empresas a obrigação de prevenção contra delitos. A prevenção seria, enfim, a única forma de escapar da sanção (civil, administrativa ou penal), que aparece na forma de uma *reparação equivalente*⁴⁵ do delito (do dano causado, ou da desorganização que o causou).

⁴⁴ Importante ter em conta aqui que o recorte do trabalho se restringe aos crimes a partir da empresa contra terceiros e contra os próprios empregados, não abrangendo os crimes dos empregados contra a própria empresa.

⁴⁵ Discutindo o termo criticamente, desde as primeiras manifestações históricas de vingança privada e daquilo que posteriormente se entenderia por direito, ver: PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. pp. 167 e ss. Aqui somente se optou por utilizar sua terminologia originária não em alusão às suas críticas acerca da pena de prisão como característica no capitalismo, mas sim em razão de se observar aquilo que o Autor já apontava no início do século XX acerca da existência de uma conduta danosa que recebia o rótulo político de crime e que seria reparada por uma sanção que voltaria a estabelecer a condição de sujeito de direitos (em essência, a aptidão a assumir obrigações e firmar contratos) do sancionado. Curiosamente, é exatamente isso o que se observa no caso das empresas nas suas posições de *compliance/non compliance* e a razão de uma sanção jurídica qualquer (cível, administrativa ou penal): retira direitos derivados da propriedade e do contrato para poder restabelecer posteriormente a condição de sujeito de direitos, ou seja, empresa ou pessoa jurídica livre para voltar a celebrar seus contratos como anteriormente.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica vem a ser defendida por seus partidários com lastro na ideia de que somente com a responsabilização do ente moral (por um ato criminoso praticado por um de seus funcionários e em seu interesse) é que se conseguirá uma maior efetividade na prevenção dos crimes de empresa.⁴⁶ Para Shecaira, “o comportamento criminoso, enquanto violador de regras sociais de conduta, é uma ameaça para a convivência social e, por isso, deve enfrentar reações de defesa (através das penas). O mesmo pode ser feito com as pessoas jurídicas”.⁴⁷

Tal ideia se desenvolve a partir do fato de que, se a responsabilidade se restringe às pessoas naturais que praticam fisicamente os atos, inevitavelmente a responsabilidade em algum momento cairá em funcionários hierarquicamente inferiores dentro da empresa, pois são eles que irão praticar os atos em nome dela, dentro da atividade produtiva.

Por isso é que, na transição legislativa da responsabilidade meramente individual para a empresa como centro de imputação, toma-se em conta que buscar as responsabilidades só dos indivíduos não basta, mas, pelo contrário, é contraproducente sob todas as visões: da visão da prevenção de delitos, não previne tanto quanto a imposição da organização da empresa; da visão da contenção do poder punitivo, a insistência no paradigma liberal da responsabilidade individual não só permite, mas sim incentiva a criação de bodes expiatórios.

Em passagem descritiva, o penalista espanhol Jesús-María Silva Sánchez, mesmo contrário à responsabilização penal de empresas, aponta que as tendências favoráveis à sua introdução levam em consideração principalmente as questões relativas à responsabilidade penal individual. Para o Autor, os fatores seriam três, todos referentes à efetividade preventiva contra a criminalidade empresarial: (1) a *irresponsabilidade organizada*, que por meio da pulverização da responsabilidade penal individual dentro das extensas cadeias de produção das grandes corporações termina por tornar nem sempre possível a responsabilização de pessoas físicas pelos delitos cometidos no marco da atividade e no interesse da empresa; (2) a *insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual*, visto que mesmo nos casos em que a irresponsabilidade organizada não opera e a responsabilidade penal individual existe, a sanção individual se constitui uma resposta insuficiente para a criminalidade empresarial; e (3) a *insuficiência preventiva das formas de responsabilidade coletiva não penais*, porque as formas de responsabilização própria da pessoa jurídica que não sejam do Direito e do processo penal (concretamente, a responsabilidade civil ou administrativa) não são adequadas para a maior parte da criminalidade que se produz na atividade da empresa, em especial pela necessidade de extensão das garantias penais e processuais penais às empresas e porque em termos preventivos seria importante a peculiar natureza simbólica da reação penal às determinantes.⁴⁸

⁴⁶ Grande defensor desta concepção é Adán Nieto Martín, a ver: NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. Op. Cit., nota 40, pp. 39 e ss.

⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p.97.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.).

Observa-se que nem mesmo a responsabilização penal dos hierarquicamente superiores seria exatamente prática na prevenção, uma vez que a empresa continuaria lucrando com a conduta ilícita que a beneficiou, principalmente naqueles casos de criação de bodes expiatórios. “Dentro desse contexto globalizante com que se observa a empresa, não se pode deixar de notar que um organismo social (como a empresa) deve ter sob seu estrito controle a atividade de seus funcionários, uma vez que as vantagens conseguidas em face de um ato ilícito só a ela beneficiam”⁴⁹. A prevenção especial não será atingida se o ônus da prevenção não for delegado à empresa de forma separada.

A simples transferência da responsabilidade para os sócios é igualmente insuficiente (porque este é direito ligado à propriedade, via-de-regra transferível), além de que significaria, principalmente, criar deveres exagerados aos proprietários de porções de empresas, especialmente acionistas minoritários e distantes dos polos de decisão. Ao final, uma criação de deveres dos acionistas semelhante poderia até mesmo inviabilizar o financiamento da economia por meio do mercado de ações, algo que não se pode admitir. A responsabilidade penal empresarial, portanto, além de servir como instrumento de eficiência na prevenção de crimes de empresa, é atualmente o melhor instrumento contra a responsabilidade objetiva de administradores e sócios, além de servir como proteção contra o engessamento de negócios.

Com base nestes pressupostos, dentre outros, é que se defende que deve a empresa estar numa função de “garante” em face do seu empregado. “Deve ela ser reprovada como tal, por poder e dever agir para evitar o resultado. A empresa poderá, pois, não só ser punida quando deliberar – e praticar – um ato ilícito, mas também quando não impedir que ele seja praticado em seu benefício exclusivo”⁵⁰.

É importante notar que todo o aqui exposto se coaduna perfeitamente com tudo que já foi exposto no primeiro capítulo acerca das leituras criminológicas sobre a interação entre os indivíduos e os agrupamentos coletivos que eles compõem, em especial o espírito criminal de grupo observado no ambiente das empresas. Sobre o tema, interpreta Klaus Tiedemann que:

De uma parte, a sociologia nos ensina que o agrupamento cria um ambiente, um clima que facilita e incita aos autores físicos (ou materiais) a cometer delitos em benefício do agrupamento. Daí a ideia de não sancionar somente a estes autores materiais (que podem mudar e ser repostos), mas sim também, e sobretudo, ao agrupamento mesmo. De outra parte, novas formas de criminalidade como os delitos dos negócios[...] se instalam em sistemas e meios tradicionais do Direito Penal ante dificuldades tão grandes que uma nova aproximação parece indispensável (tradução nossa)⁵¹

Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 18.

⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Op. cit., nota 11, p. 103.

⁵⁰ *Ibid.* p. 103.

⁵¹ O texto em língua estrangeira é: “De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden

Veja-se que, para Tiedemann, assim como para vários dos Autores acima citados, é essencial ressaltar a questão da possibilidade de mudança e reposição dos autores materiais dos delitos em benefício do agrupamento. Em alguma medida, dentro do recorte proposto por este trabalho, será importante a análise dessa variável central para a criminalidade de empresa: a fungibilidade dos agentes concretos, em especial da base da pirâmide hierárquica das corporações, justamente aqueles que podem ser feitos de bodes expiatórios.

Enfim, considerando que a responsabilidade por crimes não ficaria mais restrita aos indivíduos, o parâmetro atual de responsabilização de empresas somente poderia se concentrar na sua (des)organização contra delitos. Este é o parâmetro de sua responsabilidade própria.

Tendo por referencial a questão de que existe o ambiente que facilita e incita os autores físicos a cometer delitos, mas que estes autores são fungíveis, haveria a necessidade de uma nova aproximação na prevenção desta criminalidade, qual seja, a da responsabilização da própria empresa.

Assim, implementada a responsabilidade penal das empresas, elas poderiam ser, elas mesmas, destinatárias das sanções penais. Com estas sanções, os agentes econômicos não só deixariam de lucrar com a prática delituosa, como poderiam ter prejuízo com condutas ilícitas, trabalhando então para evitá-las.

Ademais, “nota-se que o rol de penas pecuniárias e outras reações penais adequadas, como a dissolução, a perda de bens e proveitos ilicitamente obtidos, a injunção judiciária, o fechamento da empresa, a publicação da sentença a expensas da condenada, têm servido de amplo instrumental penal de repressão às pessoas jurídicas”⁵². E igualmente têm a eficácia defendida como muito maior para resolver a criminalidade empresarial do que a pena de prisão para resolver a criminalidade dos indivíduos.

Deste modo, Shecaira⁵³ defende que “para um ato ilícito cometido pela empresa a melhor resposta estatal é, sem dúvida alguma, a imposição de uma pena. A inflição de uma pena que tenha caráter público, de prevenção geral positiva combinada com uma prevenção especial não marcada pelo retributivismo”.

Dentro da argumentação sobre se as sanções adequadas seriam penais ou extrapenais, especialmente as sanções de natureza administrativa, Fernando Galvão afirma que a escolha pelo Direito Penal é mais favorável até mesmo aos interesses da defesa, visto que o sistema penal oferece muitas oportunidades para o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo que a aplicação da pena somente ocorre após

cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios (...)se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable”. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v.11, jul./set., 1995. p. 22.

⁵² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p.95.

⁵³ *Ibid.* p.113.

sentença condenatória. “A opção pela utilização do Direito Penal garante que a medida drástica não se dará de maneira precipitada”.⁵⁴

Obviamente aqueles que se mantêm contrários o fazem em razão da distância que se deseja manter da carga negativa que o direito penal traz. Esta, contudo, é sua maior razão de efetividade para Fernando Galvão:

Por outro lado, a sanção de natureza penal oferece um contra estímulo muito mais eficiente na proteção do meio ambiente, justamente por trabalhar em harmonia com a lógica do mercado capitalista. A pena criminal possui efeito estigmatizante que, para a pessoa física, sempre foi considerado um ponto negativo. A pessoa física tem maiores dificuldades para a reinserção social após receber a marcação oficial de criminoso. No caso da pessoa jurídica, a marca da responsabilidade criminal dificulta os negócios da pessoa jurídica e, na defesa de seus interesses econômicos, os dirigentes da pessoa jurídica são estimulados a evitar o processo penal. Na lógica do mercado, a certificação de qualidade ambiental do ISO 14.001 abre caminho para bons negócios. Já a denúncia criminal possui efeito contrário, descredencia e, em alguns casos, inviabiliza a transação comercial com a pessoa jurídica considerada responsável por dano ambiental. O tempo se encarregará de mostrar que a opção pela responsabilização criminal da pessoa jurídica desenvolve estratégia muito eficiente na preservação do meio ambiente, em especial, porque trabalha intervindo na lógica capitalista do lucro.⁵⁵

Paradoxalmente, o que antes era defendido como a defesa da sociedade frente ao poderio econômico veio a sofrer também a apropriação pela lógica do capital. Isso se daria porque o prejuízo com a responsabilidade penal da empresa se potencializaria, em tese, com a publicidade das sentenças, vez que isso geraria publicidade negativa e perda da reputação por parte da empresa infratora. Ou seja, estaria presente uma espécie de reprovação ou censura social ao ato criminoso praticado pela corporação em si, pelo que ela se veria rebaixada nos níveis de confiança de mercado, principalmente na visão dos *stakeholders*. Isso terminaria por, ao invés de proteger a sociedade da potencialidade delitiva do poderio econômico, criar novas regras próprias à intervenção estatal nos mercados para impulsionar determinado grau de lealdade na concorrência.

O paradoxo se aprofunda desde a dura crítica de Eduardo Saad-Diniz⁵⁶, que afirma ser preciso apurar (a) qual papel exerce a responsabilidade penal corporativa, se a função de garantia de direitos fundamentais é continuamente substituída pela perspectiva de uma função regulatória do direito penal; bem como é preciso extrair (b) qual tipo de cultura a responsabilidade penal corporativa deveria ser diagramada, se na verdade serve à regulação do mercado – com todas as suas contradições internas

⁵⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2012. p.13.

⁵⁵ Ibid. p. 14.

⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: LiberArs, 2015.

e o elevado impacto social de suas decisões.⁵⁷ Em última instância, para o professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, a limitação de liberdade de um dos agentes sob o discurso da segurança significa, na lógica de mercado, exatamente a ampliação da liberdade dos demais.⁵⁸

De toda forma, feita a ponderação acerca das limitações da responsabilidade penal da pessoa jurídica, parece evidente que sua justificação decorre de razões político-criminais. Neste sentido, inclusive, Fernando Galvão aponta que

No campo específico do Direito Penal, a manifestação política não se verifica somente quando da eleição dos bens e interesses que irão receber a tutela jurídico-penal, mas também na escolha das estratégias de combate à criminalidade. Por isso, a política criminal pode ser entendida como *o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal; a determinação e o estudo dos meios ou remédios adotáveis pelo Estado para prevenir eficazmente o maior número possível de crimes; a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a criminologia, inclusive através da análise e crítica do sistema punitivo vigente*; ou ainda como o conjunto de princípios e recomendações que orientam as ações da justiça criminal, seja no momento da elaboração legislativa ou da aplicação e execução da disposição normativa.⁵⁹

Por essas razões é que, “se o legislador, legitimamente, fez opção por responsabilizar a pessoa jurídica não podem os operadores do Direito inviabilizar essa opção política”⁶⁰. Em verdade, conforme afirma Fernando Galvão, a partir de Roxin: “[...] *Claus Roxin* esclarece que a política criminal deve definir o âmbito da incriminação bem como os postulados da dogmática jurídico-penal necessários à responsabilização criminal”⁶¹. Desta forma, em se admitindo que deve a dogmática jurídico-penal ser penetrada pelas disposições de política criminal e partindo do pressuposto de que a nova questão política inserida na hipótese pedirá a revisão dos institutos em análise a partir de novas bases, passa-se à análise concreta dos dispositivos dogmáticos, guardando para momento posterior a proposição de resposta própria.

Visando apontar alternativas, para este momento importa que, desde Sérgio Salomão Shecaira,

Quer-se sublinhar que os fenômenos sociais produzem no âmbito jurídico uma relação dialética e interativa: a lei como resultado social, mas também como produtora de modificações. É o direito – e evidentemente o direito penal – fruto dessa situação. O interesse de proteção de bens jurídicos supraindividuais, a modificação

⁵⁷ Ibid. p. 79.

⁵⁸ Id. Fronteiras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 415-441, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014, p. 430.

⁵⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p.10.

⁶⁰ Ibid. p. 8.

⁶¹ ROXIN, Claus. Apud ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p. 12.

da responsabilidade, a transformação do direito penal liberal clássico são algumas das muitas modificações resultantes desse processo.⁶²

Esta concepção do direito, tomado dialeticamente, virá a nortear a interpretação dos institutos e construção dos conceitos neste trabalho. As consequências definitivas disso para a imposição de sanções às empresas é que este trabalho parte do pressuposto de “conceber a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica como uma decisão político-criminal do legislador. Há de estar condicionada tal opção a uma decisão do legislador constitucional.”⁶³

Por isso é que se trata aqui a questão desde um paradigma de política criminal a partir dos parâmetros constitucionais. A partir disso, se a implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica vem da legislação constitucional, assim como os direitos fundamentais, então a responsabilização da empresa que seja constitucionalmente adequada deve ter em conta que a responsabilidade e a organização da empresa não podem infringir os direitos fundamentais dos indivíduos que a compõem, uma vez que a fonte de ambos (responsabilidade e limite nos direitos fundamentais) é a mesma.

Todavia, a fundamentação não se restringe a afirmar a igualdade na hierarquia constitucional. Ela vai além.

Com efeito, o que importará aqui é que a partir da leitura social já exposta, considera-se a grande corporação como o que ela de fato é, desta forma estipulando de forma mais precisa não só aquele que deve, mas também aquele que não deve ser punido. Como as corporações se organizam de maneira que podem influir nos comportamentos dos sujeitos, observa-se que a posição não-livre do “bode expiatório” fica mitigada pelo reconhecimento de que os processos de tomada de decisão que podem alterar a cultura da empresa não incluem aquele empregado.

Por esta razão, aqueles agentes da alta administração, capazes de nortear a cultura da empresa, dialeticamente não só são capazes de tomar decisões delituosas, mas sim, e ao mesmo tempo, são os únicos capazes de tomar as decisões que não levem à ação delituosa. A revisão dos deveres penais a partir de tais considerações será essencial, em especial pela transição que se observa na responsabilidade penal individual na “era de *compliance*”, em que as responsabilidades por omissão passam a ganhar maior importância.

Mas para chegar à imposição dos direitos fundamentais como limite objetivo da responsabilidade penal corporativa e da auto-organização das empresas, é preciso ter em conta que o acima exposto não significa a inocência prévia de enxergar o processo de criminalização da empresa na forma de uma crítica ao capitalismo, porque se admite que se trata somente de uma intervenção moralizante em termos da ética negocial. O que importa, em verdade, é o relevo que se dá à questão política (agora

⁶² SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArts, 2013. p. 353.

⁶³ *Ibid.*, p. 355.

transmitida à política criminal) inserida no problema, da origem na divisão da sociedade em classes, até a identificação dos interesses divergentes na grande corporação. É através dessa identificação do problema que aparece o retorno aos direitos fundamentais e, para além disso, o retorno ao direito trabalho como ponto de contato entre a abstração jurídica e o mundo real do sujeito concreto atingido pela nova tutela penal.

Por isso a importância de se atestar que os processos de criminalização da pessoa jurídica se inserem na lógica constitucional. Porque uma vez que o fazem, devem ser capazes de conciliação com as disposições primordiais do direito positivo brasileiro acerca de direitos humanos e direito do trabalho. Estes serão, enfim, os limites objetivos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos programas de *compliance* no Brasil.

De toda forma, tendo em conta os limites acima descritos, importa estar claro que, sob diferentes perspectivas, há vantagens de natureza política criminal com a criminalização da pessoa jurídica, inclusive com relação à proteção dos sujeitos concretos por meio da evitação de criação de bodes expiatórios. Como a empresa passa a ter a centralidade no processo de criminalização (como destinatária), em tese há maiores chances de se evitar o mau uso da estrutura de empresa para deixar que as responsabilidades penais recaiam sobre os trabalhadores da base da cadeia produtiva (o que não é um processo automático, como se verá adiante).

Por outro lado, se a política criminal aponta estas vantagens, restaria ainda saber se as sanções aplicadas à empresa são de fato pena. A discussão sobre as penas para pessoas jurídicas será essencial para Silva Sánchez, na medida em que, se a sanção da pessoa jurídica é autêntica pena, exigirá a apuração de uma culpabilidade dela. Por outro lado, se a sanção não é uma pena autêntica, então não haveria a necessidade de apurar a culpabilidade⁶⁴. É o que se passa a analisar.

3.3 É pena o que se impõe à empresa? Um esclarecimento conceitual basilar

Desde o advento do Direito Penal liberal, busca-se adaptar a ideia de o Direito Penal como ramo científico que ao mesmo tempo racionaliza e tenta controlar o poder punitivo. Não à toa os princípios de garantia clássicos do Direito Penal (e processual

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 34.

penal)⁶⁵, desenvolvidos a partir de Beccaria⁶⁶ até tempos presentes⁶⁷, são direcionados para tentar traçar limites ao exercício descontrolado da violência por meio da punição⁶⁸.

Em que pese as intermináveis discussões e as até hoje não respondidas questões sobre a capacidade ou incapacidade constitutiva ou protetiva do Direito Penal, não é sobre isso que se pretende fazer referência. O ponto em questão é somente adotar o pressuposto de que faz parte do estudo científico do direito penal traçar os limites de sua atuação. A partir disso, torna-se essencial a análise do que é pena, de modo a se retirar algum parâmetro de idoneidade acerca de quando o Direito Penal é adequado e/ou necessário na intervenção.

Apurar um conceito de pena a partir das prescrições do direito positivo já é, por si, uma grande dificuldade. Ela se mostra muito maior quando o referencial de apenado não é um indivíduo, mas sim uma pessoa jurídica. Ao mesmo tempo, em poucas situações essa apuração é tão importante e significativa, uma vez que o limite entre uma sanção civil, uma administrativa e uma penal para uma pessoa jurídica é uma linha muito tênue, quase irreconhecível.

Isso se dá porque, por mais que na maioria dos casos atribuam a natureza cível ou administrativa às sanções a pessoas jurídicas em função do caráter pecuniário e das medidas de adequação ao funcionamento, bem como da expressa previsão formal do legislador. Por outro lado, uma vez que se apura que há reprovação social da conduta da empresa (por se tratar de crime), que a sanção aplicada a ela se refere exatamente a essa reprovação (não reparação ou mera regulação) e se trata de uma sanção dura, então são levantados os questionamentos sobre se a proteção própria do Direito Penal deveria se estender também à pessoa jurídica, além da pessoa física.

Muito se discute atualmente acerca do que seria um injusto ou a culpabilidade da empresa. Uma vez que a culpabilidade é central na imposição de penas, aqueles que refutam que possa existir uma culpabilidade coletiva, ou uma culpabilidade de

⁶⁵ Refere-se aqui aos sempre suscitados axiomas: *Nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (penalis) sine necessitate, nulla necessitas sine iniuria, nulla iniuria sine actione, nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio, nullo indicio sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*. Sobre eles, ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**. Parte Geral. 3.ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 63.

⁶⁶ BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Ed. Redendo Castigat More, 2002.

⁶⁷ Neste sentido, Fernando Galvão faz referência a Ferrajoli e seu garantismo como a referência mais importante das garantias supracitadas atualmente. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Op. cit. 2009, nota 412, p. 63.

⁶⁸ Justamente por isso é que Davi Tangerino, inspirado em Zaffaroni, vem a defender uma “dupla função” do Direito Penal: a função legitimadora do Direito Penal como ramo científico seria a limitação da intervenção punitiva estatal (um poder), enquanto a proteção de bens jurídicos (ou das expectativas normativas) seria a função conservadora (controle social) deste ramo do Direito. Analisando a questão criticamente: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia**: contribuições para um Direito penal mais ético. Tese de Doutorado (Doutorado – Direito) – Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Alvinio Augusto de Sá. São Paulo, 2009. pp.16 e ss. Em que pese não ser a concepção aqui adotada, como se verá mais adiante, é digna de nota pelo reconhecimento crítico e o louvor em buscar um Direito Penal mais ético.

uma criação jurídica abstrata, terminam por afirmar ser impossível impor penas à pessoa jurídica: não há alma para condenar nem corpo para castigar⁶⁹.

A perspectiva pode ser diferente, contudo, se antes de se discutir a culpabilidade de empresa for possível apurar a natureza da sanção aplicada a ela. Isso pode responder não só se há uma culpabilidade própria de empresa, mas sim que é preciso que exista essa culpabilidade como forma de limitar o poder de punir contra as coletividades.

De modo a tentar esclarecer o pressuposto do que seja pena para este trabalho, uma vez que este é pressuposto basilar, lança-se mão da experiência comparada e do conceito de pena na doutrina nacional a seguir.

3.3.1 A origem do atual tratamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica e o pragmatismo da *common law* nos Estados Unidos da América

O tratamento da responsabilidade da pessoa jurídica que a coloca como centro de responsabilidades penais, em contrariedade ao princípio *societas delinquere non potest*, aparece de forma referencial nos Estados Unidos da América. A tutela jurídica da matéria no país introduziu a categoria em meados do século XIX, sendo o tratamento atual (com suas categorias de atribuição e mitigação de penas) sistematizado, principalmente, pelas *Sentencing Guidelines for Organizations*, datada de 1991. Este é o modelo que vem sendo “traduzido” para as realidades específicas do direito da, em especial nos países de herança ibérica e romano-germânica.

Não é sem razão que os Estados Unidos são país referência em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo que adepto do direito costumeiro, neste tema são exemplo para todos os países, incluindo os de direito escrito. De normativa duradoura e assentada, o país ostenta modelo de responsabilização totalmente diferente, em que qualquer crime atribuído a pessoas físicas pode ser atribuído a uma corporação e o estudo deste modelo acrescenta muito para as devidas comparações, inclusive por razões de política criminal: os Estados Unidos vêm incentivando, por meio das organizações de direito internacional, uma padronização da regulação internacional em matéria de sanções a empresas. Em sendo a regulação interna inspirada naquela estadunidense, faz sentido que seja feita a comparação entre os modelos.

Historicamente os Estados Unidos introduziram a responsabilidade penal das pessoas jurídicas desde meados do século XIX, por razões bastante pragmáticas de política criminal. Primeiro, introduziram-na para os delitos culposos e de omissão, mas com o tempo foram aumentando a incidência até a situação atual em que qualquer crime pode ser imputado à empresa⁷⁰.

⁶⁹ COFFEE JR., John C. “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. *In: Michigan Law Review*, n. 386, 1981.

⁷⁰ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim*, v.11, jul./set., 1995. p. 27.

Relevante neste ponto é o fato de que, se assumidamente este é um ordenamento jurídico inspirado em um pragmatismo penal com relação aos agrupamentos e que historicamente não considera grandes obstáculos dogmáticos para a implementação da responsabilidade penal das empresas⁷¹, então seus referenciais sobre a natureza da sanção aplicada às empresas serão de pouca utilidade, por mais que o modelo e a ideia de responsabilização sejam totalmente influenciados pelos padrões estadunidenses.

A “tradução da cultura jurídica” só será feita na forma de se atribuir a responsabilidade na teoria do delito, nos moldes do aventado por Adán Nieto Martín⁷² e Carlos Gomes Jara-Díez⁷³. Para fins de pena, a discussão será pouco proveitosa: é pena porque a legislação diz que a responsabilidade é penal. Este será o primeiro e principal problema na comparação com os Estados Unidos da América, mas ainda não o único.

Estando claro que o grande referencial retirado da experiência estadunidense será o de como se responsabilizar a pessoa jurídica, passa-se então a ele. Nos Estados Unidos, o conceito de delito corporativo é reconhecido há mais de cem anos, inicialmente com a utilização no campo penal do *vicarious corporate liability* civilista, ou seja, o comportamento criminal e o elemento psicológico das pessoas físicas, representantes do ente coletivo, são transferidos e imputados automaticamente para a pessoa jurídica.

Ressalte-se, porém, que em nível federal, houve a mudança da base da *corporate liability*. Nesta esfera, a organização da empresa (ou sua falta) se tornou o fundamento maior para atribuir responsabilidade à própria empresa. Desta maneira, a responsabilidade da empresa passa a se basear em uma *organizational negligence*, em razão do fracasso da corporação em prevenir o comportamento delitivo de quem trabalha no seu interior.⁷⁴

No direito estadunidense, observa-se um desenvolvimento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas muito diferente daquele que se verifica nos países da Europa continental e que influenciam o Brasil. Nos Estados Unidos da América, passou-se do extremo da responsabilidade objetiva (*strict liability*) para uma responsabilidade direta da empresa (*corporate liability*), embora mantendo as teorias da

⁷¹ Ibid. p. 28.

⁷² Dentre outros escritos, especialmente: NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008; Id. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

⁷³ Este Autor se vale principalmente do conceito de *bom cidadão corporativo* (*good citizen corporations*) para construir sua teoria *Construtivista*, baseada na teoria social dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann em sua tese doutoral: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. Além desse texto, vários são seus escritos sobre o tema. Dentre outros: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008; Id. **Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Lima: Ara, 2010; Id. La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica**. Madrid: La Ley, 2013.

⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 33.

identificação e a *vicarious liability*, em que a responsabilização da pessoa coletiva depende da atuação funcional dos seus dirigentes ou colaboradores.⁷⁵

Por outro lado, “é importante notar que, em função do sistema federado norte-americano, alguns Estados não adotam a orientação dominante nos Estados Unidos, como é o caso de Indiana. Não obstante tal fato, a regra é a responsabilidade penal das corporações”⁷⁶.

Observe-se que a mesma virada vista na forma de responsabilizar empresas nos Estados Unidos da América aparece em certa medida no Brasil. E, desta forma, a absorção dos modelos de responsabilidade precisa ir além de somente apontar *como* uma empresa pode ser responsabilizada. Se um modelo de responsabilidade irá se referenciar a seu modelo de sanção próprio, então é preciso identificar *porque* uma sanção específica é considerada *penal* ao ponto de ter por trás a *construção* de um modelo próprio de *responsabilidade penal* da empresa, acionando com isso todo o sistema de garantias próprio do direito (e processo) penal.

Neste sentido, as penas pelo cometimento do delito nos Estados Unidos são de multa e de inabilitações, semelhantes ao previsto na legislação ambiental brasileira (Lei 9.605/98). A tendência atual, no entanto, é de restringir a aplicação da responsabilidade das pessoas coletivas. Este posicionamento, adotado em decorrência de sucessivos “memorandos” do *Department of Justice* (equivalente ao Ministério Público), parte da ideia de que se trata, de certa forma, de uma reprovação penal duvidosa sob a ótica da realização da justiça⁷⁷, razão pela qual preferiram o foco nas “*bad apples*”, ou seja, a preocupação voltou a se focar nos indivíduos após as recentes crises econômicas. Isso, contudo, não significa o reconhecimento de maior eficiência na busca pela responsabilidade individual. Pelo contrário, é justamente um tratamento mais brando em tempos de crise econômica.

Se a título de política criminal o foco tem estado mais nos indivíduos, por outro lado as sanções aplicadas às pessoas jurídicas têm tido aumento de severidade naqueles casos em que chegam a ser aplicadas, principalmente sob a justificativa de prevenção contra o aumento da criminalidade organizada, das infrações econômicas e dos acidentes trabalhistas.⁷⁸

Importante ressaltar que, observando como muitas vezes as pessoas jurídicas conseguem absorver o pagamento de multa, repassando custos para as mercadorias produzidas, desde 1991, com as *Federal Sentencing Guidelines*, em especial o capítulo referente às *Sentencing Guidelines for Organizations*⁷⁹, produziu-se uma mudança de orientação em termos de prevenção. Trata-se de incentivar a própria pessoa

⁷⁵ Neste sentido da diferença entre o desenvolvimento nos Estados Unidos da América e na Europa (principalmente no direito continental), o português Germano Marques da Silva faz a comparação em sua tese doutoral, a ver: SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009, p. 104.

⁷⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 30.

⁷⁷ Ibid. p. 31.

⁷⁸ Ibid. p. 32.

⁷⁹ MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics**. United States Sentencing Commission (USSC). Selected articles. p.699, 2002. Disponível em:

jurídica a prever mecanismos internos diretos para prevenir, descobrir ou denunciar os comportamentos perigosos, que se concentram de forma organizada nos chamados programas de *compliance*.

Caso haja crime, a pena pecuniária será determinada conforme a auto-organização da empresa. A penalidade será fixada com base nas precauções previstas por parte dela antes do cometimento do delito, de forma que se valorizam as medidas preventivas tomadas internamente pela própria empresa. Afirma Shecaira que:

Trata-se de um ambicioso processo interno de regulação estabelecido pela própria lei, com o fim de formular uma cultura de prevenção através de medidas dissuasórias internas. Assim, cria-se a figura da *good citizen corporations* ou do *corporate ethos*, que garantirá à empresa, em troca de sua colaboração com a prevenção do crime, além de uma melhor imagem e da garantia de confiança para implementar autonomamente seu sistema de prevenção e controle, uma redução de sua sanção caso haja o cometimento de algum delito.⁸⁰

Para apurar a validade do argumento, foi necessário entender o que as “*Sentencing Guidelines for Organizations*” (1991) propõem⁸¹. Elas se tratam de critérios dados aos juízes (de modo paralelo e semelhante às *Sentencing Guidelines* para os indivíduos) na aplicação de penas e são baseadas em uma série de estudos e experiências prévias sobre a natureza das empresas, buscando proporcionalidade no momento da imposição das penas.

Em respeito à proporcionalidade, as *Guidelines* levam em conta, para estipular a “multa base” imposta à empresa, qual é seu tipo empresarial, seu ambiente de mercado, seu tamanho, sua solvência e demais dados de relevância econômica. O guia parte do pressuposto de reforçar a autorregulação através da coação. Desta forma, as empresas devem manter efetivos programas de *compliance* para prevenir contra a comissão de delitos. Conforme se apura maior incapacidade do programa de ser efetivo na prevenção, mais severa será a punição.⁸²

Na mesma linha, para manter a proporcionalidade, há um sistema que prevê “prêmios e castigos”, funcionando com a prescrição de “agravantes” e “atenuantes”. As (1) agravantes seriam (1.1) o envolvimento ou a tolerância manifestada acerca do delito por parte do superior hierárquico, (1.2) o histórico criminal (reincidência) da empresa, (1.3) a obstrução à justiça na investigação, no processo e na execução; e as (2) atenuantes seriam (2.1) contar com programas éticos e de *compliance* efetivo, (2.2) a autodenúncia, (2.3) a cooperação e (2.4) a aceitação de responsabilidades.

<http://www.uscc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/Selected_Articles/Murphy1.pdf>, com acesso em 24/02/2015.

⁸⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 32.

⁸¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010, p.201.

⁸² Sobre o tema, já realizamos a descrição de forma semelhante em outro momento, pelo que somente referenciaremos *passim*: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III).

A hipótese é a de que, em tese, a gravidade da sanção seria o que geraria o temor da empresa, enquanto a grandeza do benefício seria o seu interesse. Somados, incentivariam as empresas a se prevenir contra delitos. Por meio da prevenção, terminariam diminuindo a criminalidade de empresa. Sem adentrar a questão da efetividade da política, largamente discutida e ainda não consensual, o que se pretende aqui é demonstrar que a sanção se refere, na legislação estadunidense, a duas coisas: (1) a reprovação⁸³ do comportamento próprio da empresa de não se prevenir e (2) sanções graves que causam temor em sua administração forçando sua organização. Este ponto pode dar um norte para o que se entenda por pena.

Contudo, como outro ponto de problema na “tradução da cultura jurídica” da responsabilidade penal das pessoas jurídicas dos Estados Unidos, é preciso observar que, a despeito dos mais de vinte anos, poucas foram as sentenças baseadas nas *Guidelines*. Isto ocorre porque há pequena incidência de casos, muito em função do grande número de acordos de leniência lá existentes.⁸⁴ Neste aspecto, é importante notar que isso ocorre porque é justamente esta a intenção da acusação estadunidense: forçar o acordo para que a multa seja paga e a empresa readequada, e não necessariamente a punição do agente econômico, assim adequando a previsão legal e a prática à intenção preventiva de *compliance*. Considerando a tendência de punição no Brasil, que de forma alguma pode ser ignorada, mesmo quando não explicitamente admitida, este parece ser outro problema bastante importante, desta vez de ordem cultural, para a simples incorporação acrítica de pressupostos próprios dos Estados Unidos da América.

Enfim, se por um lado a experiência estadunidense pode apontar que a ideia de pena para pessoas jurídicas se aproxima dos referenciais de (1) *reprovação* do comportamento próprio da empresa de não se prevenir e (2) *sanções graves* que causam temor em sua administração, forçando sua organização; por outro lado, a (I) fundamentação pragmática, pouco preocupada com a distinção entre sanção penal e não penal, bem como a (II) cultura de readequação da organização da empresa – e não de punição pura e simples – terminam por afastar os pressupostos dos Estados Unidos daqueles próprios do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual o modelo da *common law* não pode ser incorporado sem maiores reflexões no Brasil. Ainda que os padrões legislativos sejam semelhantes, as condições reais de implementação destes padrões são eminentemente nacionais.

⁸³ Neste sentido, a contrário senso, ver o que Silva Sánchez diz a respeito da tese de Henning: “La tesis del autor es que el fin de las sanciones a las personas jurídicas no puede tener, en todo caso, una connotación retributiva, sino sólo la de incentivar la introducción de programas de cumplimiento normativo. En el caso de que éstos ya existan, las sanciones tendrían como finalidad la de incrementar el control interno, modificando la cultura corporativa a fin de prevenir de forma más efectiva delitos futuros”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p.17, n.r. 10.

⁸⁴ Neste sentido se apura a partir de: MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations**: Op. Cit., nota 79.

3.3.2 A discussão espanhola: a partir das consequências assessórias

Se as diferenças culturais em matéria jurídica, especialmente jurídico-penal, impedem a adesão automática à resposta estadunidense, então estudar a solução de países de matrizes semelhantes poderia apresentar algum referencial mais confiável. Neste caso, um país que tem as mesmas matrizes ibéricas e uma profícua produção recente em matéria de responsabilidade penal de empresas, tanto a nível legislativo, quanto doutrinário, é a Espanha.

Além disso, os autores espanhóis têm se destacado na incorporação e “tradução” de institutos da *common law* para o direito escrito, tendo produzido notável conteúdo científico em matéria de responsabilidade penal empresarial, boa cidadania corporativa e programas de *compliance*, sendo de especial relevância para este trabalho a produção de Adán Nieto Martín⁸⁵, Carlos Gomes Jara-Díez⁸⁶ e Jesús-Maria Silva Sánchez⁸⁷. Isso justifica de forma razoável a escolha pela comparação com este país.

Dentre os acima expostos, aquele que se dispõe a discutir a natureza das sanções para as pessoas jurídicas de forma mais contundente e tratando-a como questão central é Jesús-María Silva Sánchez⁸⁸. Sua forma de condução da discussão, inclusive, foi inspiradora da ordem de discussão deste capítulo.

Para o supracitado Autor, a questão da natureza da pena tem sido importante na Espanha desde a fundamentação para se implementar a responsabilidade penal da pessoa jurídica: além da *irresponsabilidade organizada* e da *insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual* na criminalidade de empresa, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se justificaria ainda em função da *insuficiência preventiva das formas de responsabilidade coletiva não penais*. A crença na efetividade da natureza simbólica da reação penal para empresas teria sido determinante para a implementação do instituto.⁸⁹

O Autor, contudo, questiona justamente o merecimento de tal estigma penal. Partindo do pressuposto de pena como consequência jurídica da atribuição de responsabilidade penal, ele considera inclusive discutível a qualidade de agente moral da empresa, sendo para ele incompreensível a aplicação de penas e o discurso de “merecimento” para pessoas jurídicas.⁹⁰

Silva Sánchez ainda critica o entendimento doutrinário de que a dissolução da pessoa jurídica, a suspensão de suas atividades, o fechamento de locais e estabelecimentos, a proibição de realizar atividades, a inabilitação para contratar com o setor

⁸⁵ Dentre outros escritos, aqui especialmente: NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

⁸⁶ Aqui especialmente sua tese doutoral: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9.

⁸⁷ Em especial para este tópico SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. Op. Cit., nota 83.

⁸⁸ Ibid. passim.

⁸⁹ Ibid. p. 18.

⁹⁰ Ibid. p. 19.

público ou obter benefícios, ajudas ou incentivos e a intervenção judicial “para proteger os interesses dos trabalhadores ou dos credores” são “penas” que mostram caráter preventivo-especial (neutralizador ou, excepcionalmente, ressocializador). Para ele, estas “penas” aplicáveis às pessoas jurídicas *não são penas, mas sim medidas de segurança*. Isso porque as penas não poderiam deixar de se impor ainda quando não houvesse necessidade preventivo-especial. Enquanto isso, admite-se a possibilidade da não imposição de ditas penas fundamentada na ausência de periculosidade.⁹¹

Silva Sánchez, contudo, adota posicionamento diferente em relação à multa. Para ele, a sanção mais frequentemente aplicável não sofre as mesmas críticas anteriores acerca da orientação preventivo-especial. A consequência jurídica multa, além de apresentar os pressupostos de pena por ele tomados e se referir à reprovação de um ato, teria potencial preventivo-especial de coagir para a auto-organização da empresa⁹² (boas práticas, evitar o delito, nos moldes do que já se vê no modelo estadunidense).

O penalista refuta, por outro lado, que mesmo no caso da multa possa existir retribuição a uma pessoa jurídica, porque sua condição de agente moral é duvidosa e ela não teria uma “*soul to damn*”. E conclui com a afirmação de que como as pessoas jurídicas não podem sentir como humanos, não haveria função intimidatória na pena, pois a pessoa jurídica não sente medo.⁹³

Se de fato assiste razão ao professor espanhol acerca da antropomorfização da pessoa jurídica e não há como ela sentir dor ou medo, por outro lado o efeito intimidatório pode muito bem ser observado desde o parâmetro da prevenção. De certa forma, o próprio autor admite isso ao afirmar que as multas coagiriam as empresas a se auto-organizarem⁹⁴.

Isso somente se daria porque as empresas se veem intimidadas pelo poder sancionatório do Estado, que por sua vez reconhece as empresas como agentes de racionalidade apurável: a *racionalidade econômica*. Ainda que se trate de uma racionalidade de mercado e que a escolha racional não seja um parâmetro explicativo geral do crime econômico, esta racionalidade não seria completamente dissociável da racionalidade exigida pelo próprio direito burguês para as pessoas físicas. Finalmente, desde esse paradigma, essas seriam as razões pelas quais as multas seriam importantes, justificando a eficiência preventiva geral e especial da responsabilidade penal empresarial.

Essa coação não poderia se dar por outra razão senão porque as empresas seriam intimidadas à luz da lógica econômica (regulatória). A premissa dessa disposição legislativa parte do antigo pressuposto da *escolha racional*. Se ele é insuficiente para a explicação do crime de colarinho branco em razão do efeito criminógeno de grupo, como já se viu anteriormente, por outro lado, ele é parcialmente útil desde a

⁹¹ Ibid. pp. 32-33.

⁹² Ibid. p. 33.

⁹³ Ibid. p. 33.

⁹⁴ Ibid. p. 33.

perspectiva de empresa porque (a) envolve a convergência de vários processos individuais de tomada de decisão e (b) aporta a ideia de que as empresas compreenderiam a razão econômica da tutela penal e passariam a avaliar, nos seus processos de tomada de decisão e práticas corporativas, os custos e benefícios de se estar ou não em conformidade e de se aceitar ou não determinados riscos de se cometer um delito.

De fato, se se adota como pressuposto (conforme demonstrado *supra*) que a empresa conduz suas decisões por razões econômicas e por meio de análises de riscos referentes a custos e benefícios dentro de uma economia de mercado, considerando que empresas reconheceriam outras empresas como concorrentes, então a forma como o risco regulatório incide sobre uma se reflete no processo de tomada de decisão das demais. Uma vez que as grandes corporações às quais se dirigem tais disposições legislativas são justamente aquelas capazes de criar verdadeiras culturas de gestão, então é possível apontar para a análise dos riscos penais como riscos regulatórios. Uma pena poderia, enfim, conduzir o comportamento de uma companhia via “*aversão ao risco*” nos seus processos de tomada de decisão (de cima a baixo na hierarquia, enquanto cultura, e não somente nos indivíduos da alta administração), o que seria equiparável a uma intimidação. É importante ressaltar que isso não significa que a regulação seja eficiente, uma vez que esta ideia é somente um pressuposto (na forma de hipótese). A utilização da teoria (que deve ser confrontada por e conciliada com outras) somente serve para identificar que *pode haver* prevenção geral, ou seja, ela somente serve para refutar a premissa retórica de que corporações não podem ser intimidadas, não servindo para construir outra premissa retórica (de que corporações serão sempre intimidadas, ou que a regulação é eficiente).

Em suma, o que se quer pontuar é que, a nível de prevenção especial, a empresa poderia ser intimidada e não repetiria o comportamento se economicamente não lhe conviesse e a pena imposta lhe fizesse adotar padrões reais de prevenção, enquanto que, a nível de prevenção geral, uma empresa que reconheça outras como concorrentes e perceba os efeitos de concorrência em empresas apenas poderia ser assim intimidada e se adaptar ao novo risco regulatório, revisando seu nível de tolerância de certas condutas.

Passando adiante, a discussão sobre as penas para pessoas jurídicas será essencial para Silva Sánchez na medida em que se a pena para pessoa jurídica é autêntica pena, exigirá a apuração de uma culpabilidade dela. Por outro lado, se a pena não é uma pena autêntica, então não haveria a necessidade de apurar a culpabilidade⁹⁵.

Estas conclusões do Autor demonstram a importância da delimitação do conceito de pena para pessoas jurídicas, pois a partir dele haverá repercussões para a atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica. Ainda, em complemento, Silva Sánchez defende que se é dado às pessoas jurídicas o estigma da responsabilidade penal, então devem lhes ser estendidas todas as garantias jurídico-penais e processuais possíveis.⁹⁶

⁹⁵ Ibid. p. 34.

⁹⁶ Ibid. p. 38.

A fundamentação de Silva Sánchez para se dizer que não há pena é bastante robusta. Contudo, conforme ele mesmo admite no texto, a ideia do pressuposto de que a pena não é pena autêntica aceita refutação, desde que comprovada na realidade.

Antes de refutar, contudo, é necessário explicar o posicionamento de Silva Sánchez. De fato, este posicionamento tem dois pressupostos evidentes: (1) o posicionamento já antigo⁹⁷ de Silva Sánchez sobre a inexistência de culpabilidade da empresa, pelo que a ela não se aplicaria reprovação alguma e por isso não haveria pena; e (2) o histórico particular das disposições legislativas da Espanha.

Se o primeiro pressuposto (1) é uma questão de teoria do delito, discussão a ser feita em momento posterior, de maior interesse para a discussão atual será (2) o histórico particular das disposições legislativas da Espanha.

Neste sentido, José Luis De la Cuesta e Ana Isabel Pérez Machío⁹⁸ apontam todo o histórico evolutivo da responsabilidade das pessoas jurídicas na Espanha, bem como a discussão sobre a natureza das sanções.

A princípio, o código penal espanhol de 1995 introduziu as chamadas consequências acessórias em seu art. 129. Após isso, houve “reforma de 2003, cuja Exposição de Motivos manifestava vontade explícita de superação do princípio ‘*societas delinquere non potest*’”.⁹⁹

A reforma do Código Penal de 2010 foi que veio a ratificar a vontade legislativa anterior, pelo que cuidou de instrumentalizá-la, desta vez de maneira mais adequada, por meio da definição dos pressupostos dos delitos cometidos pelas pessoas físicas a serem atribuídos à pessoa jurídica, além da inclusão de uma lista de sanções aplicáveis às pessoas jurídicas no Código espanhol.¹⁰⁰

No mesmo sentido, Gonzales Cussac:

No Código Penal espanhol, anterior à reforma de 2010, este era o caso do art. 31. O modelo se complementava, desde 1995, com “medidas acessórias” que permitiam dissolver uma sociedade, paralisar ou suspender sua atividade, ou intervir em sua administração (conforme os anteriores artigos 128 e 129 do CPE). Sobre a natureza jurídica destas últimas surgiu uma interessante discussão, pois ainda que formalmente recebessem o nome de *medidas*, para um setor da doutrina em realidade se tratava de autênticas penas impostas às próprias sociedades. Na realidade configurava um sistema de responsabilidade penal *acessória* das pessoas jurídicas, que implicava na prévia responsabilidade penal principal da pessoa física, e, daí, em seguida, se transferia à empresa.¹⁰¹

⁹⁷ Id. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁹⁸ DE LA CUESTA, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. O direito penal das pessoas jurídicas: a reforma do código penal de 2010. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArs, 2013.

⁹⁹ Ibid. p. 319.

¹⁰⁰ Ibid. p. 319.

¹⁰¹ GONZÁLEZ CUSSAC; José L. **O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo, SP: LiberArs, 2013. p. 382.

Pois bem, em face do exposto, resta evidente que a discussão da natureza jurídica existia desde a disposição de 1995. A questão a se abordar seria então a de como se deu a discussão quando o nome não era pena, mas sim medidas acessórias, na nomenclatura original que veio a influenciar a concepção dos juristas espanhóis para sempre.

Neste sentido, a seguir se expõe o que as correntes diziam.

A primeira delas entendia que *as medidas acessórias eram medidas de segurança*: um setor doutrinário que destacava a ausência das consequências acessórias no catálogo de penas do art. 33 do Código Penal espanhol e as identificava com as medidas de segurança sob a luz de seus pressupostos de aplicação (nos moldes do anteriormente exposto posicionamento de Silva Sánchez), aduzindo que o próprio Código Penal espanhol se referia em diversas passagens às “medidas” previstas no art. 129: assim, art. 294, arts. 298 e 299, art. 302, art. 327 e art. 366.¹⁰²

Entende esta corrente, ademais, que o postulado tradicional “*societas delinquere non potest*” recusaria a capacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas, mas não constituiria obstáculo à admissão da possibilidade de sua periculosidade. E mais, a seu juízo haveria uma equivalência entre o fundamento das “medidas de segurança” e o das consequências do antigo art. 129: este residiria na periculosidade da pessoa jurídica, além da necessidade de prevenção especial a que se refere o número 3 do art. 129 do Código Penal espanhol na sua redação de 1995.¹⁰³

No entanto, na crítica de De la Cuesta e Pérez Machío, a compatibilidade do princípio “*societas delinquere non potest*” com a aplicação de medidas de segurança às pessoas jurídicas não se faz tão evidente: se dentro desta perspectiva a pessoa jurídica não poderia cometer delitos por incapacidade de ação, tampouco deveria poder ser considerada perigosa criminalmente.¹⁰⁴

A segunda corrente dizia que *as consequências acessórias eram verdadeiras penas*: por esta perspectiva, apesar de sua ausência no catálogo de penas do art. 33 do Código Penal espanhol, as consequências do art. 129 compartilhariam com as penas os requisitos substantivos necessários para tal consideração: previsão legal das mesmas como respostas ao cometimento de um fato ilícito; imposição por um processo que conte com todas as garantias; e orientação preventiva geral e especial.¹⁰⁵

Apesar do acima exposto, as críticas da doutrina espanhola de então aduzia que não parecia fácil admitir a equivalência entre as penas do art. 33 do Código Penal espanhol e as consequências acessórias em geral: sem negar sua proximidade em certos aspectos, as diferenças entre penas e consequências acessórias seguiriam sendo demasiado grandes; e mais, no caso de confisco (anteriormente uma pena acessória) parecia claro que sua inclusão entre as consequências acessórias se fundamentou precisamente da vontade legislativa de afastá-lo das penas.¹⁰⁶

¹⁰² DE LA CUESTA, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Op. cit, nota 98, p. 320.

¹⁰³ Ibid. p. 320.

¹⁰⁴ Ibid. p. 320.

¹⁰⁵ Ibid. p. 321.

¹⁰⁶ Ibid. p. 321.

Em um terceiro posicionamento, considerava-se que as *consequências acessórias tinham natureza civil ou administrativa*: diante das dificuldades que suscitariam sua conceituação como penas e medidas, um setor minoritário, fixando seu pressuposto de aplicação – a periculosidade objetiva – e somando-o ao fato de que a pessoa jurídica não é senão um instrumento da pessoa física, inclinava-se pelo posicionamento da natureza civil ou administrativa das consequências acessórias. O evidente conteúdo aflitivo das consequências acessórias, por sua vez, operaria como forte argumento contra esta posição.¹⁰⁷

Por fim, a última corrente exposta por De la Cuesta e Pérez Machío, aquela à que eles aderiram, defendia que *as consequências acessórias constituíam uma “terceira via” penal*: as consequências acessórias seriam sanções de “natureza peculiar”, uma nova resposta jurídico-penal, distinta das penas e das medidas de segurança, externa para a culpabilidade e para a periculosidade individual.¹⁰⁸

Estas mesmas discussões se mantiveram nas reformas de 2003 e 2010, sendo que os pressupostos nas respostas se mantiveram. Desta forma, uma discussão que servia para decidir a natureza das *consequências acessórias* se manteve na Espanha, mesmo que desde 2003 o legislador tivesse retirado o foco das consequências acessórias e transferido para a *pena* na redação do Código Penal. Contudo, com os pressupostos já construídos, as discussões a seguir se diferenciaram de forma bem pequena.

Sobre isso, inclusive, De la Cuesta e Pérez Machío vêm a dizer sobre a reforma de 2010 que, para eles, as penas lá previstas seriam em verdade as “sanções já conhecidas como consequências acessórias pelo velho artigo 129 do Código Penal, às quais se há aludido como pena ‘fundamental’, ‘de imposição obrigatória’, a multa, cuja importância destaca a doutrina como a pena aparentemente mais idônea nestes casos”.¹⁰⁹

Percebe-se que ao se filiar a multa como a pena mais idônea, os autores mantiveram seus pressupostos que perduram desde a época das consequências acessórias, ainda que à época usassem como argumento o fato de que o Código Penal teria propositalmente separado as consequências acessórias das penas. Ora, se o legislador em seguida fez questão de afirmar que eram penas e não mais consequências acessórias, o argumento não poderia mais se manter porque não haveria mais a separação. Os demais argumentos, por sua vez, seriam todos referentes a questões de teoria do delito: (a) a relação entre culpabilidade e pena, partindo do pressuposto de que não haveria culpabilidade de empresa; ou (b) a capacidade de ação da pessoa jurídica para refutar tanto a pena quanto a medida de segurança; ou ainda (c) a pessoa jurídica ser ou não um ente moral. Nenhum dos argumentos, todavia, se preocupa com a realidade ontológica da pena: se seus reflexos na realidade seriam os mesmos do que se entende por pena, independente do pressuposto de teoria do delito adotado para a concepção da pessoa jurídica. O único posicionamento que mantém uma argumentação neste sentido continuaria sendo aquele de Silva-Sánchez:

¹⁰⁷ Ibid. p. 321.

¹⁰⁸ Ibid. p. 321.

¹⁰⁹ Ibid., p. 340.

Pode-se afirmar que ditas “penas” constituem em realidade autênticas medidas de segurança: pois tanto um juízo de presente como um juízo de futuro que ponha em realce que não existe já nenhum risco organizativo deve conduzir à exclusão da sanção. Sem embargo, ele não vale para a “pena” de multa. Esta não pode se qualificar de medida, mas sim – como já se indicou – de instrumento geral de condução, cuja função permite, ainda no caso de que não exista já periculosidade alguma na pessoa ajuizada, falar de uma necessidade preventivo-geral da “pena” (tradução nossa)¹¹⁰

Ressalte-se inclusive que, sobre a legislação espanhola de 2010, o alemão Klaus Tiedemann, especialista do direito penal econômico europeu, diz que o Código Penal espanhol tem “sua novidade mais importante que é a possibilidade de sancionar empresas em forma de pessoas jurídicas com verdadeiras sanções penais, sobretudo com multas de até cinco anos no sistema de dias-multa”.¹¹¹ Neste caso é de se considerar a hipótese de que seu posicionamento poderia se justificar, inclusive, por ele não ser um penalista espanhol que carregava ainda os pressupostos das consequências acessórias.

Dentre os espanhóis que admitem que tais sanções são verdadeiras penas, vale mencionar o posicionamento de Carlos Gómez-Jara Díez. Para ele, o fundamento da pena não é o imperativo moral na aplicação, apurando como pena aquilo que se impõe mesmo sem razões de prevenção especial, mas sim a dialética retributivista hegeliana da pena como a negação de uma liberdade para restabelecer positivamente a vigência da norma anteriormente negada. Por isso, o que será relevante, para ele, será se a sanção aplicada restabelece por completo ou não a vigência da norma, visto que por mais que todo o ordenamento jurídico tenha essa capacidade de restabelecimento, somente o direito penal o faz de forma *completa*. Essa diferenciação, cada vez mais difícil na prática, estaria necessariamente vinculada à culpabilidade na medida em que, se o ordenamento é constituído da liberdade, somente uma decisão autorreflexiva e livre é capaz de lesioná-lo de forma mais grave (o delito), lesão esta que justificaria a intervenção jurídica completa, ou seja, a pena. Por isso a culpabilidade seria central para a comunicação do restabelecimento completo da norma anteriormente negada e a confirmação da identidade (normativa) da sociedade¹¹², pelo que, neste

¹¹⁰ O texto em língua estrangeira é: “puede afirmarse que dichas ‘penas’ constituyen en realidad auténticas medidas de seguridad: pues tanto un juicio de presente como un juicio de futuro que ponga de relieve que no existe ya ningún riesgo organizativo debe conducir a la exclusión de la sanción. Sin embargo, ello no vale para la ‘pena’ de multa. Ésta no puede calificarse de medida sino – como ya se há indicado – de instrumento general de conducción, cuya función permite, aun en el caso de que no exista ya peligrosidad alguna en la persona jurídica enjuiciada, hablar de una necesidad preventivo-general de ‘pena’”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 37.

¹¹¹ O texto em língua estrangeira é: “su novedad más importante que es la posibilidad de sancionar a empresas en forma de personas jurídicas con verdaderas sanciones penales, sobre todo con multas de hasta cinco años en el sistema de días-multa”. TIEDEMANN, Klaus. **El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p.42.

¹¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, p. 54.

último ponto, vê-se novamente a influência do marco teórico da teoria dos sistemas autopoiéticos nas concepções do sobredito Autor.

Em última instância, as conclusões de Gómez-Jara se aproximam daquelas de Silva Sánchez na medida em que somente uma sanção que cumpra o requisito central para sua corrente de prevenção geral positiva na sua acepção máxima será considerada pena, estando isso diretamente ligado à culpabilidade. Na sua ausência, a medida não é pena (se se entende que há periculosidade na empresa, seria medida de segurança), porque não atingiria de forma completa o restabelecimento comunicativo da vigência da norma. Esta é mais uma razão pela qual o Autor defende a construção de uma culpabilidade própria de empresa. A diferença de seu contexto reside, contudo, em que a diferenciação de uma medida entre pena, medida de segurança ou sanção não penal irá se apurar do potencial de prevenção geral positiva (diferente de Silva Sánchez, que utiliza o critério de existir prevenção geral mesmo quando não haja razões de prevenção especial). Ou seja, o que importará é a capacidade de uma sanção de reafirmar de forma completa as expectativas normativas da sociedade. Quando for este o caso, está a se falar em culpabilidade e direito penal, com todas as garantias¹¹³ que ele envolve, sendo certo que para Gómez há tanto a culpabilidade de empresas quanto a capacidade de restabelecimento normativo completo nas medidas aplicadas que se vinculam à coação para a promoção da auto-organização empresarial contra delitos.

Em relação à alteração legislativa de 2015 na Espanha (com a LO 1/2015), pouco foi modificado no tema das penas impostas às pessoas jurídicas. As grandes modificações foram em matéria de teoria do delito, com modificações pontuais no artigo 31 *bis* e a centralização da adoção de programas de cumprimento (*compliance*) para aferir a responsabilidade da empresa. É de se destacar que, após essa mudança, o supracitado artigo passou a prever os requisitos mínimos de um programa de *compliance* no dispositivo legal (semelhante ao que se vê no Dec. 8420/15) e instituiu a inovadora estrutura “bicéfala”: o programa de *compliance* se destina à organização e vigilância dentro da empresa, para os funcionários em geral, mas também tem um órgão próprio de vigilância que é responsável somente pela vigilância da alta administração.¹¹⁴ Em razão de as alterações terem ocorrido somente na esfera da atribuição

¹¹³ Digna de nota a exposição de Gómez-Jara acerca do interessante posicionamento de seu orientador, Miguel Bajo Fernández, que não considera existir culpabilidade ou aplicação de pena a empresas, mas ainda assim acredita ser legítima a nomenclatura de “Direito penal de empresas” da mesma forma que se nomeia o “Direito penal juvenil”. Neste caso, ainda que não se falasse de um verdadeiro direito penal em razão da ausência de culpabilidade, em ambos os casos existiria legitimidade na extensão das garantias do direito penal, mesmo quando não se trate de penas e culpabilidade de fato, mas somente pela gravidade da medida imposta e por razões garantistas de estender a proteção que só os Estados democráticos poderiam proporcionar, principalmente no caso de sanções gravosas. Neste sentido ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, p. 53.

¹¹⁴ Sobre a legislação espanhola na matéria após a reforma de 2015, cf.: POLAINO-ORTS, Miguel; BELÉN LINARES, María. Gobernanza Corporativa y criminal compliance en la legislación española tras la reforma de 2015. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016, passim.

de responsabilidade à empresa e na sua exclusão pela existência de *compliance*, o estágio da discussão sobre as penas se manteve estancado e o entendimento predominante é o de que uma empresa com programa de *compliance* somente pode sofrer a pena de multa, porque é culpável (e não perigosa), enquanto aquelas que não possuem o programa podem receber as demais sanções, posto que as medidas de segurança são destinadas às empresas perigosas.

A reforma terminou por trazer solução ao antigo problema da legislação de 2011, que somente previa relevância aos programas de *compliance* como atenuante, caso implementados entre a constatação do crime e a audiência de juízo oral. Esta previsão se manteve no art. 31 *quarter*, mas agora cumulada com a previsão expressa do art. 31 *bis*, que coloca os programas de *compliance* no centro da apuração da culpabilidade de empresa, excluindo a aplicação das medidas de segurança e podendo até mesmo eximi-la de pena (de multa). A reforma demonstra, ainda, a importância *prática* que as discussões sobre pena têm para a apuração da responsabilidade penal da empresa e da relevância de *criminal compliance*.

Finalmente, nota-se que, para os espanhóis (doutrina, jurisprudência e legislador), todas as sanções que não sejam a multa seriam medidas de segurança; e que a existência prévia ou implementação posterior de um programa de *compliance* afasta a aplicação de tais medidas e diminui a incidência da multa. De certa forma, a prática termina por ser semelhante àquela dos Estados Unidos da América (de incentivar *compliance* e evitar punições descontroladas), ainda que por via distinta. Isso não significa, contudo, uma resposta definitiva, dado que a adoção do modelo não significa a comprovação de sua eficiência, a adequação à realidade brasileira, ou que todas as formas de sanção tenham sido corretamente avaliadas.

De toda forma, em resumo, a questão histórica é realmente um problema para apurar o conceito de pena para pessoas jurídicas a partir da experiência espanhola. Isso porque as categorizações são feitas preocupadas mais com as disposições legislativas particulares deste país e não com uma conceituação própria do que seja pena, seja de forma ampla para depois tentar adequar à pessoa jurídica, ou de forma específica para as pessoas jurídicas.

Uma vez que o legislador espanhol é particular e preocupado com suas realidades concretas, não pode ser adotado como universal. Se o conceito de pena apurado pelos espanhóis tem como referencial somente aquilo que o legislador espanhol chama de pena, ele não pode ser adotado como conceito de pena para o Brasil, sem um filtro prévio, porque o legislador brasileiro não se submete ao espanhol. Desta forma, aquilo que o espanhol chama de pena, pode não ser pena para o brasileiro e vice-versa, não sendo conclusiva para o Brasil, ainda que muito útil, a discussão espanhola. Mais uma vez, pesa aqui o mesmo já afirmado para a experiência estadunidense: ainda que os padrões legislativos sejam semelhantes, as condições reais de implementação destes padrões são eminentemente nacionais.

Importante notar, contudo, que os acima expostos pressupostos colocados por Silva Sánchez e Gómez-Jara serão extremamente úteis na discussão acerca da realidade da pena que será feita à frente.

Buscando a resposta dentro da realidade brasileira, a discussão é mais abstrata, pelo que se mostra necessário analisar a pena para pessoas jurídicas a partir do conceito de pena em si. Traçando os limites a partir dela, problemas práticos podem ser resolvidos de forma mais tranquila conforme se mostrará a seguir.

3.3.3 A discussão nacional e uma proposta a partir do conceito de pena

Finalmente, pretende-se aqui dar sentido concreto à discussão até aqui travada acerca do que seria pena para pessoas jurídicas. É de se notar que, nos locais onde se tem tentado discutir o ramo jurídico da sanção para uma empresa, a discussão raramente traz uma resposta definitiva para o direito brasileiro. O conceito de pena, enfim, se aplicável às sanções para as pessoas jurídicas, poderia justificar a extensão das garantias penais para elas.

Importante ressaltar que o recorte feito acerca do direito comparado foi proposital, no sentido de buscar primeiramente os modelos originários da prática hoje incentivada da responsabilização das empresas. Conforme já longamente exposto, esta forma de regulação que se vale da responsabilidade penal empresarial se refere justamente ao supracitado processo de expansão do direito penal por meio da padronização da regulação em matéria de crimes de empresa e *criminal compliance*, tudo isso inserido no atual contexto do capitalismo financeiro globalizado. Uma vez que a regulação estadunidense é aquela que serve de base para estes processos de expansão, a comparação estaria justificada.

Após isso, apurada a insuficiência da mera importação dos critérios estadunidenses em razão das diferenças de tradições jurídicas, a busca por um legislador de origem ibérica que tivesse incorporado na sua própria legislação os elementos da legislação estadunidense também se justificaria. Com vistas especialmente ao exemplo espanhol, analisou-se justamente aquele ordenamento em que a “tradução” da regulação estadunidense acerca da responsabilidade penal empresarial foi feita para o modelo de tradição jurídica romano-germânica.

A análise de ambos os modelos pode inspirar soluções para o Brasil em algum ponto, mas nem um deles é definitivo para apurar se as sanções a empresas são ou não penas.

E é igualmente importante apontar que os mesmos problemas apurados nos exemplos trazidos de Espanha e Estados Unidos vêm a se apresentar nas diversas legislações, adotem elas ou não a responsabilidade penal da pessoa jurídica: da Suíça, que adota, à Alemanha, que não adota; do Chile, que adota em lei bastante organizada, a Portugal, que se vale de legislação esparsa; da Austrália, que iniciou o processo ao lado dos EUA e tem a responsabilidade penal com discussão pragmática, à Itália, que

tem regulação administrativa extremamente rígida, mas evita o termo “responsabilidade penal” por razões constitucionais.¹¹⁵ De fato, não é fácil a discussão sobre se as sanções para pessoas jurídicas são verdadeiras penas.

Buscando alternativas para a resolução da questão dentro do apurado sobre o conceito de pena na literatura brasileira, algumas soluções se apresentam a seguir.

Inicialmente, cumpre apontar a relevância da discussão, uma vez que ela parece, a princípio, meramente teórica. O que se deseja, em síntese, é apontar que tipo de sanção (forte) exigirá como retorno a extensão de garantias mais fortes. Assim, apurando o que seria pena, tornar-se-ia possível exigir que determinadas regras de proteção do acusado fossem cumpridas. Isso porque se o que importasse fosse somente o delito, então somente aquilo que recebe o rótulo político de crime é que poderia receber pena e exigir a imposição das garantias próprias do direito penal. Se assim fosse, o conceito de pena careceria de potencial crítico e apuração empírica, tornando-se mera abstração e rótulo vazio. Em especial, ele é importante para estender garantias quando se apure algo que materialmente se coloca como pena, mas formalmente (de acordo com a declaração do ordenamento jurídico) seja outra espécie de sanção jurídica de qualquer outro ramo. Isso é especialmente relevante na responsabilidade penal empresarial.

De certa forma, com acerto já foi dito que a existência da pena se daria a partir do momento em que uma conduta danosa receberia o rótulo político de crime.¹¹⁶ Neste momento, o crime daria azo à existência de uma pena, considerada a sanção mais grave e proporcional à gravidade do crime, a conduta mais grave a atingir a sociedade. Contudo, há algo mais nesta relação que atualmente ainda exige maiores reflexões.

¹¹⁵ Dentre outros, analisando os diferentes países, autores que se valem do direito comparado e outros que detalham a legislação nacional, *passim*: TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010; TIEDEMANN, Klaus. **El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico**. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013; MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics**. United States Sentencing Commission (USSC). Selected articles. pp.697-719, 2002. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/OrganizationalGuidelines/Selected_Articles/Murphy1.pdf>, com acesso em 24/02/2015; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013; NIETO MARTÍN, Adán. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valência: Tirant lo Blanch, 2015; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, processo penal y política criminal**. 7^o CONADEPC. Lima (Perú), 2010; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009; MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho [artículos de revistas]. 2009. *Publicado en: Ius Et Praxis*, v.15 n.2.

¹¹⁶ Conforme já se referenciou anteriormente, em crítica à pena no capitalismo: PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. pp. 167 e ss.

Uma vez considerada a pena como a reparação equivalente do crime, ela toma feições ontológicas próprias que podem servir para dizer também o que é crime. Em síntese, o que se quer dizer é que os objetos estão em constante movimento dialético: assim como o crime fundamentou a criação da pena, a sanção mais grave, por outro lado a pena passa a se tornar também um objeto de análise capaz de, reflexivamente, influir naquilo que se entenda por crime. Essa capacidade aparece, principalmente, quando se apura o que é, materialmente, pena. Se na prática existe algo que possa ser entendido como pena, então por mais que se afirme que aquilo que a gerou é uma infração de outra natureza (civil ou administrativa), em verdade o que se observa é a tentativa de retirar o rótulo daquilo que, em verdade, é materialmente crime.

Um exemplo pode facilitar o entendimento do que se deseja criticar. A sanção de multa aparece em todas as modalidades de sanção jurídica: (a) multa civil, (b) multa administrativa e (c) multa penal. Cada uma dessas modalidades de multa tem características próprias. Para este argumento, importaria principalmente observar: (a) o efeito reparador de dano da multa civil, em que o limite da sanção é o limite do dano; (b) o valor fixo nas multas administrativas, referindo-se à reprovação e prevenção de uma *conduta que por si é proibida*¹¹⁷; (c) o valor relacionado às condições pessoais do agente na multa penal, na forma do artigo 49 do Código Penal, porque a multa penal se refere ao juízo de *reprovação da culpabilidade* do apenado com referência ao fato criminoso praticado. Em todas as multas será possível observar reparação, retribuição e prevenção, a depender do ponto de vista de quem analisa. Contudo, é justamente o limite do valor e a forma como ele é calculado que diferencia, juridicamente, as multas cíveis, administrativas e penais. Há, portanto, uma diferença material.

A partir disso, se a consequência para um ato prevê aquela forma de multa penal, vinculada às características particulares do agente, então o ato só pode ser sancionado se preencher aqueles requisitos do que se entende por crime: injusto *penal* mais culpabilidade. Não poderia se referir, portanto, a uma conduta proibida por si visando a regulação de certa atividade ou à mera reparação de um dano, ambas podendo ser apuradas até mesmo por meio de responsabilidade objetiva, algo inaceitável em termos penais. Se há sanção penal, deve haver adequação semelhante de todos

¹¹⁷ Na esfera da teoria do delito, Juarez Tavares se dedicou à análise do crime culposo. Diferenciando-o de uma réles proibição de conduta perigosa, terminou por diferenciar a tutela penal de um crime de perigo abstrato ou de um delito culposo daquela tutela de condutas perigosas do direito administrativo, a ver: “conduta perigosa, por si mesma, não pode ser objeto de referência de uma norma proibitiva ou mandamental, senão na medida em que tenha ultrapassado os limites do risco autorizado. [...] Em princípio, uma conduta perigosa pode ser proibida pelo direito administrativo, no sentido de que só seja realizada cuidadosamente, ou até mesmo não seja realizada. Mas a sua imputação penal depende de que a essa conduta, assim caracterizada como descuidada, sejam agregadas outras condições de modo a estabelecer uma perfeita delimitação das zonas do lícito e do ilícito, o que se faz mediante o processo argumentativo, por exemplo, da noção de criação ou aumento do risco, tal como propõe Roxin”. In: TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3ª Edição, integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 245. Em síntese, o que se quer sustentar aqui é que, assim como para Juarez Tavares há no crime culposo uma “relação dialética entre os elementos da conduta derivados da prática social e sua referência obrigatória ao cuidado a que deve estar subordinada” (p. 247), na relação entre crime e pena esta mesma relação dialética se apresenta: o crime dá a pena, mas posteriormente a pena pode desvelar o crime que não é chamado de crime, em interação recíproca.

os conceitos embutidos na análise de um fato criminoso: das particularidades do injusto penal – por exemplo, a tipicidade taxativa de cada crime, distinta da tipicidade ampla do “dano causado”, consagrada pela responsabilidade civil – à consideração da culpabilidade penal (e suas funções de reprovação pessoal e garantia). Portanto, se o que se apura é pena, *deve* existir uma culpabilidade. Para o caso das pessoas jurídicas, havendo pena, há culpabilidade, ainda que distinta, construída para atender às suas realidades específicas.

Neste momento, alguns pressupostos deste trabalho se revelam. Inicialmente, parte-se da compreensão que a questão em análise se refere ao problema do movimento¹¹⁸ de um objeto de estudo (a pena) que tem como “sujeito” o direito penal: se inicialmente o crime criou a pena, no momento posterior a pena seria uma síntese submetida a nova relação dialética, na forma de nova hipótese (porque em movimento). No momento atual de movimento do objeto, o referencial do que seja pena é importante para apurar o crime que lhe dá causa, especialmente quando aquilo que *não* é chamado formalmente de crime, em verdade, é efetivamente crime. A consequência prática é a extensão das garantias penais quando do processamento por aquele “crime” que pode terminar com a aplicação da “pena”. Atualmente, principalmente em face da expansão do direito penal secundário, a pena pode desvelar o “crime que não é chamado de crime”, em interação recíproca, especificamente quando há a previsão de sanções de apurada natureza penal sem que haja, ao mesmo tempo, a extensão das garantias próprias do direito penal e processo penal em relação à apuração das condutas que ensejam as “penas”.

Portanto, o que importa aqui, a princípio, é explicitar que não basta dizer que uma responsabilidade é administrativa ou civil e por isso uma sanção não é pena. O movimento contrário também deve se concretizar: é preciso comprovar que a sanção não é pena para que a responsabilidade possa não ser penal. Caso se apure ser caso de sanções com natureza jurídica penal, então a responsabilidade precisa seguir a estrutura da responsabilidade penal.

Em suma, o que justifica que alguém reclame as regras próprias da responsabilidade e do processo penal se não a própria gravidade da sanção, ou seja, a pena? Discutir o conceito de pena parece, portanto, necessário.

Muitos são os autores que criticam, mas raros são aqueles que expressamente conceituam a pena no Brasil. Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, somente

¹¹⁸ Em termos epistemológicos, Slavoj Žižek propõe método próprio, visando refutar o relativismo sem ficar preso ao dogmatismo. Desta forma, propõe que sujeito e objeto estão sempre em movimento (historicamente), razão pela qual não se obtém uma verdade pronta. Nesta relação de interação entre os dois, com ambos em movimento, a depender da posição do sujeito que observa o objeto, ele pode ver uma de suas faces, em fenômeno semelhante ao que se chama *paralaxe* na física. A consequência seria a de que a cada novo momento um sujeito enxerga um objeto em somente uma de suas faces, de forma limitada, ao mesmo tempo em que o próprio sujeito se vê modificado ao observar o objeto, concretizando relação dialética. Sobre o instrumental metodológico, ver: ŽIŽEK, Slavoj. **The parallax view**. Cambridge, Massachusetts, USA; London, England: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2006.

trata a pena como o “mal necessário”, com especial referência à pena de prisão¹¹⁹. Se há adesão implícita à pena como prevenção, falta conceituação que aqui seja útil.

Alguns se filiam a algum conceito de corrente jurídica específica, como é o caso de Juarez Cirino dos Santos e a teoria *materialista dialética* da pena com sua *retribuição equivalente*¹²⁰. Sua conceituação, contudo, é muito centrada na pena de prisão e por isso tem rendimento reduzido para este trabalho.

Contudo, há aqueles que se preocupam em fazer a conceituação. Partindo da relação entre a severidade da pena e a gravidade do crime, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹²¹ elaboram seu conceito de pena com vistas à regra de proporcionalidade, tão importante para a ordem constitucional brasileira. Para isso, valem-se da relação entre causa e consequência jurídica, apresentando crime e pena sob o mesmo código de gravidade. Para os Autores, “o sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social formal. A seu turno, a conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas existentes na sociedade”¹²².

Havendo então a relação entre os dois, a pena seria “a perda de um direito imposta pelo Estado em razão da prática de uma infração penal”¹²³. Observa-se o referencial à pena como consequência jurídica de um delito, pelo que se poderia atribuir ao conceito um caráter formal, porque não tem a intenção de acrescentar crítica (de *lege lata* ou *lege ferenda*) ao que o legislador coloca (ou não) como pena. O referencial

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 439 e ss.

¹²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Iuris, 2008. pp.474 e ss. Cabe ressaltar que Juarez Cirino se vale dos pressupostos de Pachukanis e a pena retributiva para atualizar a perspectiva teórica à luz das teorias preventivistas da pena. Algumas coisas, contudo, podem ser aqui elucidadas: (1) o termo *retribuição equivalente* utilizado por Juarez Cirino deriva de sua tradução, mas na obra aqui utilizada de Pachukanis, traduzida diretamente do russo, o termo utilizado foi *reparação equivalente*, razão pela qual em momentos anteriores foi esta a terminologia utilizada (cf.: PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. pp. 167 e ss.); (2) quando Cirino afirma que as funções não declaradas da pena são plenamente cumpridas, reconhece maior capacidade do que a pena de prisão realmente tem. Em verdade ela não cumpre sequer aquilo que se proporia a cumprir nas funções não declaradas. O grande ponto de rendimento desta teoria para este trabalho, a partir da leitura direta de Pachukanis, é que: (a) ainda que não cumpra suas funções, a pena de prisão se mantém porque é (i) sustentada por padrões ideológicos, (ii) tem referencial de materialidade na *reparação equivalente* (o que exige que ela exista ou seja substituída por outra forma que mantenha o mesmo referencial) e (iii) é a pena que o capitalismo contemporâneo reconhece, razão pela qual não se espera que ela seja superada dentro do atual sistema de produção e; (b) a análise histórica feita por Pachukanis desvenda o início da relação crime-pena, contudo, como já se expôs anteriormente, aqui se propõe a análise da relação crime-pena sob outra perspectiva metodológica, bem como se concede uma pequena margem de autonomia relativa ao direito, em perspectiva crítica distinta (cf.: BALBUS, Isaac D. *Commodity form and legal form: an essay on the relative autonomy of the Law*. In: **Law & Society Review** 11, 3 (Winter), pp.571-88, 1977; e THOMPSON, Edward Palmer. **Senhores e caçadores**: a origem da lei negra. (1924) Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987). Em síntese, não se nega importância à contribuição de Pachukanis, mas é necessário perceber que seus escritos têm mais de um século e que desde então muita coisa se modificou, além de que parte do que ele escreveu se mostrou insuficiente e outras partes já estão superadas.

¹²¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal** [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. pp. 325 e ss.

¹²² *Ibid.* p. 325.

¹²³ *Ibid.* p. 326.

de gravidade, contudo, é bastante interessante e norteador no momento de diferenciar as penas das demais sanções, ainda que necessite de mais elementos concretos para ser utilizado.

Outro Autor a conceituar pena é Fernando Galvão¹²⁴. O professor da UFMG vem a trazer o conceito inserido dentro de sua discussão acerca da legitimidade do Direito Penal. Sem envolver seu posicionamento acerca da legitimidade do direito penal na conceituação da pena, ele afirma que ela é “forma especial de coação jurídica da qual o Estado pode lançar mão, conforme se lhe apresente convincente, para o alcance de seus objetivos”¹²⁵.

Isso significa que o Estado estabeleceu, na esfera política e do exercício do poder, que a pena é a consequência jurídica do delito. Ela, contudo, não é uma simples consequência jurídica do crime, mas sim uma sanção gravosa que tem consequências na realidade do homem e do ambiente social no qual se insere, uma vez que “atinge o homem em sua totalidade, sua honra, seu patrimônio, sua liberdade e suas futuras oportunidades no seio social”¹²⁶. Observa-se do exposto que o conceito de pena de Fernando Galvão vai além da perda de um direito, mas considera também as consequências especialmente gravosas da pena que se manifestam na realidade social. O elemento mais importante se refere ao que ele entende por essência do que seja pena:

... a pena materializa o juízo de desvalor ético-social de caráter público que recai sobre o delinquente por haver cometido uma infração jurídica. No entanto, a resposta jurídico-penal ao crime não pode ser entendida nos parâmetros da causalidade naturalista, mas sim no contexto da planificação normativa que concebe a pena como um *dever-ser* que busca ser alcançado.¹²⁷

O conceito é importante porque incorpora a ideia de “desvalor ético-social de caráter público”. Ela pode ser importante para diferenciar a pena das demais sanções jurídicas (de natureza civil ou administrativa) na medida em que aponta não uma reparação ou regulação administrativa, mas sim a reprovação de natureza ético-social pública de determinada conduta. Aqui importará em essência a discussão no primeiro tópico do capítulo acerca de a pessoa jurídica ser pessoa moral.

Outro ponto importante é o referencial à necessidade de se conceber a pena como um *dever-ser* que busca ser alcançado. Isso se dá para incorporar a valoração jurídica da pena e não somente elementos ontológicos, pré-jurídicos, bem como para apontar que nem sempre ela atingirá fins declarados, mas deverá se nortear nesta direção.

O fato de apontar a gravidade real de uma pena e de apontar os pressupostos sob os quais a enxerga fazem do conceito de Fernando Galvão um conceito bastante elaborado. Unindo-o àquele supracitado de Gueiros e Japiassú, chega-se a um conceito ainda mais robusto. Essa diferenciação da pena em relação às demais sanções como o

¹²⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**. Parte Geral. 3.^a ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹²⁵ Ibid. p. 4.

¹²⁶ Ibid. p. 5.

¹²⁷ Ibid. p. 5.

“desvalor ético-social” aliado ao referencial de gravidade, dependerá de algo mais para operacionalizar a diferença entre penas e outras sanções.

Buscando alternativas neste sentido, chega-se a mais um conceito. No Brasil, é famosa a conceituação de Zaffaroni com Nilo Batista, Alagia e Slokar¹²⁸, para quem a pena seria, com base em referências ônticas, “*uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes*”¹²⁹. O conceito, tido como material ou negativo, é fruto de construção derivada da estrutura conceitual desenvolvida por Zaffaroni, bastante rígida na distinção entre poder punitivo e direito penal, entre estado constitucional de direito e estado de polícia, baseando-se no referencial foucaultiano de controle pelo poder punitivo, que por sua vez desemboca no controle dos corpos pela pena de prisão. Apesar de construção importante por seu uso como crítica ao poder punitivo e de um conceito de pena bastante abrangente, o referencial teórico não permite evoluir muito na revisão dos institutos, na forma aqui pretendida, sem que se deturpe completamente seus pressupostos filosóficos.

Por outro lado, o conceito de Zaffaroni e Nilo Batista pode ser bastante útil quando se tem em consideração que ele fornece um caminho (em termos metodológicos) confiável: é possível conceituar o que é pena a partir do uso de dialética, afirmando (positivo) que ela é uma sanção jurídica (coerção que impõe privação de direitos ou dor) que se distingue/diferencia das demais (negativo) porque não é uma sanção civil ou administrativa, nem é medida de segurança. Partindo desta construção dialética, chega-se ao passo final de apontar referenciais concretos de penas.

Finalmente, para adicionar “algo a mais”, a já exposta leitura dos autores espanhóis pode ser utilizada para auxiliar a atingir o resultado pretendido. Ela destrincha os elementos acima expostos e o aparato conceitual como um todo permite estabelecer consequências de *lege lata* ou *lege ferenda* para a aplicação do direito quando se apure algo que é na realidade uma pena, ainda que não chamada assim, ou, no caso contrário, de algo que é chamado de pena, mas em verdade seria outra sanção como, por exemplo, uma medida de segurança.

Reunindo todo o acima apurado, percebe-se que conceituar a pena da pessoa jurídica depende necessariamente do uso de acomodação metodológica. A princípio, o uso do método dialético é o que permite apurar tanto a importância do crime para a pena e vice-versa quanto as feições positiva (infração de dor ou perda de direito) e negativa (não é sanção civil e administrativa) do mesmo objeto (a pena). Por outro lado, assim que se chega a esse estágio, somente a indução dos conceitos a partir dos exemplos práticos é que permite apurar os vetores positivos e negativos da pena, por isso havendo a necessidade de acomodação dos métodos.

Dito isso, torna-se então importante analisar os exemplos de pena para fazer a divisão. Passa-se, a seguir, a especificar os elementos do que se apura por pena à luz daquilo que a legislação brasileira prevê como pena (semelhante ao que fizeram os

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹²⁹ *Ibid.* p. 99.

espanhóis ao longo dos anos, à luz da sua regulação sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas). Uma vez que a discussão se dará nestes termos, será adotada como referência a única lei que de fato delimita penas para as pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei 9.605/98, especificamente nos arts. 21 a 24.

Pois bem, dentre as sanções aí previstas como penas, é possível apurar que todas são, de fato, consequência jurídica de fato desaprovado juridicamente como crime. As sanções igualmente têm previsão legal, submetendo-se ao princípio da legalidade inclusive em relação à retroatividade, pelo que não se apura qualquer inconstitucionalidade. Ainda que esta afirmação seja questionada por alguns¹³⁰, no momento de discussão da Lei 9.605/98 se detalhará o porquê de não ser o caso. Restaria, enfim, discutir se são pena à luz da reprovação ético-social e da distinção feita pelos autores espanhóis.

Finalmente, as sanções que podem ser impostas às pessoas jurídicas podem ser citadas como presentes na lei de crimes ambientais: multas (art. 21); prestação de serviços à comunidade (que se divide em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; e IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas) (art. 23); a proibição de contratar com o setor público ou obter subsídios, subvenções ou doações (art. 22, III); paralização das atividades (suspensão parcial ou total) (art. 22, I); fechamento temporário (interdição temporária em atividade, obra ou estabelecimento) (art. 22, II); dissolução da empresa (liquidação forçada) (art. 24).

Ainda, outras penas possíveis e não previstas pela lei ambiental são: publicação da sentença¹³¹ – inclusive em veículos de massa – com as custas pagas pela condenada; e intervenção judicial para garantir mudanças no interior da empresa, intervenção para garantir mudanças estruturais e “curatela da empresa” (ordem judicial de administração forçosa) para evitar prejudicar terceiros inocentes (acionistas, credores, trabalhadores etc.). Estas três últimas seriam, em ordem crescente de gravidade, medidas de vigilância ou controle judicial que visam evitar a continuação do estado de periculosidade da empresa. Ainda, cabe também enfatizar a necessidade de introdução, ao lado das sanções, de medidas preventivas para evitar a reincidência, na esfera processual ou mesmo na regulação das consequências jurídicas.¹³²

Todas são medidas que visam cumprir os objetivos declarados da pena, mas muitas dessas sanções são aplicadas nas esferas administrativa e cível. Por isso, restaria entender se o erro está em chamar tais sanções de penas ou de poder impô-las a pessoas jurídicas sem as garantias penais, dentro do processo civil ou administrativo.

¹³⁰ Em especial: SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Iuris, 2008. pp.445 e ss.

¹³¹ Esta não é pena estipulada pela L. 9.605/98, mas resolvemos citar a possibilidade de tal sanção em razão da discussão e proposição feitas em SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11.

¹³² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010. pp. 198-199.

Para responder a este problema, é preciso ter em conta que a proposição a partir do conceito de pena chegou à elaboração de um conceito de pena que: (I) é a sanção mais grave, proporcional ao crime como conduta mais grave; (II) é reprovação ético-social; (III) é aplicável mesmo quando não há necessidade de prevenção especial e; (IV) se constrói (negativamente, em termos dialéticos) a partir da sua diferenciação daquilo que também é sanção, mas não é pena (reparação civil e regulação administrativa). Chega-se, enfim, à missão de apurar se as sanções são (a) reparação (característica das sanções civis), (b) exercício da regulação próprio de atos de poder de polícia (característica das sanções administrativas) ou (c) medida de controle de perigos (medida de segurança). Em caso negativo, pode ser pena.

No caso da (a) reparação, ela se referiria a reparar um dano ou restituir a culpa. Uma vez que a lei é clara no sentido de que as penas não excluem a reparação do dano e a indenização civil (restituir culpa) (neste sentido os artigos 2º, 12, 17, 19 e 20), é possível interpretar, por exclusão, que as penas não sejam isso. A reparação do dano é material e a restituição da culpa, igualmente, seria uma remuneração no limite do dano causado. A multa penal, que é a prevista para pessoas jurídicas, tem natureza completamente diferente.

No que se refere à diferenciação quanto às (b) sanções administrativas, esta discussão é, por certo, mais difícil. Isso porque, quando as sanções visam adequar a pessoa jurídica à atividade lícita, a proximidade com o exercício da regulação próprio dos atos administrativos, de poder de polícia, é maior que no caso de uma prisão. A diferenciação principal tem se centrado no fato de que sanções administrativas visam deter a lesão em curso, enquanto uma pena exige o processamento e a justificativa para ser imposta mesmo que não exista mais o perigo.

Essa discussão se aproxima, mas se complica ainda mais, quando o tema é a diferenciação entre pena e (c) medida de segurança. Inclusive, é de se ter em conta que, em geral, as medidas de segurança aplicadas a pessoas jurídicas tomam a feição de sanções cíveis ou administrativas nas leis brasileiras (em especial a Lei 12.846/13), mas em verdade se aproximam muito mais de uma verdadeira pena. Em face do exposto, mais uma vez será importante a anteriormente exposta contribuição de Silva Sánchez. Para o penalista espanhol, se a pena para pessoa jurídica é autêntica pena, exigirá a apuração de uma culpabilidade dela. Por outro lado, se a pena não é uma pena autêntica, então não haveria a necessidade de apurar a culpabilidade¹³³. Ou seja: o caminho parte da pena, enquanto realidade material, para depois discutir a culpabilidade (construção jurídica) a partir dela.

A conclusão disso é: em relação às pessoas jurídicas, aquilo que é pena para Silva Sánchez exigiria a construção de um critério de culpabilidade. Já o que é medida de segurança, para Silva Sánchez, não é pena, razão pela qual não exige a construção

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 34.

de um critério de culpabilidade. Por outro lado, ainda é medida que exige a intervenção judicial penal na sua aplicação e, conseqüentemente, estende as garantias¹³⁴ penais (e processuais penais) para qualquer imposição de medida, incluindo a construção de um critério de periculosidade próprio das pessoas jurídicas.

Trazendo a discussão para a esfera das conseqüências práticas, para Silva Sánchez, a maioria das “penas” aplicáveis às pessoas jurídicas *não são penas, mas sim medidas de segurança*. Isso porque as penas não poderiam deixar de se impor ainda quando não houvesse necessidade preventivo-especial. Enquanto isso, admite-se a possibilidade da não imposição de ditas penas fundamentada na ausência de periculosidade.¹³⁵ As repercussões práticas de aplicação de pena e sua relação com a existência de um programa de *compliance* já foram detalhadas no tópico destinado à análise do ordenamento espanhol.

Por ora, importa que daqui se extrai, enfim, o critério para se apurar a natureza penal de uma sanção para Silva Sánchez: se a medida se impõe ainda quando não há necessidade preventivo especial, é pena; se não se impõe, não é.

Partindo deste pressuposto do Autor, por outro lado, sua conclusão sobre as penas não serem penas, mas sim medidas de segurança, é aqui parcialmente criticada porque a conceituação de Silva Sánchez é bastante condicionada ao direito espanhol. Observando desde um paradigma da discussão não vinculada ao conceito de “conseqüências acessórias”, não é possível esconder que a publicação da sentença às custas da apenada, a multa penal no sistema de dias-multa e valoração da capacidade econômica do agente, bem como o financiamento da prestação de serviços à comunidade expondo a empresa são medidas com carga valorativa: são medidas que se impõem mesmo que não haja necessidade preventivo-especial, inclusive porque se inserem na lógica de empresa, aquela lógica econômica de mercado¹³⁶.

O mesmo se poderia dizer, ainda, dos casos em que há a proibição para contratar com o setor público ou obter benefícios, ajudas ou incentivos, principalmente em relação aos crimes contra a administração pública, desde que a proibição seja por tempo determinado (que é o caso da lei ambiental). Mesmo que a empresa comprove estar saneada, é sanção que se impõe como reprovação e, ainda, funciona como prevenção geral na lógica econômica do prejuízo para o funcionamento e da perda de reputação.

No tocante a esta matéria, é de se ter em conta todo o já afirmado acerca da possibilidade de reconhecimento de escolha racional para as empresas. É justamente a aplicação das sanções, mesmo quando a empresa não é considerada perigosa, que faz com que as demais identifiquem a existência da regulação e saibam que, em última instância, a responsabilidade penal da pessoa jurídica será aplicada. O temor da apli-

¹³⁴ Note-se que para o caso de se entender se tratar de medidas de segurança, a exigência das garantias aqui defendida é semelhante àquela proposta por Bajo Fernández. Cf. nota 113 deste capítulo.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit., nota 133, pp. 32-33.

¹³⁶ Neste sentido, Fernando Galvão: ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p.14.

ção da sanção mais grave (conforme a culpabilidade, ou seja, conforme a organização da empresa) é o que se espera que se torne o incentivo para que as empresas adotem padrões de organização de prevenção contra delitos.

Nestes casos, em se tratando de verdadeiras penas, para se impor qualquer dessas medidas seria necessário apurar anteriormente tudo que se exige para a aplicação de pena no Direito Penal, incluindo uma verdadeira “culpabilidade de empresa”. Isso se daria de forma independente do ramo jurídico que o legislador diz se tratar essa tutela, visando respeitar o princípio constitucional da culpabilidade, que também se estenderia às pessoas jurídicas, enfim reconhecidas como destinatárias da responsabilidade penal pela mesma Constituição da República¹³⁷. Este critério de culpabilidade, como se detalhará adiante, dependeria da capacidade e realização de auto-organização da empresa contra os delitos, ou seja, da implementação de cultura de prevenção e do afastamento da irresponsabilidade organizada.

Já para os demais casos de sanções, quais sejam: paralização das atividades; fechamento temporário; dissolução da empresa; intervenção judicial para garantir mudanças no interior da empresa, intervenção para garantir mudanças estruturais e “curatela da empresa” (ordem judicial de administração forçosa) para evitar prejudicar terceiros inocentes (acionistas, credores, trabalhadores etc.); vê-se que são medidas direcionadas única e exclusivamente para a adequação e saneamento da empresa, pelo que só se impõem por razões preventivo-especiais. Neste ponto, assiste razão ao supracitado posicionamento de Silva Sánchez de que essas sanções seriam medidas de segurança.

Em se considerando que elas são medidas de segurança, são aplicáveis a pessoas jurídicas “perigosas”, ou seja, que não têm culpabilidade, mas sim periculosidade. Assim, se por um lado assumir que é medida de segurança retira a exigência da culpabilidade, por outro, seria necessário apontar um critério “substitutivo” dela para que se justifique uma medida com finalidades político-criminais de prevenção especial em face da pessoa jurídica. Neste caso, o critério só pode ser justamente o de periculosidade. A responsabilidade não se furta, ainda, do dever de apontar um injusto penal próprio da empresa e os critérios de sua periculosidade.

A questão que se coloca a seguir é que mesmo o critério de periculosidade da empresa precisa ser bem detalhado de modo a não gerar intervenções ilegítimas. Essa preocupação dialoga com a crítica deste trabalho acerca das sanções impostas a empresas.

Por estas razões, é também preciso propor um critério próprio de periculosidade de empresa. Este conceito parte, inicialmente, de dois entroncamentos distintos: (1) é perigosa a empresa que, podendo, não se organiza para evitar delitos (fonte de perigos); (2) é perigosa a empresa que não tem complexidade suficiente para se organizar para evitar delitos (não tem capacidade para ser culpável, semelhante aos penalmente incapazes).

¹³⁷ Por isso a previsão constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica teria dupla função: não só impor que o legislador infraconstitucional efetive a criminalização, mas também proibi-lo de impor penas sem pedir a respectiva culpabilidade, ou seja, prever um modelo de imputação específico das pessoas morais.

O primeiro entroncamento de periculosidade (1) é aquele que o direito espanhol já lida de forma satisfatória: a empresa que poderia se organizar para evitar delitos por meio da implementação de programas de *compliance* e simplesmente não o faz é uma empresa perigosa (e não culpável). Somente esta empresa perigosa pode receber toda a sucessão de medidas de segurança previstas em lei, sem excluir a aplicação de multa (ainda que sem o caráter penal, mas sendo possível até a aplicação de valor taxativo alto). Caso esta empresa implemente o programa de *compliance* antes da audiência de instrução, deixa de ser perigosa e passa a ser culpável, sendo aplicáveis a ela as sanções penais, atenuadas pelo fato de ela ter colaborado.

Em um comparativo, a empresa que pode se organizar contra delitos e tem uma estrutura mínima de prevenção (mesmo que não na forma de programa de *compliance*) é uma empresa culpável. Contra esta empresa *não* é possível impor as medidas de segurança, mas somente as sanções penais. A medida da sanção, contudo, é a medida da culpabilidade, ou seja, quanto a organização era falha.

Esta solução do direito espanhol é simples, objetiva, funcional e perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, pensando-se, inclusive, no caso da Lei 9.605/98, com todas as limitações atuais de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Especialmente quanto à ausência de garantias para as empresas dentro de processos penais por crimes ambientais, a adoção de tais padrões de aplicação poderia significar importante ganho em termos de defesa corporativa e incentivo regulatório à adesão de práticas de prevenção contra delitos (e programas de *compliance*).

Por ora, importa analisar ainda o segundo entroncamento de periculosidade de empresa: (2) é perigosa a empresa que não tem complexidade suficiente para se organizar para evitar delitos (não tem capacidade para ser culpável, semelhante aos penalmente incapazes. Em geral, este critério de periculosidade é tratado somente com a abstrata consideração de que se refere a empresas pequenas, nas quais a supervisão direta é a melhor forma de prevenção.

Buscando maior precisão do conceito e a proposição de soluções adequadas, parte-se da consideração da capacidade de culpabilidade para diferenciá-la da incapacidade. Neste sentido, desde o início deste trabalho, tem-se dado ênfase à capacidade das estruturas corporativas de criar cultura interna e influenciar os comportamentos dos agentes individuais (por meio da gestão). É justamente esta capacidade que está na essência da razão para se criminalizar uma prática criminosa na esfera de uma pessoa jurídica. Desde esta perspectiva, a empresa que tem essa capacidade (de criar cultura interna e influenciar os comportamentos dos agentes individuais), tem a capacidade de culpabilidade (e responsabilidade penal), aquela que não tem essa capacidade não pode ser sancionada com pena.

Assim, aquilo que torna a supervisão direta a única forma de prevenção de crimes não é somente o referencial do tamanho da empresa (que pode variar conforme a área de atuação e seria arbitrário impor um critério abstrato prévio, deslocado das realidades concretas das empresas), mas sim a capacidade que sua estrutura tem de criar cultura interna e influenciar os comportamentos dos agentes individuais. Em resumo, a culpabilidade exigirá certo grau de influência nos comportamentos dos

agentes individuais atuando em nome da empresa (gerencialismo/gestão) que não será exigido nas empresas punidas somente pela periculosidade (a distinção entre existir ou não a capacidade de culpabilidade)¹³⁸.

A capacidade de culpabilidade se referiria, então, ao (I) tamanho da empresa, que precisa ser grande, e (II) à sua estruturação em torno de um modelo de gestão que direciona os comportamentos de seus empregados.

Em termos de sanções aplicáveis, é preciso ter em conta que a empresa (2) que não tem complexidade suficiente para se organizar para evitar delitos não pode ser sancionada de forma semelhante à empresa (1) que, podendo, não se organiza para evitar delitos (fonte de perigos). Isso porque, enquanto a empresa (1) pode implementar estrutura preventiva e se tornar culpável antes da sentença, evitando as sanções inocuizadoras, para elas ainda são cumuladas as diversas sanções até que ela se torne apta à atividade produtiva dentro de riscos juridicamente aceitáveis. Se a mesma solução é aplicada à empresa (2), ela simplesmente se torna economicamente inviável. Para as empresas que não têm condições de se organizarem contra delitos sem que seja por meio da supervisão direta, caberá ao Estado, no momento da aplicação das medidas de segurança, aplicar aquelas que *qualifiquem* as empresas que não têm capacidade de culpabilidade, de modo que possam atingir o padrão negocial desejado, distante do cometimento de crimes e próximo da integridade.

Em resumo, tudo isso quer dizer que, no caso de empresas perigosas, será observada a existência de um injusto e a falta de auto-organização contra delitos. Já no caso de empresa culpável, apesar da existência do injusto, ela será dotada de estrutura de prevenção contra crimes. O déficit de organização desta estrutura é justamente o que comporá a avaliação de sua culpabilidade. Dentre os diferentes tipos de empresas perigosas, há aquelas que têm capacidade de culpabilidade e aquelas que não têm. Aquelas que têm são dotadas de modelo de gestão que é efetivamente capaz de influenciar no comportamento dos indivíduos, nos moldes do exposto no primeiro capítulo deste trabalho, algo que não aparece nas empresas que não têm capacidade penal.

Em termos de sanções, em apertada síntese, enquanto a empresa culpável só poderá receber aquelas sanções acima elencadas como verdadeiras penas, a empresa perigosa com capacidade de culpabilidade poderá cumular as diversas sanções previstas, enquanto a empresa perigosa sem capacidade de culpabilidade só deve receber sanções que sejam medidas de segurança que as *qualifiquem*, de modo que possam atingir o padrão negocial desejado e não reiterem a prática de crimes.

Finalmente, após todo o exposto e em respeito ao conceito de pena, somente faltaria apontar se há ou não a reprovação ético-social da empresa com a aplicação das penas. Quanto ao tema, para Fernando Galvão, a reprovação ético-social não só

¹³⁸ Note-se que esta ideia não é nada nova. Desde 2005 em Espanha, Carlos Gómez-Jara Díez já postulava, de *lege ferenda*, a existência de um direito penal de empresas de via dupla: um para as empresas perigosas e outro para as empresas culpáveis, sendo que para cada grupo se exigiria respectivamente periculosidade e culpabilidade e as penas aplicadas seriam diferentes, conforme a natureza da empresa punida: penas para as culpáveis e medidas de segurança para as perigosas. Sobre isso, ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit., nota 9, p. 74.

existiria, mas sim seria, em verdade, o motivo pelo qual alguns penalistas defendem a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Neste sentido, afirma o Autor:

Por outro lado, a sanção de natureza penal oferece um contra estímulo muito mais eficiente na proteção do meio ambiente, justamente por trabalhar em harmonia com a lógica do mercado capitalista. A pena criminal possui efeito estigmatizante que, para a pessoa física, sempre foi considerado um ponto negativo. A pessoa física tem maiores dificuldades para a reinserção social após receber a marcação oficial de criminoso. No caso da pessoa jurídica, a marca da responsabilidade criminal dificulta os negócios da pessoa jurídica e, na defesa de seus interesses econômicos, os dirigentes da pessoa jurídica são estimulados a evitar o processo penal. Na lógica do mercado, a certificação de qualidade ambiental do ISO 14.001 abre caminho para bons negócios. Já a denúncia criminal possui efeito contrário, descredencia e, em alguns casos, inviabiliza a transação comercial com a pessoa jurídica considerada responsável por dano ambiental. O tempo se encarregará de mostrar que a opção pela responsabilização criminal da pessoa jurídica desenvolve estratégia muito eficiente na preservação do meio ambiente, em especial, porque trabalha intervindo na lógica capitalista do lucro.¹³⁹

Veja-se que o professor da UFMG é crítico ao cárcere, conforme se apura em seu Manual de Direito Penal¹⁴⁰, mas apresenta a defesa da responsabilidade penal da pessoa jurídica com base nos efeitos positivos que a pena e seu estigma podem ter para empresas. Vale-se, enfim, de apropriação crítica da questão, na medida em que a sanção de empresas pode diminuir a existência de responsabilidades individuais indevidas (bodes expiatórios) e é medida de política criminal considerada por ele muito mais eficiente.

Corroborando com este pensamento, o português Germano Marques da Silva pede que seja considerada a diferença de natureza do direito penal e dos demais ramos jurídicos. Aponta que “a responsabilização penal não se identifica absolutamente com a dos demais ramos do direito, nomeadamente pela censura social que a responsabilidade penal representa ainda e consequentes efeitos em termos de prevenção geral e especial”¹⁴¹. O toque observado sobre a reprovação ético social pública é algo que o Autor leva em todo seu trabalho defensor da responsabilidade de empresas no direito português.

Ainda, para Tiedemann,

... as medidas de Direito Civil aparecem neste momento demasiado débeis como para combater verdadeiramente a criminalidade, sobretudo a criminalidade profissional: O Direito Civil encontra seu lugar legítimo e sua função própria no caso

¹³⁹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p.14.

¹⁴⁰ Id. **Direito Penal**. Parte Geral. 3.ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 6 e ss.

¹⁴¹ SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009. pp.117-118.

de acidentes e de negligência onde a simples reparação do dano pode ser suficiente e jogar um papel eficaz de prevenção (tradução nossa)¹⁴²

Já as sanções administrativas careceriam da reprovação ético-social que somente o direito penal atinge para o caso dos crimes.¹⁴³ A ausência da sanção penal de restrição de liberdade não significaria menos eficiência, mas sim, em verdade, provavelmente o inverso.

Finalmente, considerando que foi plenamente apurado que as penas (I) são as sanções mais graves, proporcionais ao crime como conduta mais grave; (II) são reprovação ético-social; (III) são aplicáveis mesmo quando não há necessidade de prevenção especial e; (IV) se diferenciam daquilo que também é sanção, mas não é pena (reparação civil e regulação administrativa), então não há razão pela qual não se estender às empresas as garantias penais e processuais penais a que fazem direito sempre que observável regulação e sanções semelhantes (especificamente o caso da Lei Anticorrupção de Empresas – Lei 12.846/2013). A abordagem protetiva, enfim, justificar-se-ia porque:

Contra a opção política de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, argumenta-se que as sanções aplicáveis são iguais às de natureza administrativa, não sendo necessário à utilização do sistema repressivo penal. No entanto, a escolha pelo Direito Penal é francamente mais favorável aos interesses da defesa. O sistema penal oferece muitas oportunidades para o exercício do contraditório e da defesa, sendo que a aplicação da pena somente se dá após a decisão condenatória. Não se pode comparar o processo administrativo ao processo penal, em termos de cuidados para evitar-se a aplicação precipitada da sanção. Aplicar uma sanção penal é muito mais difícil do que aplicar uma sanção administrativa. Veja-se o caso da liquidação forçada da pessoa jurídica. A opção pela utilização do Direito Penal garante que a medida drástica não se dará de maneira precipitada.¹⁴⁴

Apesar do acima exposto, há consciência de que aqueles que entendem não ser possível existir culpabilidade e pena de empresa ressaltarão que esses seriam casos em que o legislador declarou ser pena algo que na verdade não é. Desta forma, para os adeptos desta corrente, ainda não seria possível falar em crime e responsabilidade penal. Contudo, ao se apurar a existência de sanções tão gravosas para as pessoas jurídicas como as acima expostas, os elementos de garantia do direito penal podem e devem se estender a elas. Este tipo de raciocínio, inclusive, não é novidade, visto

¹⁴² O texto em língua estrangeira é: “medidas de Derecho Civil aparecen en este momento demasiado débiles como para combatir verdaderamente la criminalidad, sobre todo la criminalidad profesional: El Derecho Civil encuentra su lugar legítimo y su función propia en el caso de accidentes y de negligencia donde la simple reparación del daño puede ser suficiente y jugar un papel eficaz de prevención”. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v.11, jul./set., 1995, pp. 25-26.

¹⁴³ Neste sentido é a solução proposta por Abanto Vázquez em: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132.

¹⁴⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p.13.

que é o que acontece no direito concorrencial da União Europeia¹⁴⁵ com suas sanções administrativas.

Enfim, a aversão relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica é muito bem resumida pela valiosa crítica de Jean Pierre Matus Acuña, que diz que:

... a discussão não passa em muitos momentos de ser puramente semântica, pois os autores que refutam a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, por “razões dogmáticas”, não refutam que as pessoas jurídicas “respondam”

¹⁴⁵ A discussão sobre a questão vem feita no Manual de Direito Penal Econômico do alemão Klaus Tiedemann, a ver: TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 183-192. Em síntese, o autor traz as principais discussões acerca do direito penal econômico na esfera da União Europeia. Como entusiasta da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o Autor discute o tema há anos e não deixou de abordá-lo no manual. De acordo com ele, segundo a opinião dominante não há um autêntico *ius puniendi* na União Europeia em função da falta de delegação de faculdades por parte dos Estados membros. Apesar disso, poderá haver influência no direito penal econômico nacional por meio de convênios internacionais, diretivas e decisões marcos da corte europeia. Todos estes instrumentos, contudo, precisariam ser transpostos ao direito interno pelo legislador penal nacional. Importante é, na outra mão, o conjunto de sanções administrativas previstos na proteção do direito econômico comum europeu. Estas sanções consistem, sobretudo, em multas, mas também em outras medidas numerosas como o aumento dos encargos, a privação de vantagens atuais ou futuras (por exemplo, o bloqueio de subvenções), a perda de garantias e fianças, privação de autorizações e licenças, dentre outras. Não são poucas dentre estas sanções as que constituem, segundo o entendimento interno dos países, principalmente a Alemanha de Tiedemann, medidas puramente administrativas, mesmo que estejam vinculadas a infrações prévias. O Autor inclusive questiona, entendendo como duvidoso o fato de que, pelo regulamento, a perda de fiança não se constituiria como uma sanção punitiva. Para ele, então, de modo a entender as sanções da União Europeia, importa que se observe a recente exigência de culpabilidade para aplicá-las. Isso teria levado à consequência de que as sanções administrativas se aproximassem das multas penais. Tiedemann ainda vem a desenvolver a reflexão. Expõe que há certo consenso sobre o caráter punitivo de algumas das sanções. Elas formariam parte do chamado “Direito penal em sentido amplo” (por exemplo, o da Convenção sobre Direitos Humanos), e por isso a imposição delas se submete aos princípios penais, desde a apuração da conduta. Somente segue sendo polêmica a incorporação dessas disposições pelo direito alemão, que não aceita a responsabilidade penal de empresas. Discute-se se as multas sancionadoras equivaleriam à da lei alemã sobre contravenções ou se deveriam ser vistas como sanções *sui generis*. Esta submissão das sanções aos princípios penais traz resultados bastante claros. O primeiro (1) diz respeito ao princípio da *legalidade*, reconhecido pelo Direito europeu e que proíbe a retroatividade. Sua relevância e discussão a partir destes pressupostos apareceu no caso “Fedesa” (crime de 13/11/1990), quando o Tribunal declarou excepcionalmente admissível a retroatividade de regulações extrapenais, apesar do destaque expresso de que isto não poderia reger para sanções com características punitivas. O segundo (2) se refere ao princípio da *culpabilidade*. Diferentemente da legalidade, ele não é adotado amplamente pelos países da União Europeia na esfera do direito administrativo sancionador, mas, pelo contrário, quase desconhecido. Contudo, no caso “Thyssen”, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia deixou a entender que ele parte da exigência da culpabilidade. Ademais, também dentro do processo devem ser provados o dolo e a culpa, enquanto que no Direito penal administrativo clássico eram frequentes as presunções de culpa. Percebe-se com isso o afastamento de responsabilidades objetivas que o processo administrativo permite (como é o caso da Lei Anticorrupção no Brasil). Ainda, além de a exclusão de culpabilidade ser possível, há também a exclusão do injusto. Esta se dá por meio, inclusive, de excludentes de ilicitude que se adequam à realidade própria das pessoas jurídicas. Isso significa que é necessário especificar um injusto e uma culpabilidade da Pessoa Jurídica. Assim, discutindo o mais problemático dos institutos de Direito Penal para empresas, a culpabilidade, Tiedemann afirma: “Na comprovação da culpabilidade, que tradicionalmente se baseia também na imputação (da culpabilidade da pessoa natural frente à empresa), se pode reconhecer, na recente prática do Direito comunitário, uma clara tendência da Comissão pela admissão de uma própria culpabilidade da empresa, a qual, de maneira similar ao Direito civil, se orienta no parâmetro dos usos gerais. Resumindo, para Dannecker o modelo explicativo da Comissão e do Tribunal consistiria em uma culpabilidade organizativa da empresa: o desvalor de culpabilidade se refere à omissão de medidas preventivas necessárias para garantir um trabalho empresarial ordenado e não delitivo”. p. 192 (tradução nossa).

juridicamente nem a classe de sanções estabelecidas para ele, mas sim, unicamente, parece que se quer que não se denomine “responsabilidade penal”. (tradução nossa)¹⁴⁶

Após o enquadramento das sanções de pessoas jurídicas como penas, restaria estipular as consequências práticas deste enquadramento. Na esfera da teoria da pena, duas serão as consequências imediatas: (1) a estipulação de critérios de aplicação de pena e sua relação com os critérios de culpabilidade e periculosidade; e (2) a readequação do sistema de sanções com base no parâmetro de contenção e racionalização das punições.

Para a (1) estipulação de critérios de aplicação de pena, a regulação italiana, a chilena e as “*Sentencing Guidelines for Organizations*” da Federação estadunidense¹⁴⁷

¹⁴⁶ O texto em língua estrangeira é: “Con todo, la discusión no pasa en muchos momentos de ser puramente semántica, pues los autores que rechazan la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ‘razones dogmáticas’, no rechazan la de que las personas jurídicas ‘respondan’ jurídicamente ni la clase de sanciones establecidas para ello, sino, únicamente, parece que se quiere que no se denomine ‘responsabilidad penal’”. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho [artículos de revistas]. 2009. Publicado en: **Ius Et Praxis**, v.15 n.2, p. 294, no rodapé. Cabe aqui relembrar o posicionamento de Bajo Fernández, que não considera existir culpabilidade ou aplicação de pena a empresas, mas ainda assim acredita ser legítima a nomenclatura de “Direito penal de empresas” da mesma forma que se nomeia o “Direito penal juvenil”. Neste caso, mesmo para aqueles que discordam da existência de um verdadeiro direito penal em razão da ausência de culpabilidade, ainda assim poderia existir legitimidade na extensão das garantias do direito penal. Mesmo quando não se trate de penas e culpabilidade de fato, a gravidade da medida imposta impõe que, por razões garantistas, seja estendida às empresas a proteção que só os Estados democráticos poderiam proporcionar, principalmente no caso de sanções gravosas. Neste sentido ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.53. No Brasil há ampla aceitação sobre o termo “direito penal juvenil” e a construção de categorias que lhe são próprias como a “culpabilidade no Direito Penal juvenil”. Neste sentido, por exemplo: FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. Neste cenário, não haveria grandes objeções à adoção de posicionamentos como aquele supracitado de Bajo Fernández.

¹⁴⁷ Foi em função do aumento da criminalidade organizada, das infrações econômicas e dos acidentes trabalhistas, que se deu lugar, nos EUA, a um aumento da severidade das sanções às pessoas jurídicas. No entanto, como muitas vezes as pessoas jurídicas conseguem absorver o pagamento de multa, repassando custos para as mercadorias produzidas, a partir de 1991, com o *Federal Sentencing Guidelines*, em especial o capítulo referente às *Sentencing Guidelines for Corporations*, produziu-se uma mudança de orientação em termos de prevenção. Trata-se de incentivar a própria pessoa jurídica a prever mecanismos internos diretos para prevenir, descobrir ou denunciar os comportamentos perigosos, os chamados programas de *compliance*. Caso haja crime, a pena pecuniária será determinada conforme a culpabilidade da empresa. A penalidade será fixada com base nas precauções previstas por parte da pessoa jurídica antes do cometimento do delito, de forma que se valorizam as medidas preventivas tomadas internamente pela própria empresa. As “*Sentencing Guidelines for Organizations*” (1991, EUA) são critérios de aplicação de pena dados aos juízes (assim como as *Sentencing Guidelines* para os indivíduos) e são baseadas em uma série de estudos e experiências prévias sobre a natureza das empresas buscando proporcionalidade no momento da imposição das penas. Ainda em respeito à proporcionalidade, as *Guidelines* tomam em conta, para fixar a “multa base” aplicada à empresa critérios como: (a) qual é seu tipo empresarial, (b) sua solvência e (c) demais dados de relevância econômica. A lei se centra na ideia de reforçar ou incentivar a autorregulação através da coação pelas sanções. Por essa razão as empresas devem manter efetivos seus programas de *compliance* de modo a impedir a comissão de delitos. Se os programas são inexistentes ou insuficientes e há a produção de um crime, haverá punição. Na mesma linha, para manter a proporcionalidade, há um sistema que prevê “prêmios e castigos” (*carrot and stick*), funcionando com a prescrição de “agravantes” e “atenuantes”. As (1) agravantes seriam (1.1) o envolvimento ou a tolerância manifestada acerca do delito por parte do superior hierárquico, (1.2) o histórico criminal (reincidência) da empresa, (1.3) a obstrução à justiça na

são exemplos concretos da possibilidade que surge: fazer uma classificação das sanções “em função da finalidade que cada uma delas persiga: ‘reparadoras’ (intervenção da empresa para garantir a reparação, trabalho em benefício da comunidade, publicação da sentença), ‘preventivo-gerais’ (multa, curatela), ‘reabilitadoras’ (intervenção judicial para garantir mudanças no interior da empresa), ou ‘inocuidadoras’ (dissolução da empresa, paralização das atividades, intervenção para garantir mudanças estruturais)”¹⁴⁸.

Quanto à relação com os critérios de culpabilidade e periculosidade, o que se apura em resumo é justamente aquilo que já se apontou páginas atrás: enquanto a empresa culpável só poderá receber aquelas sanções elencadas como verdadeiras penas, a empresa perigosa com capacidade de culpabilidade poderá cumular as diversas sanções previstas, enquanto a empresa perigosa sem capacidade de culpabilidade só deve receber sanções que sejam medidas de segurança que as *qualifiquem*, de modo que possam atingir o padrão negocial desejado e não reiterem a prática de crimes. Estas proposições ficam mais palpáveis quando observadas à luz da classificação das sanções em função da finalidade que cada uma delas persiga.

No que se refere à (2) readequação do sistema de sanções com base no parâmetro de contenção e racionalização das punições, três categorias merecem especial atenção: (a) dissolução da empresa, (b) vigilância ou controle judicial e (c) publicação da sentença às custas da condenada.

A pena de (a) dissolução da empresa é alvo de várias críticas, as quais são reafirmadas aqui. Tal sanção se assemelharia a uma “pena de morte da empresa”, o que não se deseja por diversos motivos, tais como a preservação da empresa, em consonância com o que aduz a Constituição Federal (respeito à função social da propriedade, direito fundamental ao trabalho, busca pelo desenvolvimento econômico e todos os demais direitos que tutelam a manutenção da empresa direta ou indiretamente) e o ordenamento legal que visa proteger as empresas como a Lei de Recuperação e Falências (Lei 11.101/2005).

Assim deveria ser dada preferência legal para os outros meios possíveis, vedando a dissolução. Neste sentido compactua a doutrina nacional¹⁴⁹, falando contra

investigação, no processo e na execução; e as (2) atenuantes seriam (2.1) contar com programas éticos e de *compliance* efetivo, (2.2) a autodenúncia, (2.3) a cooperação e (2.4) a aceitação de responsabilidades. A despeito dos mais de vinte e cinco anos, poucas foram as sentenças baseadas nas *Guidelines*. Isto ocorre porque há pequena incidência de casos efetivamente julgados, o que ocorre em função do grande número de acordos de leniência celebrados nos EUA, uma vez que é justamente esta a intenção da acusação estadunidense: forçar o acordo para que a multa seja paga e a empresa readequada, não necessariamente a punição do agente econômico, assim adequando a previsão legal e a prática à intenção preventiva de *compliance*. Sobre as *Guidelines* em detalhes, ver: MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations**: Op. Cit., nota 79, p.697-719.

¹⁴⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p.199.

¹⁴⁹ Neste sentido, SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11; e PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação: 2. ed. revisada, atualizada e amplificada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

dissolução da empresa e, em sua substituição, a favor da “vigilância ou controle judicial” (que na França, por exemplo, chama-se “*surveillance judiciaire*” e dura, no mínimo, cinco anos), sanção não prevista na lei ambiental.

Já a (b) vigilância ou controle judicial, proposta de *lege ferenda* acima mencionada, caso fosse aceita pelo legislador, mereceria atenção por um motivo relevante para este trabalho: em caso de ordem judicial de intervenção, para garantir sua finalidade de organizar a empresa e evitar novos delitos, o administrador judicial necessitaria, obrigatoriamente, aperfeiçoar o já existente ou instituir um novo programa de *compliance* na empresa como forma de garantia de tomada de medidas preventivas para evitar futuras infrações, sendo esta a medida mais importante a ser tomada em caso de intervenção por ilícito penal. Se o administrador judicial deve ser escolhido em função de critérios técnicos, o administrador nesses casos deveria, em tese, apresentar especialidade na área de *compliance* e direito penal empresarial.

Por fim, quanto à (c) publicação da sentença às custas da condenada, esta é pena igualmente não prevista na legislação, mas defendida por razões de efetividade ao jogar com a lógica da reputação de mercado das empresas. Neste sentido se manifestam, na doutrina nacional, Fernando Galvão¹⁵⁰ e Sérgio Salomão Shecaira¹⁵¹. Ainda, mesmo um opositor da responsabilidade penal da pessoa jurídica como Luiz Regis Prado¹⁵² lembra da pena de publicação de sentença a expensas da condenada que não era prevista na Lei 9.605/98. Nesta espécie de pena, a empresa arca com os custos da publicação de sentença que a tenha condenado penalmente, podendo ela ser feita inclusive com difusão para imprensa escrita e audiovisual. Trata-se de interessante meio de apenar pessoas jurídicas, que trabalha com a imagem das empresas frente aos *stakeholders*. Apesar das polêmicas sobre se ela é ou não uma sanção de vergonha pública, que seria vedada para as pessoas físicas por atentar contra a dignidade da pessoa humana; e sobre ela não estar prevista constitucionalmente, a princípio não parece ser impossível sua implementação. Isso porque ações semelhantes já são vistas na aplicação da Lei 12.846/13, as soluções alternativas de conflito (inclusive a justiça penal colaborativa) já preveem que o sujeito assuma publicamente a culpa por atos praticados, as sentenças em geral já são de domínio público (a publicidade das decisões é previsão constitucional) e não há impeditivo constitucional de práticas como as ora expostas, que se diferenciam sensivelmente das condutas vedadas que realmente promovem a vergonha pública, tais como os espetáculos em que amarram criminosos em postes, promovem sessões de chibatadas, ou mesmo execução ou apedrejamento público. A publicação da sentença às expensas da condenada somente faz parte do arsenal jurídico que visa promover a pacificação do conflito gerado.

Por fim, para não deixar escapar a discussão, tem-se que o enquadramento das sanções aplicadas a pessoas jurídicas como penas poderia gerar consequências na esfera da responsabilização.

¹⁵⁰ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. Op. cit., nota 54, p. 14.

¹⁵¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, passim.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149, p. 45.

A princípio, independentemente de se entender que há ou não culpabilidade de empresa, parece evidente que se aceita que ela tem responsabilidade (ou então não poderia ser responsável em nenhuma esfera do direito pelos crimes cometidos em seu interesse e esfera de atuação). Neste contexto, considerando que (I) a empresa tem responsabilidade e ela pode ou não ser responsável penal; e que (II) as sanções aplicadas são penas; então esta situação só pode gerar, pragmaticamente, duas respostas possíveis: ou (i) se entende existir culpabilidade de empresa e desenvolver este conceito se tornaria necessário; ou (ii) se entende não existir culpabilidade de empresa e se tornaria necessário desenvolver um critério próprio e novo de justificção da pena aplicada. Em ambos os casos, contudo, é necessário, no mínimo, desenvolver um conceito de periculosidade de empresa para justificar a imposição das medidas de segurança.

Uma vez que aqui se parte do pressuposto de que as sanções aplicadas a pessoas jurídicas são verdadeiras penas, passa-se a expor, a seguir, as considerações para a responsabilidade.

3.4 As repercussões da pena para a responsabilidade empresarial: não responsabilidade, heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade penal da empresa e os papéis de *compliance*

Finalmente adentrando a questão do delito da pessoa jurídica, importante tomar em conta que em outro momento já se tomou posição sobre injusto e culpabilidade de pessoa jurídica¹⁵³, mas aqui se apresentará a fundamentação de forma mais aprofundada.

A princípio, muito se discute acerca da capacidade de ação da pessoa jurídica ou da empresa. Desde o finalismo, por exemplo, uma ação penalmente relevante somente poderia ser uma ação final, com consciência, direcionamento e vontade, razão pela qual, para esta corrente, as pessoas jurídicas não poderiam cometer crimes, uma vez que elas não teriam vontade.¹⁵⁴ Portanto, desde essa perspectiva, sem ação, sem crime.

Ocorre que, desde a própria leitura do art. 13 do Código Penal e a previsão da responsabilidade por omissão (não só por ação), vê-se que o entendimento anterior é limitado. Especialmente para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, prevista constitucionalmente, o desenvolvimento dogmático pode e deve ir além.

Sobre isso já se falou anteriormente, com Sérgio Salomão Shecaira, que a pessoa jurídica “tem capacidade de querer e de agir, o que faz por meio de seus órgãos da

¹⁵³ De maneira geral: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de *criminal compliance***. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III), passim.

¹⁵⁴ Neste sentido, por exemplo, Patrícia Glioche: “Toda conduta humana busca uma finalidade e, neste sentido, o crime não poderá ser outra coisa senão uma conduta praticada pelo homem com suas características próprias, afastando-se, desde já, a possibilidade de a pessoa jurídica ser autora de crime”. In: BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. **Novas tendências do concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

mesma forma que o ser humano comanda com sua cabeça seus membros para executar ações” e por isso nada impede que “tais entes dirijam suas finalidades contra normas proibitivas da lei penal”¹⁵⁵. Some-se a isso a questão da omissão e o resultado a que se chega é que o que importa em termos penais é muito mais a *responsabilidade* do que a *ação* de uma empresa ou pessoa jurídica¹⁵⁶. Desta forma, passa-se a discutir, especificamente, os modelos de *responsabilidade de empresa*.

A *responsabilidade de empresa* pode se dar na forma de (1) irresponsabilidade penal direta, (2) heterorresponsabilidade penal da empresa ou (3) autorresponsabilidade penal da empresa. Importante ressaltar que esta é somente uma exposição inicial de cada um dos modelos, sem a pretensão de se esgotar qualquer um deles, mas somente de expor e demonstrar a relevância de *compliance* para cada um. Com isso, pretende-se fundamentar porque a utilização de uma determinada forma de responsabilidade de empresa em detrimento das outras ao longo do trabalho.

Adentrando os modelos, a (1) irresponsabilidade penal direta deixa a responsabilidade de uma empresa por ato ilícito tido como crime de fora da tutela do direito penal. Neste caso, a responsabilidade atribuída a um ente coletivo se situa nas esferas administrativa e civil somente. Na esfera da dogmática da teoria do delito, a principal objeção à responsabilidade penal de empresas é a ausência de culpabilidade de empresa, assim fundamentando a manutenção da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Este modelo é o mais observado nos países que veem com ressalva a responsabilidade penal empresarial, mantendo a rigidez do cumprimento do princípio *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir). Ele é também o observado no Brasil para a grande maioria dos casos de crimes de empresa, sendo que a única exceção na legislação brasileira é o caso dos crimes ambientais, estes sim sancionados penalmente. O modelo de irresponsabilidade penal das empresas é o preferido de todos aqueles juristas que negam às empresas não só a posição de destinatárias de penas, mas também a capacidade de ação e/ou de culpabilidade.

¹⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 90. No mesmo sentido: “Segundo uma opinião correta, as empresas, e especialmente as pessoas jurídicas, podem ser plenas *destinatárias de normas* do Direito penal, em tanto e quanto elas possam aportar aquilo que é o juridicamente devido”. TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. p.178 (tradução nossa).

¹⁵⁶ Neste sentido, Javier Cigüela fala sobre não existirem grandes problemas acerca da *responsabilidade* de empresa. Sua ausência de organização contra delitos caracterizaria de forma suficiente seu injusto. A empresa seria, então, o sujeito que organiza a atuação de outros sujeitos, dessa forma se constituindo em um meta-sujeito que pode praticar um injusto qualquer contra a ordem jurídica. Em termos de imputação objetiva, a desorganização criaria o risco não permitido para a ordem jurídica, de modo que o resultado seria perfeitamente atribuível à corporação em termos de causalidade jurídica, levando em conta a responsabilidade de forma estrutural. O problema para o Autor se daria, em verdade, na esfera da discussão da culpabilidade de empresa, que para ele não seria cientificamente apurável. Cf.: CIGÜELA SOLA, Javier. Collective Organizations as Meta-subjects. From Collective Guilt to Structural Responsibility Paradigm. In: **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 4/2016, pp. 242-247. Disponível em: <www.zis-online.com>, com acesso em: 28/01/2017. No presente trabalho se tentará abordar a questão desde outra perspectiva metodológica, mas a construção acerca do injusto e responsabilidade de empresa é perfeitamente aproveitável, principalmente ao se levar em conta que o cometimento de um injusto na esfera cível é completamente aceito, razão pela qual importa, mais que a ação, a *responsabilidade*.

Contudo, não é porque não adota a responsabilidade penal empresarial que este modelo deixa de sancionar empresas. Como se disse, a única diferença é que as sanções se situam nas esferas administrativa e civil, tendo como consequência direta a menor exigência na atribuição de responsabilidade, dado que as barreiras dogmáticas do direito penal são mais rígidas.

Referência de exemplo de rígida regulação de prevenção contra delitos de empresas em esfera não penal é o alemão. Ele supera o modelo do direito administrativo sancionador e tem como modelo administrativo de sancionar empresas o chamado “Direito Contravencional”. Este ainda guarda certos traços de semelhança com o direito administrativo sancionador: prevê os tipos contravencionais que englobam as despenalizadas “faltas” e os “ilícitos administrativos”, mas as consequências jurídicas são mais pesadas, razão pela qual é tratado como “Direito Penal *latu sensu*”¹⁵⁷, mesmo que evite, terminantemente, a condição (terminologia) de direito penal de empresas¹⁵⁸.

Neste modelo, as Contravenções se dividem em três grupos: tipos de pura desobediência à administração, lesões de bagatela a bens jurídicos e “grandes contravenções” de alto potencial de danosidade social. Entretanto, apesar de serem categorias – e danosidades – bem diferentes, no que se refere às “consequências jurídicas” a diferença entre elas é somente quantitativa (somente a quantia da multa), razão pela qual Abanto Vásquez critica a ausência da devida reprovação ético-social¹⁵⁹, que não é aceita pela doutrina e jurisprudência majoritária alemã em face das empresas.

A justificação para a adoção deste sistema se firma na ideia de que não se pode aplicar uma sanção de natureza penal às empresas porque não existiria a reprovação ético-social de uma coletividade. Sem a carga valorativa, as multas são valorativamente neutras. Sua sanção, então, não é uma multa penal (*Geldstrafe*), mas sim uma multa administrativa (*Geldbuße*).¹⁶⁰

É pela via do Direito Contravencional que são punidas as infrações econômicas na Alemanha. Nestes casos, não se indaga sobre a culpabilidade das empresas, mas se utiliza de uma punição com orientação mais pragmática.¹⁶¹ A punição das empresas, de qualquer forma, não deixa de ter um caráter preventivo uma vez que a multa é significativamente grande.¹⁶² Além disso, é de se ter em conta que neste modelo as pessoas físicas responsáveis pelos delitos são processadas (criminalmente) junto com as pessoas jurídicas sancionadas pelas contravenções¹⁶³. Esta disposição é importante

¹⁵⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, pp. 175-176.

¹⁵⁸ Importante ter em conta que atualmente há discussão na Alemanha sobre a implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica neste país, com previsão de alteração legislativa para o presente ano de 2019.

¹⁵⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p. 176.

¹⁶⁰ Ibid. p. 176.

¹⁶¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11.

¹⁶² Ibid. p. 50.

¹⁶³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Op. cit., nota 157, p. 176.

para garantir o mesmo juízo de instrução e evitar que uma parte jogue toda a responsabilidade para a outra em razão dos juízos distintos, algo que falta na legislação brasileira, em especial na Lei Anticorrupção de Empresas (L. 12.846/13).

Além da sanção pecuniária, outras medidas podem ser adotadas para a reprovação das empresas no modelo de reprovação por vias administrativas, a ver: o confisco dos bens da pessoa jurídica, a apreensão de bens, a restituição das vantagens e o encerramento das empresas.

Tomando em conta que no Brasil a maior parte das sanções a empresas não se dá na esfera penal, observar um modelo de irresponsabilidade penal como o alemão pode dar interessante norte para a regulação brasileira, principalmente em matérias que envolvem *criminal compliance*, casos da lei anticorrupção de empresas (L. 12.846/2013) e antilavagem (L. 9.613/1998). Nesta esfera, nada impede a relevância de *compliance* para diminuir ou eximir responsabilidades de empresas. Em verdade, o que se vê são três alternativas: (a) *compliance* é obrigatório e a simples ausência dele enseja a responsabilidade administrativa da empresa, caso da lei antilavagem; (b) *compliance* é facultativo e pode tanto evitar delitos *ex ante* quanto diminuir sanções civis e administrativas da empresa em caso de irregularidades; (c) *compliance* não é obrigatório, mas é coacionado de tal forma que sua existência pode até mesmo eximir a empresa de responsabilidade e sua ausência é razão de fundamentação de sua responsabilidade, modelo indicado por dar margem de proteção das empresas mesmo nos casos em que a responsabilidade não é penal. A Lei Anticorrupção transita entre (b) e (c).

Esta última alternativa pode ter rendimento interessante na hipótese levantada por este trabalho, servindo aqui de sugestão de *lege ferenda* para regulações futuras. Isso porque, neste ponto específico, tem especial relevância o que já se defendeu anteriormente acerca dos limites das sanções não penais aplicadas: elas somente podem ser aplicadas por razões preventivo-especiais. Se elas se referirem a razões preventivo-gerais, tratar-se-ão de penas, razão pela qual um critério de “culpabilidade de empresa” deverá ser pensado, ainda que sem o nome de “direito penal de empresa”. A partir disso, a relevância de *compliance* é evidente: (I) ou não há necessidade de construção de um critério de culpabilidade de empresa e o que importa é que ela esteja sanada das condições que propiciaram o delito, razão pela qual um programa de *compliance* que eficiente e comprovadamente corrigiu os déficits de organização da empresa contra delitos retira as razões de prevenção especial de imposição de qualquer sanção; ou (II) então existe a necessidade de construção de um critério de culpabilidade de empresa e ele se dará por meio da sua capacidade de organização contra delitos não levada adiante, razão pela qual a ausência ou presença de um programa de *compliance* e seu grau de cumprimento das exigências legais de estruturação serão essenciais para apurar a culpabilidade de empresa, tanto em termos de preenchimento ou excludente de culpabilidade quanto em termos de quantidade de reprovação e sanção a ser aplicada em referência ao grau de (des)organização.

O modelo de aplicação de sanções a empresas que não reconhece a responsabilidade penal não passa sem críticas. Para alguns, as respostas não penais têm sido

consideradas insatisfatórias e insuficientes para fazer frente à demanda de prevenção dos delitos, especialmente os econômicos e do meio ambiente. Isso porque não resolvem o problema principal na esfera da prevenção de tais delitos: estabelecer as condutas e identificar os sujeitos que as realizam vinculados à pessoa jurídica. O que se observa é a manutenção da necessidade de individualizar responsabilidades, questão difícil de ser resolvida em um contexto de organizações complexas como são as empresas atualmente.¹⁶⁴

Ainda, como se apurou no tópico anterior, não raramente são apuradas sanções que em realidade são penas, mesmo que não sejam assim denominadas. Estas sanções, muitas vezes, vêm acompanhadas de uma estrutura legal de responsabilidade penal que igualmente é chamada administrativa ou civil. Isso acontece, principalmente, nos casos em que a própria organização da empresa é central para a atribuição de responsabilidade. Nestes casos, a não responsabilidade penal e a consequente não extensão das garantias a ela inerentes (o caso da responsabilidade objetiva da lei anticorrupção brasileira¹⁶⁵) terminam por se tornar discursos que ampliam o poder de punir sem estender as garantias e até mesmo sem garantir a esperada prevenção. Por essa razão, não só se tem incentivado que os legisladores adotem mais modelos de responsabilidade penal como se tem desenvolvido estes modelos de imputação na esfera doutrinária.

Em decorrência do discutido até aqui, chega-se ao ponto de que, apurada a natureza de pena da sanção aplicada à empresa, então sua responsabilidade só pode ser penal. Por esta razão é que categorias próprias de injusto e culpabilidade de empresa precisam ser desenvolvidas na esfera da dogmática jurídico-penal.

¹⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 50.

¹⁶⁵ Neste caso se inclui a própria lei anticorrupção brasileira – Lei 12.846 de 2013 – que apesar de considerar as empresas responsáveis por um ato ilícito e puni-las pelo seu cometimento, é uma Lei que pune as empresas nas esferas administrativa e cível somente. Neste caso, o caráter penal vem evidenciado por duas questões essenciais na estrutura da responsabilização prevista em lei: (1) as infrações de corrupção atribuíveis às empresas são tratadas como crime pelo ordenamento jurídico-penal quando praticadas por indivíduos; (2) a responsabilidade das empresas é diminuída de forma sensível quando elas tenham se organizado por meio dos “programas de integridade” (*compliance*), razão pela qual se conclui que, se os programas de *compliance* são fundamento para retirar responsabilidade (logo, culpa) da empresa, então é a sua ausência que fundamenta uma sanção aplicada de forma plena. Ocorre que esta estrutura de responsabilização é própria dos modelos de autorresponsabilidade penal, na forma que será exposta neste mesmo tópico mais a frente. Assim, por mais que a responsabilidade na lei anticorrupção não possa ser chamada de uma verdadeira responsabilidade penal da pessoa jurídica, especificamente porque a lei expressamente adotou a nomenclatura de responsabilidade objetiva, civil e administrativa, ainda assim o caráter penal da lei tem sido amplamente discutido e sua previsão de responsabilidade objetiva até mesmo questionada em matéria de constitucionalidade. Trazendo a discussão: BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptcao>>, com acesso em 26/02/2017; BOTTINI, Pierpaolo. **A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptcao-lei-penal-encoberta>>, com acesso em 26/02/2017; SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptcao-carater-penal>>, com acesso em 01/06/2014.

Adentra-se, enfim, a questão da responsabilidade penal empresarial propriamente dita. Neste espectro, dois são modelos de responsabilização de empresas em discussão atualmente: (2) a heterorresponsabilidade da empresa e (3) a autorresponsabilidade da mesma.

A heterorresponsabilidade da empresa (2) é o modelo de imputação ao ente coletivo de condutas dos indivíduos. O termo heterorresponsabilidade é referência à “responsabilidade pelo fato de outro”, sendo que o outro, neste caso, é o indivíduo que empresta sua culpabilidade à empresa. Outro termo comum para designar o mesmo fenômeno é o de “responsabilidade por transferência”, em alusão à “transferência” da culpabilidade do agente individual para a empresa. Neste modelo, “toda infração penal imputada a uma pessoa jurídica será quase sempre igualmente imputável a uma pessoa física.”¹⁶⁶ O modelo prevê a responsabilização da empresa pelos fatos que tenham sido cometidos por indivíduos que atuaram no curso das atividades e no interesse da organização¹⁶⁷. Desta forma, o delito da empresa é o próprio delito do indivíduo que age em seu interesse e sua culpabilidade seria emprestada, transferida do mesmo autor individual para ela.

A heterorresponsabilidade é composta por diferentes modelos de imputação. A princípio, dois são os mais comuns: (2.1) a responsabilidade por ricochete e (2.2) a responsabilidade vicária.

O primeiro modelo de heterorresponsabilidade é a chamada (2.1) responsabilidade subsequente, por ricochete ou de empréstimo. O nome se refere ao fato de que ela tem como suporte uma intervenção humana.

Os requisitos para a responsabilização penal da pessoa jurídica neste modelo são a (a) existência de infração penal, (b) que tenha sido cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou de um órgão colegiado seu (c) e que seja no interesse ou benefício da entidade.¹⁶⁸

Dos requisitos expostos, compreender que a (a) existência de uma infração penal é necessária para que seja possível uma responsabilização penal é algo fácil. Sem crime, não há a responsabilidade penal.

O segundo requisito é que tal infração (b) seja cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou um de seus órgãos colegiados. Ele vem do fato de que, se a responsabilidade penal tem como suporte uma intervenção humana, esta só pode ser de agente da empresa, visto que responsabilizar a empresa pela ação de um indivíduo sem relação com ela não só geraria uma inaceitável responsabilidade objetiva como também padeceria a falta de lógica. Além disso, observa-se uma particularidade quanto à autoria: precisa ser alguma conduta punível

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149, p. 39.

¹⁶⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p. 189.

¹⁶⁸ Estes requisitos estão presentes no art. 3º da Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98 –, sendo este fato um dos motivos pelos quais se afirmava pacificamente na doutrina que foi adotada a teoria da responsabilidade por ricochete nesta lei. Mais em SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11; e PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149. Atualmente, contudo, a situação vem sendo rediscutida a partir da jurisprudência conforme se mostrará a seguir.

realizada por ato decisório, uma vez que o que se pune é justamente a decisão da pessoa jurídica. Isso significa que o autor do delito transferido à pessoa jurídica é qualificado, não abrangendo a figura de empregados subalternos.¹⁶⁹ Neste ponto, a responsabilidade por ricochete irá se diferenciar de forma definitiva da responsabilidade vicária.

Já no que se refere a (c), condição para responsabilizar pessoa jurídica é que a ação tenha sido em seu interesse. Se o indivíduo que cometeu o delito atuou em nome próprio ou de terceiro, a empresa não entra como responsável. Neste sentido afirma Regis Prado:

É indispensável aqui que o agente (representante legal ou contratual, ou órgão colegiado) pratique a infração penal sempre no interesse (vantagem de qualquer natureza – política, moral etc.) ou benefício (favor, ganho, proveito econômico) da pessoa jurídica. A regra similar do direito francês – *pour le compte* –, entendida em sentido amplo, significa “no exercício de atividades tendo por objeto assegurar a organização, o funcionamento ou os objetivos da entidade dotada de personalidade moral”¹⁷⁰

A (2.2) responsabilidade vicária, como já elucidado em momento anterior, é modelo de responsabilização que se baseia na teoria da realidade para apurar a capacidade civil das empresas. Sua utilização aparece com maior destaque nos Estados Unidos da América. Para a teoria, as corporações não poderiam executar, por si, ações criminosas, visto que na realidade são os sujeitos concretos que atuam em seu nome. A empresa responde, então, pelos crimes praticados por seus membros e empregados, conforme o princípio romano *respondet superior*.¹⁷¹

Importante aqui é notar que esse modelo em muito se assemelha ao anterior da responsabilidade por ricochete. Os modelos se assemelham porque ambos exigem (a) uma conduta anterior de algum indivíduo e sua responsabilização para depois poder responsabilizar a empresa e; (b) que a atuação tenha sido no seu interesse e esfera de atuação. A grande diferença entre os dois se situa na questão do sujeito que pode transferir a responsabilidade para a empresa. Neste ponto, na responsabilidade vicária há a extensão dos membros que ensejam a responsabilidade da empresa: é *qualquer* membro ou empregado.

A crítica sobre a heterorresponsabilidade da pessoa jurídica reside em fatos semelhantes para seus dois modelos de imputação: (I) suas regras limitam demais a aplicação do direito penal porque é preciso identificar antes a pessoa física a quem o fato será imputado em conjunto com o ente coletivo; por outro lado, (II) uma vez que a identificação individual é feita, há tendência em se ampliar demais a responsabilidade penal porque aí já não mais se necessitará de nada para imputar os fatos à empresa, sendo possível falar até mesmo em responsabilidade objetiva e; (III) não há

¹⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149, p. 38.

¹⁷⁰ Ibid. p. 39.

¹⁷¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. Op. cit., nota 17, p. 120.

ações que a empresa possa tomar para excluir sua culpabilidade em casos de delito consumado, pelo que não se incentiva a cultura da prevenção.

A imputação por fatos alheios, nessas condições, gera dificuldade em responder à crítica de que nesse sistema há a admissão de uma “responsabilidade objetiva”, contrária a princípios fundamentais e por isso inaceitável na concepção moderna do direito penal. Se há vontade de se “apenar” pessoas jurídicas, a conduta imputada deveria ser conduta própria e não alheia.

Ainda, se a responsabilidade penal empresarial apareceu pelas já demonstradas razões de política criminal, faria muito mais sentido a adoção de modelo que incentivasse a mudança de cultura das empresas para a cultura da prevenção. Por isso é que se diz que o modelo de heterorresponsabilidade dá a *criminal compliance* importância diminuta na apuração das responsabilidades de empresa. Por tais razões é que se sugere que, quando houver a intenção de se adotar a responsabilidade empresarial na esfera penal, é mais bem indicada a responsabilidade própria, ou a autorresponsabilidade da empresa.¹⁷²

A (3) autorresponsabilidade da pessoa jurídica é o modelo de responsabilidade penal plena, “por fato próprio” ou “responsabilidade própria” da empresa. Segundo Abanto Vásquez, esse modelo pressupõe inicialmente que:

... A ‘ação’ da ‘pessoa jurídica’ seria normativamente real no sentido de que ela, como sujeito de Direito, além de poder atuar e contrair obrigações civis, também pode ser sujeito passivo de delitos e portanto também sujeito ativo deles: a pessoa jurídica pode ser destinatária de normas penais se o legislador, recorrendo ao vigente há muito tempo na realidade social, introduzisse a regulação correspondente (esta realidade social também é válida para a censura social da culpabilidade por delitos ‘cometidos’ por pessoas jurídicas) (tradução nossa)¹⁷³

Aqui a variável principal é que a empresa se faz responsável por fato dela própria, não necessariamente vinculado às condutas dos indivíduos concretos. As formas de se chegar a essa responsabilização, contudo, são diferentes conforme se atribua capacidade às empresas, na forma do demonstrado no primeiro tópico deste capítulo. Fazemos referência, portanto, ao já exposto acerca da (a) teoria da identificação, (b) teoria da realidade e (c) teoria da organização defeituosa (teoria sistêmica) porque lá se demonstra como cada uma das correntes encontra seu modelo próprio de autorresponsabilidade.

Neste momento do trabalho, contudo, importará apurar o mínimo de comum compartilhado por todas as correntes dentro do modelo de autorresponsabilidade da

¹⁷² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p. 190.

¹⁷³ O texto em língua estrangeira é: “La ‘acción’ de la ‘persona jurídica’ sería normativamente real en el sentido de que ella, como sujeto de Derecho, además de poder actuar y contraer obligaciones civiles, también puede ser sujeto pasivo de delitos y por lo tanto también sujeto activo de ellos: la persona jurídica puede ser destinataria de normas penales si el legislador, recogiendo lo vigente desde hace mucho en la realidad social, introdujera la regulación correspondiente (esta realidad social también es válida para el reproche social de la culpabilidad por delitos ‘cometidos’ por personas jurídicas)”. Ibid. p. 191.

pessoa jurídica. Parte-se da ideia de que a pessoa jurídica é sujeito de direito e por isso ela é responsável pelo delito independentemente de comprovação de uma responsabilidade individual (inexigibilidade de concurso necessário).

Neste modelo, o “ponto de contato” para a responsabilidade da empresa será a comissão de um “injusto” proveniente de sua (má) organização e que ela tolerou ou, por uma omissão reprovável, permitiu ou favoreceu¹⁷⁴, desta forma criando ou aumentando risco juridicamente desaprovado que se posteriormente virá a se concretizar no resultado delituoso.

O injusto por ela cometido seria baseado em seu “defeito da organização”, que fundamentaria, de maneira satisfatória, a legitimidade de uma responsabilidade autônoma das pessoas jurídicas.¹⁷⁵ O injusto se constrói quando a empresa permite a (a) “irresponsabilidade organizada” (defeito de organização como responsabilidade originária) ou a (b) comissão de delitos por meio de “representantes” em falta com o dever de controle. Esta responsabilidade (b) fica bem restrita, basicamente, aos delitos econômicos.¹⁷⁶ As duas formas citadas criam os já citados riscos desaprovados que culminam na responsabilidade penal da empresa quando são razão do resultado delituoso.

Mesmo quando os fatos, na esfera da responsabilidade penal individual, são de responsabilidade por autoria mediata com “domínio do fato” (neste caso específico na modalidade do “domínio da vontade”) de alguém que se ampara em “erro” ou “inexigibilidade”, a responsabilidade da pessoa jurídica se mantém. Ela ainda é responsável pelo defeito de organização porque “o ‘ponto de contato’ para sua responsabilidade será a comissão de um ‘injusto’ proveniente de sua organização e que ela tolerou ou, por uma omissão reprovável, permitiu ou favoreceu” (tradução nossa)¹⁷⁷. Desta forma, mesmo quando a responsabilidade penal individual atinge o “homem de trás”, ou o “autor por trás do autor”, ainda que este indivíduo seja da alta hierarquia, a responsabilidade penal da empresa se mantém se o que permitiu a autoria mediata foi a organização empresarial contra delitos deficitária.

Tal “defeito de organização” que legitima a responsabilidade da empresa, na outra mão, não pode ser utilizado como fundamento caso haja um delito e a desorganização da empresa não seja relevante para sua ocorrência. Em última instância, não pode ser qualquer defeito na organização geral da atividade empresarial que venha a servir como fundamento para responsabilizações. Semelhante ao que se exige na responsabilidade por omissão, o defeito de organização precisa ser determinante para a produção do delito cometido por algum indivíduo¹⁷⁸, e mais: para que se respeite a imputação objetiva, a desorganização precisa de fato incrementar os riscos não permitidos.

¹⁷⁴ Ibid. p. 224.

¹⁷⁵ Ibid. pp. 223-224.

¹⁷⁶ Ibid. pp.191-192.

¹⁷⁷ O texto em língua estrangeira é: “el ‘punto de contacto’ para su responsabilidad será la comisión de u ‘injusto’ proveniente de su organización y que ella ha tolerado o, por una omisión reprochable, ha permitido o favorecido”. Ibid. p. 224.

¹⁷⁸ Ibid. p. 224.

Ainda, o “defeito de organização” também é relevante para apontar a culpabilidade própria da empresa¹⁷⁹. Ele aparece pelo fato de que a culpabilidade de empresa se escora no fato de que ela teria a capacidade e complexidade suficiente para se organizar de forma contrária ao delito e mesmo assim se organizou de forma contrária. Desta forma, a empresa se faz culpável pelo fato de se orientar não na direção contrária ao delito, mas sim na direção contrária ao direito. É relevante, enfim, a ausência de cumprimento do dever geral de colaborar com o ordenamento jurídico e evitar crimes, pelo que se atribui à empresa a capacidade de quebrar as expectativas normativas gerais no seio social, extrapolando os limites da atividade econômica, seu rol de “boa cidadã corporativa”. Assim, a culpabilidade da empresa é própria e não transferida de algum de seus empregados.¹⁸⁰

Quanto à culpabilidade, desde a perspectiva da análise social para justificar a dogmática, Tiedemann acentua que:

... Na vida e no linguajar da sociedade, uma culpabilidade de empresa se encontra por tanto completamente reconhecida, e esta culpabilidade não está completamente isenta da esfera ética ou moral, inclusive ainda quando a coloração moral toma um conteúdo particularmente diverso. Tal culpabilidade da empresa não é idêntica à culpabilidade cumulativa constituída pela soma de culpas pessoais[...] e ela não está baseada, ou não somente, na imputação da culpabilidade de outro. Reconhecer em direito penal tal culpabilidade (social) da empresa não faz senão expor as consequências de sua realidade social de uma parte e as obrigações correspondentes aos direitos da empresa de outra parte, como muito bem dizem os autores de fala inglesa até chegar a uma ‘*corporate blameworthiness*’¹⁸¹

Atualmente, a tendência legislativa de padronização internacional tem se inclinado no sentido de pedir pela responsabilidade penal das pessoas jurídicas com base na “organização defeituosa”¹⁸², sendo exemplo próximo a legislação chilena (Ley Nº 20.393, de 2009)¹⁸³ e mais recente a mudança legislativa na Espanha com a LO

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 31.

¹⁸⁰ Ibid. pp. 15 e ss.

¹⁸¹ O texto em língua estrangeira é: “En la vida y en el lenguaje de la sociedad, una culpabilidad de empresa se encuentra por tanto completamente reconocida, y esta culpabilidad no está completamente exenta de la huella ética o moral, incluso aun cuando la coloración moral toma un contenido particularmente diverso. Tal culpabilidad de la agrupación no es idéntica a la culpabilidad cumulativa constituída por la suma de culpas personales(...) y ella no está basada, o no solamente, en la imputación de la culpabilidad de otro. Reconocer el derecho penal tal culpabilidad (social) de la empresa no hace sino exponer las consecuencias de su realidad social de una parte y las obligaciones correspondientes a los derechos de la empresa de otra parte, como muy bien dicen los autores de habla inglesa hasta llegar a una ‘*corporate blameworthiness*’”. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v.11, jul./set., 1995. p. 31.

¹⁸² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p. 224.

¹⁸³ No que tange à matéria, a legislação chilena, na Ley 20.393, obriga as pessoas jurídicas de direito privado e as empresas públicas criadas por lei a (art. 2º) prevenir o cometimento de delitos que, no interesse

1/2015¹⁸⁴. O mesmo é possível observar, salvo particularidades de cada ordenamento, em Austrália, Japão e Suíça.¹⁸⁵

Os programas de *criminal compliance* serão especialmente importantes neste modelo de responsabilização porque, nas palavras de Silva-Sánchez:

Existe um amplo setor doutrinário que sustenta que a existência de um programa de cumprimento normativo jurídico-penal efetivamente implantado e realmente operativo exime de pena a pessoa jurídica. Dita conclusão se apoia em três argumentos: (i) *Literal*: se existe tal programa de cumprimento, então é possível afirmar que na pessoa jurídica foi ‘exercido o devido controle’ sobre os fatos de seus empregados [...]; (ii) *Teleológico*: se existe o programa de cumprimento não poderia se fazer responsável a pessoa jurídica sem se infringir o princípio da culpabilidade (melhor: de ‘responsabilidade’ por um estado de coisas próprio); e (iii) *Sistemático*: se a implantação de um programa de cumprimento (um sistema de medidas eficazes de prevenção e detenção de delitos) *post delictum* atenua a responsabilidade da pessoa jurídica, então sua pré-existência ao fato delitivo deveria excluir tal responsabilidade (*argumentum a fortiori*) (tradução nossa)¹⁸⁶

ou proveito delas, poderiam realizar empregados inferiores ou superiores que tenham “deveres de direção e supervisão”. Obriga esses entes a instaurar modelos de organização de modo a prevenir delitos (art. 3º, §3º). As pessoas jurídicas têm ainda a prerrogativa de verem suas penas extintas caso contem com esses “modelos de prevenção” na forma prevista no art. 4º, que diferencia segundo a complexidade da pessoa jurídica e assinala os requisitos destes modelos como a sua “certificação” por empresas de auditoria externa, dentre outros, em modelo que respeita a proporcionalidade e incentiva os programas de *compliance* como as *Sentencing Guidelines for Organizations* estadunidenses, mas de um modo particular e aperfeiçoado. A citada Lei parece partir de uma “responsabilidade subsidiária” porque, por previsão legal, exclui expressamente a responsabilidade penal da empresa quando as pessoas naturais tiverem praticado o delito exclusivamente em vantagem própria ou de terceiros (art. 3º, último parágrafo). Mais além prescreve que a responsabilidade autônoma da empresa só existirá em casos que é impossível estabelecer responsabilidade individual (art. 5º). Dá-se então preferência a buscar os culpados na esfera individual, sem deixar de imputar as pessoas jurídicas, mas sem deixar também de dar a elas instrumentos capazes de prevenir o cometimento dos delitos e de defendê-las da imposição de uma pena. Busca-se assim punir os responsáveis de fato e dar a devida reprovação, tudo por meio de aparato legal particular, em respeito também ao princípio da legalidade, caríssimo ao Direito Penal. A imposição de penas prescrita em lei vem a fortalecer esta afirmação. No relativo às penas, a lei estabelece uma regulação muito detalhada, havendo regras gerais (arts. 9 a 14), que expõem as penas principais, penas acessórias e efeitos, e vários critérios de determinação de pena em sintonia com a gravidade dos delitos em modelo proporcional tal qual as “*Sentencing Guidelines for Organizations*” dos Estados Unidos da América. Mais sobre em: BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 103- 104 e; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010, pp.207-208. Defendendo a autorresponsabilidade penal, mas criticando o modelo de certificação chileno: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013 e; Id. Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho [artículos de revistas]. 2009. Publicado en: **Ius Et Praxis**, v.15 n.2 , pp. 287-306.

¹⁸⁴ POLAINO-ORTS, Miguel; BELÉN LINARES, María. Gobernanza Corporativa y criminal compliance en la legislación española tras la reforma de 2015. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016, passim.

¹⁸⁵ Apontando as particularidades de cada um: TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. pp.179-180.

¹⁸⁶ O texto em língua estrangeira é: “existe un amplio sector doctrinal que sostiene que la existencia de un programa de cumplimiento normativo jurídico-penal efetivamente implantado y realmente operativo

Assim, os programas de *criminal compliance* ganham incontestável relevância na prevenção dos crimes ocorridos no interior das corporações neste modelo de responsabilização de empresas, “deste modo se tornando os próprios instrumentos de organização da empresa para evitação dos delitos e da sua responsabilização nos modelos de responsabilidade penal empresarial por ‘fato próprio’¹⁸⁷.”

De qualquer modo, ressalte-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, seja na forma da (2) heterorresponsabilidade ou (3) autorresponsabilidade, não atenta contra o *ne bis in idem*, visto que a responsabilidade penal da empresa é distinta daquelas dos indivíduos que atuam em seu interior. Ao mesmo tempo, é pacífico que a responsabilidade no caso deve ser cumulativa, ou seja, a responsabilidade penal da empresa e dos indivíduos não se opõem¹⁸⁸, sendo este procedimento chamado de “dupla imputação”.

No que se refere ao procedimento de persecução das empresas, para o direito processual penal nada obsta que as pessoas jurídicas sejam sujeitos da lide, só necessitando de uma devida regulação legal.¹⁸⁹ Tomados supra estes pressupostos da responsabilização empresarial por atos ilícitos, passa-se adiante no capítulo com a exposição de sua compreensão no Brasil.

3.5 Situação no Brasil

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica até tem incidência prática, ainda que na maioria absoluta do ordenamento vigore a irresponsabilidade penal dos entes coletivos¹⁹⁰ em razão da resistência que se tem aos modelos de responsabilização penal no país, existente devido à tradição individualista e finalista do direito penal nacional.

exime de pena a la persona jurídica. Dicha conclusión se apoya em três argumentos: (i) *Literal*: si existe tal programa de cumplimiento, entonces puede afirmarse que en la persona jurídica se há ‘ejercido el debido control’ sobre los hechos de sus empleados (por lo que no concurren los presupuestos de la regla de imputación del art. 31 bis 1. CP); (ii) *Teleológico*: si existe el programa de cumplimiento no podría hacerse responsable a la persona jurídica sin contravenir el principio de culpabilidad (mejor: de ‘responsabilidad’ por un estado de cosas próprio); y (iii) *Sistemático*: si la implantación de un programa de cumplimiento (un sistema de medidas eficaces de prevención y detección de delitos) *post delictum* atenua la responsabilidad de la persona jurídica, entonces su preexistencia al hecho delictivo debería excluir tal responsabilidad (*argumentum a fortiori*)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 31.

¹⁸⁷ ALENCAR, Matheus de. Os programas de *criminal compliance* como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. 1. Ed. São Paulo: LiberArs, 2015. pp. 129-130.

¹⁸⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? Op. cit., nota 132, p. 192.

¹⁸⁹ Ibid. p. 199.

¹⁹⁰ Neste sentido são as disposições das leis 9.613/98 e 12.846/13, de maior importância para este trabalho.

De fato, historicamente, as disposições sobre responsabilidade penal de empresas ou pessoas jurídicas no Brasil são pouco observadas. Antes da promulgação da Constituição de 1988, em geral se seguia incondicionalmente os princípios tradicionais do direito penal sobre a responsabilidade penal exclusivamente individual, fato consagrado no princípio “*societas delinquere non potest*” (sociedade não pode delinquir).

Como a irresponsabilidade penal de empresas para atos ilícitos tidos como crime é a regra, frequentemente há o recurso às modalidades de responsabilidades administrativa ou civil. Estes modelos partem da compreensão de que a pessoa jurídica é plenamente responsável por atos em seu escopo de atividade que gerem danos a outras pessoas ou à sociedade em geral. Assim, bastaria a constatação do ato ilícito e o preenchimento da responsabilidade (que pode ser objetiva ou não, a depender do caso) para que seja possível a sanção civil ou administrativa da pessoa jurídica. As disposições das Leis 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e 12.846/13 (a lei anticorrupção de empresas) seguem esta linha, ambas prevendo sanções civis e administrativas para empresas, a depender da regra infringida. Estas previsões pedem a implantação de programas de *compliance* na prevenção contra estes delitos (na forma de dever na lei de lavagem e de faculdade na lei anticorrupção), coacionando as empresas a se adaptarem a este padrão regulatório por meio da ameaça de aplicação de pesadas sanções.

Já em relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, como já dito anteriormente, há permissão na Constituição da República brasileira em seus artigos 173, §5º e 225, §3º. Hoje, até entre os opositores¹⁹¹ da teoria há aceitação sobre sua existência. Quanto às divergências entre os dispositivos constitucionais, prevalece atualmente a tese favorável à responsabilidade da pessoa moral que pregava o balanceamento de princípios entre a responsabilidade individual como regra geral e a responsabilidade penal da pessoa jurídica como exceção presente nestes dois dispositivos específicos. Por outro lado, o último anteprojeto de Código Penal discutiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma ampla, difundindo o entendimento de que os dispositivos dos artigos 173, §5º e 225, §3º da Constituição conteriam mandados de criminalização e não exceções à culpabilidade individual. Desde este entendimento, a culpabilidade da pessoa jurídica seria plenamente conciliável com as disposições constitucionais e não haveria qualquer obstáculo constitucional à responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas sim, pelo contrário, dois mandados para que ela seja implementada.

Por outro lado, para os tribunais, em geral, a concretização das previsões constitucionais de responsabilidade penal da pessoa jurídica exige lei que reforce os dispositivos constitucionais e regule a matéria. A partir disso, o problema da recepção se dá na regulação infraconstitucional.

No tocante ao tema, ainda que em seu art. 173, §5º, a Constituição Federal preveja a responsabilidade penal da pessoa jurídica “nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”, isso não se efetivou de

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149, pp. 37 e ss.

fato nas leis infraconstitucionais. Não há um procedimento que regulamente ou lei que reafirme esta responsabilidade penal e sem isso não há a efetiva aplicação da previsão constitucional por parte dos tribunais. Nesses casos, a responsabilidade continua se restringindo às esferas administrativa e civil, ainda que as últimas manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei de Crimes Ambientais possam gerar questionamentos sobre a matéria no todo.

Já o art. 225, §3º da Constituição Federal, que prevê a responsabilização e sanções penais contra as pessoas jurídicas para as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente “independentemente da obrigação de reparar danos causados”, tem apoio na legislação infraconstitucional. Trata-se da Lei 9.605/98, que regulamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil com sua aparição pela primeira vez na legislação ordinária nacional.

Luiz Regis Prado faz duras críticas à lei, questionando desde o princípio a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em face do princípio “*societas delinquere non potest*”. Ainda critica também a própria regulamentação, uma vez que, apesar de ter influência da regulamentação francesa – que instituiu a responsabilidade com regulação técnica e sistemática –, a regulamentação nacional “enuncia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente”¹⁹²:

Ainda que adequada a escolha do paradigma, visto ser o Direito francês escrito, e pertencente à família romano-germânica, não andou bem nosso legislador em sua formulação. Em França, tomou-se o cuidado de adaptar-se de modo expresse essa espécie de responsabilidade no âmbito do sistema tradicional. A denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992) alterou inúmeros textos legais para torna-los coerentes com o novo Código Penal, contendo inclusive disposições de processo penal, no intuito de uma harmonização processual, particularmente necessária com a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Também o Decreto 93-726/1993 contém regras atinentes à execução das penas aplicáveis aos entes coletivos. Demais disso, a lei francesa proclama o princípio da especialidade, vale dizer, só se torna possível deflagrar-se o processo penal contra a pessoa jurídica quando estiver tal responsabilidade prevista explicitamente no tipo legal do delito. Definem-se, assim, de modo taxativo, quais as infrações penais passíveis de serem imputadas à pessoa jurídica.¹⁹³

Sobre a mesma lei, Shecaira concorda com sua regulamentação insuficiente¹⁹⁴, mas não deixa de fazer a defesa de sua instituição. O Autor ressalta o ganho

¹⁹² PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149, p. 37.

¹⁹³ Ibid., p. 37.

¹⁹⁴ “O Brasil, ao instituir a responsabilização criminal das pessoas jurídicas na Lei ambiental (Lei 9.605/98), de forma lacônica e lacunosa, perdeu, na ocasião, grande chance de pensar hipóteses minorantes e excludentes de responsabilidade corporativa, caso medidas internas de prevenção fossem adotadas segundo programas sérios de atuação ética preventiva. O *compliance* pode vir a ser um novo instrumento legal no âmbito jurídico interno para prevenção de responsabilidades criminais”. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 02, mai., 2011.

que ela trouxe ao instituir pela primeira vez “a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito de nossa legislação ordinária, tendo como referência o art. 225, § 3.º, da Constituição Federal de 1988 que já previa a responsabilidade penal e administrativa das empresas por danos ambientais.”¹⁹⁵ No que tange aos demais crimes, eles mantêm a responsabilidade penal meramente individual. Mesmo nos casos em que for comprovada responsabilidade penal de um empregado que age em nome e a benefício da pessoa jurídica, esta somente poderá responder nas esferas administrativa e civil¹⁹⁶.

Quanto ao modelo adotado, a leitura inicial da lei de crimes ambientais apontava para a adoção da heterorresponsabilidade da pessoa jurídica no modelo de “responsabilidade por ricochete”. Isso ocorria porque só se apenariam as pessoas jurídicas pelos fatos cometidos por indivíduos no curso de suas atividades e em seu interesse. Chega-se a tal conclusão a partir da leitura da redação do art. 3º¹⁹⁷ da supracitada lei, que elenca os seguintes requisitos para a responsabilização penal da pessoa jurídica: (a) existência de infração penal; (b) no interesse ou benefício da entidade; (c) cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica ou do seu órgão colegiado. Os requisitos eram exatamente aqueles já anteriormente expostos do modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ademais, o legislador também fez questão de deixar expresso que as responsabilidades da pessoa jurídica e dos indivíduos que a compõem e cometem crimes não se confundem: o indivíduo autor da intervenção será conjuntamente imputado. A responsabilidade de um não exclui a do outro, por isso o sistema é chamado de dupla imputação. Afirma Shecaira:

Este novo esquema, com duas vias de imputação em face do ato delitivo protagonizado por um ente coletivo, pode ser denominado sistema de ‘dupla imputação’ por encarar a pessoa jurídica como unidade independente da pessoa humana. Tem-se, dessa forma, um conceito de vontade distinto, que se materializa em uma ‘ação institucional’.¹⁹⁸

Como já dito em momento anterior, uma das críticas à adoção do modelo de imputação por ricochete é sua sistemática da dupla imputação necessária. Isso se refere ao fato de suas regras limitarem demais a aplicação do direito penal ao exigir a identificação anterior da pessoa física a quem o fato será imputado em conjunto com

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Mais sobre em: DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). Op. cit., nota 4. PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: Op. cit., nota 149; e SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11.

¹⁹⁷ Art. 3º, L.9605/98: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

¹⁹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Op. cit., nota 11, p. 98.

o ente coletivo, o chamado concurso de pessoas necessário (no caso da pessoa jurídica, a dupla imputação necessária)¹⁹⁹, posteriormente transformado em “responsabilidade objetiva por fato de outro” por ocasião da transferência de culpabilidade do indivíduo à empresa.

Neste ponto especificamente, desde 2013 o Brasil passou a adotar interpretação distinta. Conforme já exposto no segundo capítulo deste trabalho, a partir do Recurso Extraordinário 548.181/PR, datado de 06/08/2013 e com relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento que dispensa as formas de concurso necessário na dupla imputação das pessoas, de modo tal que a coautoria dos dirigentes da empresa já não se faz mais obrigatória na responsabilização de delitos ambientais no país.²⁰⁰

No caso discutido pela Suprema Corte²⁰¹, o entendimento dos ministros foi o de que a empresa acusada pode ser condenada sozinha, ainda que o diretor ou o administrador que autorizaram a medida causadora do acidente não façam parte do processo. O principal argumento utilizado pela Ministra Relatora para justificar o entendimento é o de que o parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal não condiciona a responsabilidade coletiva da empresa à individual dos administradores. Desta forma, não haveria dupla imputação necessária: empresa e indivíduos poderiam ser processados separadamente.

Ainda que se trate um caso específico, houve a abertura de uma nova possibilidade de interpretação por parte de todos os tribunais, gerando potencial repercussão para outras empresas processadas por crime ambiental. Desde então, a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, que estava em sentido oposto, passou a seguir o entendimento do Supremo.

Entretanto, se uma das críticas ao modelo de imputação ao ente coletivo de condutas individuais é o concurso necessário que limita demasiadamente a intervenção do direito penal, na outra mão, outra crítica feita ao modelo é a de que, uma vez que se tem a identificação individual, haveria tendência em se ampliar a responsabilidade penal. Dispensada a necessidade de identificação individual, a possibilidade de responsabilização penal da empresa é demasiadamente ampliada, pois deixa de existir um critério que afaste a responsabilidade penal objetiva de uma pessoa jurídica. A crítica terminou sendo sentida na prática, pois, como também demonstrado durante o segundo capítulo do trabalho, este foi o caminho seguido: os tribunais têm adotado, em alguns casos, a responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica. Em outros casos, também como já exposto, tentaram mesclar os modelos de imputação.

¹⁹⁹ Sobre o concurso de pessoas (física e jurídica) no modelo brasileiro: *Ibid.*, pp. 166 e ss.

²⁰⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 415-441, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Maio 2014.

²⁰¹ No caso, a Petrobras era então acusada criminalmente pelo vazamento de quatro milhões de litros de óleo cru da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), na região metropolitana de Curitiba, ocorrido em julho de 2000. Mais em: JORNAL VALOR ECONÔMICO. STF decide que Petrobras deve responder por vazamento. Publicado em 07 de agosto de 2013.

Com isso, em geral se criou insegurança jurídica para as empresas. Já nos casos da responsabilidade objetiva, suas possibilidades de defesa aparecem sensivelmente diminuídas, criando ônus insuperável para a pessoa jurídica. Seria necessária a adoção de outro critério para atribuir responsabilidade à empresa, sendo que já foi aqui defendido como sugestão de *lege ferenda* o modelo de autorresponsabilidade da empresa²⁰².

Contudo, ficam as ressalvas de que a lei brasileira não trata expressamente da possibilidade deste tipo de responsabilidade própria. Em verdade, há atualmente uma situação de insegurança jurídica, quando não se sabe mais o que enseja e o que afasta uma responsabilidade penal de empresa. A partir deste caso, seria recomendável analisar criticamente (1) se a interpretação adotada (a) irá passar a responsabilizar as pessoas jurídicas de modo autônomo e pleno, responsabilizando déficits de organização delas próprias, (b) se continuará a responsabilizá-las por fatos de indivíduos sem necessidade de identificá-los concretamente, ou ainda (c) se adotará modelo de responsabilidade penal objetiva nos moldes do voto do Ministro Barroso; (2) se a interpretação adotada pelos tribunais a partir de agosto de 2013 é possível frente ao art. 3º da Lei 9.605/98, ou se torna o artigo necessariamente inconstitucional e; (3) caso seja possível a adoção de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, como ela se efetivaria na prática.

Os entroncamentos desta discussão já estiveram expostos ao longo do Capítulo 2.4.3, razão pela qual somente se faz referência a ele aqui. O que importa ter em conta, aqui, é que há fragilidade regulatória da matéria atualmente e que o ideal seria conciliar as disposições da Lei 9.605/98 com o entendimento constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica (autônoma e plena). A sugestão é a de que a conciliação dogmática seja feita com inspiração na legislação espanhola, mas, aqui com inspiração nos Estados Unidos, privilegiando o uso da matéria penal como forma de ameaça que facilite os acordos que *promovam* o ajuste das empresas (vide capítulos 2.4.3, 3.3.1 e 3.3.2), fortalecendo tanto a existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto o uso dos programas de *compliance*. Ao final, essa forma de regulação seria o pressuposto ideal para promover a proteção dos trabalhadores

²⁰² É evidente que este trabalho somente tentou, de forma resumida, passar pelos aspectos mais importantes da discussão atual referente ao tema da responsabilidade penal das empresas. De certo, portanto, que o tema somente faz parte da fundamentação necessária para o último capítulo, que se dedicará especificamente ao objeto deste trabalho. Desta forma, a abordagem do tema da responsabilidade penal empresarial não se trata de uma análise aprofundada, mas somente de uma exposição do problema e a tomada de posição necessária a fundamentar o que virá ao final. Contudo, uma vez que houve a tomada de posição, cabe citar que há trabalhos recentes no Brasil que se dedicaram especificamente a essas sugestões de *lege ferenda* para o aprimoramento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil. Especificamente defendendo a forma de autorresponsabilidade, vale citar em destaque: SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016; também trazendo construção específica acerca da culpabilidade, sem recorrer necessariamente à teoria dos sistemas autopoieticos: TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 86/2010, Set. – Out. pp. 36-60, São Paulo: IBCCrim, 2010.

como uma das funções de *compliance*, enfim evitando a proliferação de “bodes expiatórios” que assumem a responsabilidade pelos crimes de empresa. Finalmente, a forma como isso se dá estará exposta no último capítulo a seguir.

CAPÍTULO 4

A PROTEÇÃO DOS ESPAÇOS DE LIBERDADE E DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES COMO FUNÇÃO LEGITIMADORA DE *COMPLIANCE*

4.1 Problemas da aplicação de *criminal compliance*

A partir da leitura dos capítulos anteriores, pôde-se apurar alguns dos problemas envolvendo a aplicação de *criminal compliance* no ordenamento jurídico brasileiro. Desde o início, foram apontados os problemas referentes (a) às condições de trabalho nos séculos XX e XXI, o gerencialismo e a excessiva especialização no atual modelo de divisão do trabalho; (b) a influência da ideologia de gestão/gerencialismo nos diversos espaços, do ambiente de trabalho à política; (c) a relação dos dois primeiros (“a” e “b”) à forma de *compliance*; (d) as características do momento econômico (capitalismo financeiro na era da globalização e da instantaneidade do mundo digital) e seus incentivos ao cometimento dos crimes econômicos; (e) as consequências deste momento para as condições do desenvolvimento nacional, do capitalismo periférico dependente e combinado; (f) a relação entre as questões anteriores, a padronização internacional do direito penal econômico e a adesão brasileira à regulação de *compliance*; e (g) os problemas e sugestões para a internalização desta regulação.

Na primeira esfera de consequências, buscou-se apresentar um panorama geral da questão da responsabilidade penal empresarial como pressuposto para a discussão de *criminal compliance*. Justificadas as razões de necessidade da tutela sancionatória sobre as empresas e sua adequação a parâmetros materiais de constitucionalidade, os resultados apontaram para o progressivo uso da responsabilidade penal empresarial, com consequente aumento do uso de atribuição de autorresponsabilidade para as empresas. Neste modelo, *criminal compliance* passa a ter valor fundamental.

Adentrando nas questões relacionadas a *compliance* no Brasil, os problemas descritos de maior interesse para este trabalho se referem principalmente a três questões: (1) a carência de comprovação de eficiência dos programas de *compliance* no país, apesar de sua defesa sustentada no “potencial preventivo de *compliance*”; (2) o reforço punitivo da regulação por meio do direito penal e; (3) a organização e adesão

a estes programas de *compliance*, não raramente cosméticos (“de fachada”) e direcionados à delegação dos deveres para eximir a alta hierarquia da responsabilidade criada com o reforço punitivo (2). Em face a todas estas questões, apresentou-se a hipótese do presente trabalho como alternativa à regulação de *compliance* no Brasil.

Uma vez que todo o apurado desemboca no problema da (3) organização e adesão aos programas de *compliance*, não raramente cosméticos (“de fachada”) e direcionados à delegação dos deveres para eximir a alta hierarquia da responsabilidade, passa-se a discuti-lo.

O problema parece estar inicialmente relacionado com o que se entende por finalidade preventiva na manutenção da atividade empresarial “em conformidade com as leis e padrões éticos”, justamente a aludida eficiência na prevenção de crimes que se busca. Ou seja, trata-se exatamente da questão da orientação político-criminal da interpretação do instituto.

A prevenção é inicialmente compreendida como a tentativa de antecipar condutas reprováveis e criar mecanismos para evitar possíveis ações que venham a deixar a empresa em “*non compliance*”, ou seja, tem por objetivo evitar a responsabilidade da corporação. Assim, pela antecipação da punibilidade da conduta já no âmbito empresarial (instaurando situações equivalentes a uma “pena sem processo”), observa-se que o ideário do *criminal compliance* acaba por questionar o ideário tradicional do direito penal. Ainda que exija a conformidade com o Direito (por meio da exigência do cumprimento da norma), enquanto o direito penal tradicional atua fundamentalmente em uma perspectiva *ex post*, de processamento após a ocorrência do delito, os programas de *compliance* atuam preventivamente, *ex ante*¹, buscando apurar quais são as condutas reprováveis e as formas correspondentes de evitação do resultado – antes do fato. Este primeiro problema ganha ainda mais importância quando observado que *criminal compliance*, pela sua forma de atuação, faz com que o empregado atingido por um programa de *compliance* não seja atingido pelo direito penal comum: se ele atua de fato *ex ante*, propor-se-ia, ao menos em tese, a evitar que o direito penal, *ex post*, atue sobre os trabalhadores a ele submetidos.

A interpretação do que vem a ser a “evitação” do resultado parece ainda pouco precisa e pode levar a incorreções perniciosas aos trabalhadores. Haveria correção e justiça na aplicação dos programas de *compliance* caso a intenção fosse impedir a ocorrência do ato ilícito por meio da execução de regulamentos internos adequados à prevenção, deixando a empresa em incessante conformidade com as leis. Afastar a responsabilidade viria, nestes termos, como a feliz consequência de um processo sério e bem organizado. Já quem, pelo contrário, tomar em consideração o objetivo de *compliance* como somente evitar a responsabilidade de quem contrata, independentemente de como se faça isso, corre o risco de cair em erro conceitual e em situações indesejáveis de indeterminação dos mecanismos de responsabilização.

¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, 2012. pp. 332-333.

Como exemplo, pode haver uma situação, elucidada por Thomas Rotsch², em que uma estratégia de *compliance* dirigida de forma singular e parcial pode retirar a responsabilidade penal da direção empresarial, em especial por meio de extensa delegação de funções, ficando a direção eximida de responsabilidade penal. Esta, por sua vez, dilui-se pela empresa, acompanhando os deveres delegados pela alta administração, deixando rastros e sendo transferida aos trabalhadores subordinados. Assim, *evitar* a responsabilidade se transformaria em *transferir* a mesma, o que *não* poderia ser o objetivo real dos programas de *compliance*. Se assim aceito, seria a verdadeira institucionalização da seletividade classista do sistema penal. Constitucionalmente, esta forma seria bastante questionável à luz do princípio da igualdade.

Portanto, um conceito de *compliance* dirigido a evitar a responsabilização penal deve tomar em consideração a empresa em sua totalidade, ou seja, deve trabalhar para evitar a responsabilidade penal indiscriminadamente, desta forma protegendo a empresa sem deixar de estender esta proteção aos indivíduos que dela fazem parte. Somente um programa de *compliance* eficaz no entendimento do que seja evitar a responsabilidade penal pode ser legítimo. Isso quer dizer que, em níveis empíricos, existe uma demanda (criminológica, pode-se dizer) de apontar a eficácia de *compliance* na prevenção de crimes, mas, para “além” dela, existe também uma necessidade axiológica (político-criminal, pode-se dizer) de apontar o que se vislumbra *como* prevenção de crimes. Os caminhos e a legitimidade importam aqui. E como os trabalhadores estão no centro da adesão (que garante eficácia) e das consequências de *compliance* (infração a seus direitos fundamentais), a proposta de legitimidade do instituto só pode ser que ele se estruture tendo como parâmetro a função de proteção do trabalhador.

Ainda quanto à delimitação da função preventiva de *compliance*, na medida em que sua técnica se preocupa com a tentativa de exonerar a responsabilidade penal dos gestores das grandes empresas (dotadas dos grandes sistemas de *compliance*), são causadas distorções na sua aplicação, seja buscando responsabilidade no *compliance officer*³, elemento ainda em definição no ordenamento jurídico-penal brasileiro, ou em agente que ocupa cargo diretivo, ambos destinatários da responsabilidade pe-

² ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. In: **InDret** Revista para el análisis del derecho. Barcelona, jan., 2012.

³ *Compliance officer* é o responsável pelo programa de *Compliance* de uma determinada empresa. O problema de sua responsabilidade é de difícil resolução dogmática e ultrapassa os limites do trabalho. Entretanto é necessário entender que a responsabilização dele por meio da delegação de funções é um problema que frequentemente tangencia as questões desta dissertação, tornando a questão digna de citação. Os maiores problemas envolvendo a responsabilidade penal do *compliance officer* aparecem na discussão da responsabilidade penal na forma de comissão por omissão, tendo em conta que ele pode assumir posição de garante (em especial pelo contrato, mas também por lei e por ingerência), cumprindo formalmente os requisitos do art. 13, §2º do Código Penal. A limitação da responsabilidade do *compliance officer* exige maiores estudos acerca da atribuição de autoria em comissão por omissão, em especial com a adequada delimitação do dever de garante, do domínio sobre o risco e os limites de sua proibição e relação com o resultado delituoso, além das possibilidades que o *compliance officer* teria para tomar medidas de proteção.

nal. Chega-se então à conclusão inicial de que a melhor forma de se evitar tais distorções seria a implementação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois esta obrigaria os programas de *compliance* a atuarem no sentido de exonerar a pessoa jurídica como um todo, não cabendo o direcionamento, ainda que sua existência não elimine a responsabilidade penal dos indivíduos.

Se não há a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a responsabilidade penal por um delito ocorrido dentro da esfera empresarial pode ser buscada “de baixo para cima” no âmbito da corporação que se beneficiou de alguma forma do fato. Diluir-se-ia, novamente, a responsabilidade penal nas ramificações das grandes corporações modernas (e suas complexas estruturas societárias, de planejamento de gestão e de terceirizações), atingindo (quando consegue encontrar o “responsável” individual) somente funcionários hierarquicamente inferiores, em típico caso de irresponsabilidade estrutural organizada. A se pensar que estes funcionários seriam muito facilmente fungíveis, gerando déficits de prevenção da recidiva, o problema ainda se potencializaria se o sistema de *compliance* incorresse na distorção prática da *transfêrência* de responsabilidade e garantia, por meio de mecanismos de exoneração, que a responsabilidade deixasse de alcançar gestores que concentram o poder de mando e são considerados penalmente obrigados ao dever de vigilância contra delitos na atuação da empresa.

Ao mesmo tempo, na via oposta deste problema, a manutenção da responsabilização do gestor, mesmo quando há a existência de um programa de *compliance* que retira sua responsabilidade por meio da delegação de funções, poderia ser eventualmente entendida como um excesso na aplicação do direito penal. E quando o direito penal da culpa individual exacerba seus interesses preventivos, pode acabar por cair na esfera da responsabilidade objetiva dos diretores, o que, dentro de uma moderna concepção do direito penal, é inaceitável.⁴ Daí porque se tornaria preferível a hipótese de responsabilidade penal da própria pessoa jurídica.⁵

Partindo deste pressuposto, as justificativas para a adesão à responsabilidade penal empresarial, portanto, iriam além da simples questão de “eficiência preventiva” na esfera do direito penal econômico. Tratar-se-ia, desde esta perspectiva, também de uma questão de “garantia”: para as empresas, por garantir formas mais elaboradas de defesa corporativa e de garantias para realizá-la; para os indivíduos, principalmente, por meio da evitação da criação de bodes expiatórios pelos programas de *compliance*. A orientação político-criminal manteria a intenção de prevenção dos crimes de empresa, mas estaria reforçada pelas possibilidades que a responsabilidade penal da empresa como um todo aportam no sentido de fortalecimento das garantias dos indivíduos. Seria possível até mesmo se falar em uma construção própria e nova de atribuições de responsabilidades penais individuais na esfera dos crimes de empresa na era de *compliance*.⁶

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 101.

⁵ ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. Op. cit., nota 2.

⁶ Quem conseguiu compilar de forma bastante precisa o estágio atual da atribuição de responsabilidades penais individuais por meio dos programas de *compliance* foi Artur de Brito Gueiros Souza em sua tese

Entretanto, quando se diz que a adoção da responsabilidade penal empresarial resolve algumas distorções em *compliance*, é preciso lembrar que o modelo de responsabilização penal no Brasil é por si só, também um problema. Em ordenamentos que imputam pessoas jurídicas por fatos próprios (como é o caso do Chile, Espanha e os Estados Unidos da América na esfera federal), a estrutura de organização contra delitos – ou a falta dela – é considerada o próprio critério para a responsabilização penal das empresas. A organização, ao seu turno, seria feita por meio dos programas de *compliance*. Nesta seara, para alguns Autores, o injusto próprio da pessoa jurídica é seu déficit de organização. Este, ao seu turno, equivaleria a não contar com um programa de *compliance*, ou não tê-lo implementado de maneira eficaz⁷. Já na esfera da culpabilidade, o mesmo programa eficaz de *compliance* indicaria que a empresa é um “bom cidadão corporativo”, fiel ao Direito e, por isso, nunca seria uma empresa “perigosa” e eventualmente poderia até mesmo ter sua culpabilidade afastada.⁸

No Brasil, o modelo constitucional limitador da responsabilidade penal da pessoa jurídica termina por tornar dúbia a aplicação de *compliance* nos moldes propostos. Todavia, mesmo nos casos em que se entende não poder ser aplicada a responsabilidade penal própria da empresa, é possível que haja a responsabilidade administrativo-sancionadora. Para que se atinja os fins aqui pretendidos, em ambos os casos é preciso reestruturar a responsabilidade da empresa sob um paradigma de autorresponsabilidade. Esta, a sua vez, construída em torno dos programas de *compliance*, teria o referencial político-criminal revisto, nos moldes do proposto anteriormente: ao invés da prevenção a qualquer custo, adere-se à prevenção que se concilia com a proteção dos trabalhadores. Cumpridos os parâmetros desejados, a responsabilidade da empresa poderia ser até mesmo excluída.

Neste sentido, a crítica de Eduardo Saad-Diniz e Renato de Melo Jorge Silveira termina sendo útil ao que é defendido aqui:

Assim, fundamentalmente, duas são as opções fomentadas quanto ao papel da *criminal compliance*: papéis concretos ou genéricos. Os concretos dizem respeito às pontuais previsões legislativas em função da responsabilidade penal, quer da pessoa jurídica, quer individual. Em países que aceitam ampla responsabilidade penal

pós-doutoral, a ver: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de *compliance* e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Tese de Pós-Doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito, na Área de Especialização em Direito Penal Econômico. Orientadora: Maria João Antunes. Portugal, Coimbra, 2016. Apontar um “novo modelo de atribuição de autoria” ou de “diferenciação de autoria e participação” na esfera empresarial a partir dos programas de *compliance* extrapolaria os limites deste trabalho. Contudo, toma-se nota da questão porque se trata de possibilidade concreta apurável a partir dos pressupostos aqui tomados. Restaria, enfim, a necessidade de apresentação de estudo que apontasse as diferentes formas de construção das condições de autoria e participação nos delitos comissivos e omissivos, apontando como *compliance* pode reconstruir as teorias de domínio e restabelecer os deveres positivos e negativos de repercussão penal.

⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 31.

⁸ Ibid. p. 31.

da pessoa jurídica, chega-se a prever a exclusão de sua responsabilidade quando as empresas hajam cumprido as exigências do modelo de prevenção e as regras de *compliance*. Não é esse, ainda, o caso brasileiro. Em termos individuais, quando verificado o não cumprimento dessas medidas, isso pode influenciar na estipulação de sanções individuais, para além do que tradicionalmente se entende por admissível.⁹

Diante de tais particularidades do ordenamento brasileiro e da prática aqui adotada é que a responsabilidade penal empresarial e o *criminal compliance* precisam ser repensados para servirem como alternativas para a realidade brasileira, com especial foco na proteção do empregado.

4.2 Os programas de *criminal compliance* e a proteção dos espaços de liberdade e dos direitos dos trabalhadores

Assentadas as premissas teóricas, o trabalho encontra sua delimitação na falta de proteção dos trabalhadores na regulação pelos programas de *compliance*. Após a desconstrução da regulação atual por meio das críticas expostas, passa-se enfim ao “momento positivo”, de proposição de construção, visando “ir além”, nos moldes da metodologia aqui utilizada.

Do exposto até aqui, algumas formas iniciais de proteção aparecem, especificamente na esfera da (1) previsão de responsabilidade penal empresarial e (2) na adequada interpretação do viés de prevenção.

Há de se ressaltar que a mera existência da responsabilidade penal empresarial, por si, (1) já é uma forma, ainda que limitada, de proteção dos trabalhadores. Como ela prevê a punição da empresa, diminui as chances de que trabalhadores funcionem como “bode expiatório” da responsabilidade penal.

Ademais, em modelos de autorresponsabilidade das empresas, deixa-se de buscar “qualquer” responsabilidade individual (e a qualquer custo) para fazer a “transferência” da culpabilidade para a empresa após. Isso poderia significar proteção na medida em que se diminui o risco de um trabalhador qualquer ser alvo de perseguições exageradas que busquem responsabilizá-lo de alguma forma visando somente tornar viável a imputação da empresa em seguida.

Igualmente, a correta interpretação e aplicação do que é um programa de *compliance* (2) já significa outra forma (ainda que igualmente limitada) de se proteger os trabalhadores, pois neste caso evita (e não transfere) sua responsabilização, incluindo o *compliance officer*, que, independentemente de sua função ou forma de prestação dos serviços, também trabalha para a empresa. E o meio de evitar essa responsabilização é trabalhando para que não haja o cometimento do delito por parte de todos os colaboradores da corporação, o que ensejaria igualmente menor número de condenações individuais destes trabalhadores.

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, 2012. pp. 332-333.

Além disso, Sieber¹⁰ já adentrava a questão afirmando que, se as sanções às empresas se justificam por sua própria culpabilidade, então ela geraria reflexos para as responsabilidades dos indivíduos, afastando-as. Para o Autor, a verdadeira “fundamentação material” para as sanções e a reprovação próprias da corporação não se situariam na infração do empregado, mas sim na indiferença da empresa frente à necessária precaução em face da previsão normativa. Em que pese as divergências em relação ao posicionamento do Autor que retira radicalmente da esfera individual a responsabilidade penal¹¹, a ideia da “fundamentação material” se aproveita na medida em que se considera que, neste modelo de culpabilidade da organização, os programas de *compliance* se tornam o recurso ao déficit de organização e transformam a empresa (e não os trabalhadores) no destinatário *principal* do dever jurídico da organização. Deixa-se, enfim, de buscar destinar toda a culpa a indivíduos, principalmente quando os delitos são cometidos no interesse e em benefício das corporações, aquelas que têm de fato as maiores possibilidades de prevenção de riscos penais em razão da estrutura. Político-criminalmente, atribuir razões de prevenção às empresas parece mais legítimo do que focar somente nos indivíduos e a busca pela prevenção por meio de penas corpóreas.

Entretanto, apesar de os dois fatores acima (“1” e “2”) garantirem essa capacidade protetiva, não se refere somente a isto o tratamento dos programas de *criminal compliance* como instrumento de proteção dos espaços de liberdade e dos direitos dos trabalhadores.

Além da problemática já exposta até aqui, existem alguns motivos que justificam atribuir a *compliance* a função de proteção dos trabalhadores ao lado das suas já consagradas funções de organização e prevenção de delitos em empresas. Dentre esses motivos, três se apresentam como os principais para este trabalho, de modo a justificar que a solução proposta é adequada ao problema exposto: (I) a discussão acerca da legitimidade de *compliance* em face da incerteza sobre sua eficiência na prevenção de delitos; (II) o fato de que o pouco que se tem de comprovação de eficiência de *compliance* tem como preocupação central os indivíduos, justamente os trabalhadores das empresas que se valem dos programas de *compliance* em sua estrutura e; (III) a delegação do dever de prevenção de delitos próprio do Estado não pode estar desacompanhada da proteção das liberdades individuais.

¹⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de; et al. (coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArs, 2013. p. 304.

¹¹ O que pode gerar déficits de prevenção, pois para saber se é possível responsabilizar uma empresa sozinha, sem que indivíduos sejam coautores, é preciso avaliar os casos concretos, uma vez que as responsabilidades individuais caminham de modo separado da responsabilidade da empresa no modelo de dupla imputação, principalmente quando a responsabilidade da empresa é autônoma e a dupla imputação necessária deixa de ser exigida. Inclusive, seria desaconselhada tal previsão de desresponsabilizar os indivíduos, pois poderia retirar da política de “*tone at the top*” o “*enforcement*” e a legitimidade necessários. Enfim, admite-se neste trabalho que, em um caso concreto, tanto pode acontecer de a empresa ser a única responsável, quanto de se responsabilizar somente os indivíduos, ou, ainda, que haja coautoria entre eles.

O primeiro dos motivos que justificam previsões de *compliance* como instrumento de proteção do empregado decorre da (I) discussão acerca da legitimidade dos programas de *compliance*.

Neste sentido, já se demonstrou que a construção da atribuição de responsabilidades penais em *compliance* se escora no (a) pressuposto da eficiência¹² de *compliance* para evitar os delitos dentro da empresa. Ocorre que a própria eficiência de *compliance* é bastante discutida, ou seja, a própria revisão do pressuposto exige a revisão das consequências.

Há quem sustente que os programas de *compliance* seriam sim efetivos para o fim almejado, especialmente prevenindo crimes econômicos no contexto das grandes corporações. Neste sentido, Ulrich Sieber afirma que, a despeito dos problemas específicos decorrentes de *compliance* e de suas consequências dogmáticas, eles não estariam desautorizados como medida de aperfeiçoamento dos comportamentos decisórios da atividade empresarial e da prevenção à criminalidade econômica. Para ele, “[i]sso se confirma pelos resultados obtidos na [...] investigação empírica da *PriceWaterhouseCoopers*, em que 38% das empresas com regras éticas e programas de *compliance* foram vítimas de criminalidade econômica, enquanto que em comparação ao outro grupo foram 54%”.¹³ Os dados se tornariam ainda mais relevantes em face do fato de que, como somente empresas com regras de *compliance* teriam canais de comunicação para relatar a ocorrência de um delito em seu interior, a “cifra-negra” no grupo de empresas sem programas de *compliance* deveria ser consideravelmente maior, mas ainda assim se apurou mais delitos nestas que naquelas que não tentam esconder seus delitos.¹⁴ Isso poderia levar a conclusões de que a diferença provavelmente é ainda maior que a apresentada. E, de fato, a capacidade preventiva dos programas de *compliance* é aceita de tal modo que eles revitalizaram o debate sobre as responsabilidades criminais autônomas e plenas das pessoas jurídicas, sendo eles os elementos que descaracterizariam a desorganização das empresas.

Em outro momento, Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú apontam os estudos empíricos que afirmam a possível relevância preventiva de *compliance* e a intenção de adesão à sua cultura no Brasil. Em especial, apresentam estudo de Sieber e Engelhart baseado em questionários enviados para empresas, que consistiu em compilar as poucas respostas obtidas em conclusões. De maior relevância para este trabalho, caberia citar o relato de que:

Os principais resultados do estudo de Sieber e Engelhart foram os seguintes: 1) Os programas de *compliance* podem contribuir consideravelmente para a prevenção e detecção de crimes econômicos. Assim, há boas razões para empresas e o legisla-

¹² Nesta esfera, eficiência para *criminal compliance* seria apurar sua real idoneidade para evitar delitos. Em síntese, a capacidade preventiva dos programas de *compliance* é o argumento principal para sua defesa, a tal ponto que eles passaram a ter papel central na própria responsabilidade das pessoas jurídicas.

¹³ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit, nota 10, p. 310.

¹⁴ Ibid. p. 310.

dor fazerem uso do potencial que os programas de compliance oferecem para prevenção e detecção daquela criminalidade. Esta assertiva está baseada tanto nos fatos como na avaliação das respostas dadas pelos entrevistados [...]¹⁵

Apesar de todo o acima exposto, há quem critique a aludida eficiência de *compliance*. Este grupo afirma que não há certeza ou comprovação sobre a capacidade dos programas de *compliance* de efetivamente prevenir delitos, principalmente a longo prazo e em vários segmentos. Isso significaria que a adoção ao fomento de *compliance* como política pública seria medida de política criminal de eficiência duvidosa. Conforme atesta William S. Laufer, “[e]vidência empírica de que o movimento do bom cidadão corporativo reduziu desvios é difícil de achar. De fato, muitas pesquisas concluem que os gastos com *compliance* são geralmente independentes da ética corporativa, integridade e até mesmo obediência às leis [...]”.¹⁶

Laufer se preocupa em desmontar os argumentos a favor da eficiência demonstrando como não há dados conclusivos acerca de nenhum deles. Aponta que, apesar de a cultura de *compliance* ser amplamente difundida nos Estados Unidos da América desde o início dos anos 90, isso não evitou que as crises decorrentes da criminalidade econômica deixassem de existir no país nas duas últimas décadas. Assim, seria difícil resolver o desafio de avaliar o efeito atual e real dos programas de *compliance* no comportamento das empresas.

O professor de Wharton ainda afirma que suas considerações pessimistas e céticas acerca do instituto aumentam quando se lembra do fato de que as autoridades podem, inconsciente e injustificadamente, somente com base na previsão legal abstrata e no poder discricionário, recompensar empresas que gastam seus recursos em *compliance* e mesmo assim violam a lei. O Autor ainda se empenha em criticar a variação do processo legislativo: a cada novo escândalo público, aparece uma nova legislação penal fortalecendo as exigências e deveres de *compliance*, mas em nenhum momento se comprovou a real efetividade das novas obrigações exigidas.¹⁷

O professor da Wharton School of Business ainda faz questão de apontar os problemas das pesquisas que dizem comprovar a efetividade de *compliance*. Laufer afirma que elas muitas vezes têm objetos de pesquisa delimitados de forma estreita em matéria de crimes do colarinho branco ou desvio corporativo, recortando amostras de empregados de apenas algumas indústrias. Os dados colhidos ainda são interpretados com as reconhecidas limitações típicas de estatísticas descritivas. Por isso, preocupações importantes como (a) definir a natureza do problema ou (b) moldar a variável que justifique a efetividade de um programa de *compliance* não são resolvidas com essas pesquisas empíricas. Isso ocorre em função de uma série de

¹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. **Quaestio Iuris** (Impresso), v. 10, n.º.02, 2017, p. 1046.

¹⁶ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. Tradução de Leonardo Simões Agapito e Matheus de Alencar. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 15.

¹⁷ Ibid. pp. 15 e ss.

preconceitos de amostragem, limitações de *design* e suposições causais inaceitáveis que limitam o valor das pesquisas.¹⁸

Ainda, na esfera da eficiência de cada um dos elementos que constituem os programas de *compliance*, é especialmente importante a crítica de que não há demonstração suficiente de indícios que sustentem a ideia de que os códigos de ética e conduta, aqueles que expõem a base de valores dos programas de *compliance*, modifiquem verdadeiramente o comportamento dos empregados. Neste sentido, Kimberly D. Krawiec apontou que:

Apesar da generalização dos códigos de ética nas empresas e da insistência por parte dos profissionais da área de *compliance* de sua importância como ferramentas de dissuasão, existem poucos indícios que sustentem a teoria de que os códigos de ética modifiquem o comportamento dos empregados. Ainda que alguns estudos considerem existir uma relação significativa entre códigos de ética e a conduta dos empregados, eles normalmente são afetados por problemas metodológicos, tais como falhas ao se questionar os entrevistados ou ao identificar comportamentos alterados em função dos códigos (ao invés de perguntar aos entrevistados se eles, simplesmente, acreditam que os códigos de ética são um fator que influencia relevantemente o seu comportamento). Há, ainda, questões como a falta de confiança em dilemas hipotéticos desenvolvidos em laboratório (ao invés de se analisar a real conduta em um ambiente de trabalho), e a excessiva confiança nos questionários (ao invés de documentar casos observáveis de infrações ao código por parte dos empregados). Além disso, estes estudos são contraditados por um amplo número de pesquisas que não encontram uma relação significativa entre códigos de ética e a conduta dos empregados (tradução nossa).¹⁹

A supracitada Autora ainda se deteve em analisar outros pilares estruturantes de *compliance* e se há comprovação de que sejam essenciais e relevantes na evitação de más condutas. A conclusão à que Krawiec chegou foi que inexistente esse tipo de comprovação, ou seja, não existem provas fortes de que os pilares de *compliance* funcionem de forma ampla. O que há de demonstração é que eles podem funcionar em alguns contextos, para algumas práticas limitadas, e que há mecanismos que são mais úteis que outros em determinados tipos de casos. Reforçou-se a dúvida acerca da efe-

¹⁸ Ibid. p. 18.

¹⁹ O texto em língua estrangeira é: “Despite the pervasiveness of ethics codes in corporate America and the insistence by many legal compliance professionals on their importance as a deterrence tool, little evidence exists to support the theory that ethics codes modify employee behavior. Although some studies do find a significant relationship between ethics codes and employee conduct, they are often plagued by methodological problems, such as a failure to query respondents on or identify modified behavior due to the codes (as opposed to simply asking survey respondents whether they believe ethics codes are important factors affecting behavior), a reliance on hypothetical dilemmas in lab settings (as opposed to analyzing actual conduct in an employment setting), and a sole reliance on self-reporting (as opposed to documenting observable instances of employee code infractions). Furthermore, these findings are contradicted by a large number of studies that find no significant relationship between ethics codes and employee conduct”. KRAWIEC, Kimberly D. **Cosmetic compliance and the failure of negotiated governance**. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2674&context=faculty_scholarship>, com acesso em 20 de agosto de 2017. p. 511.

tividade do instituto, ainda que sua adoção por empresas estivesse justificando a retração de sanções no direito estadunidense. A Autora concluiu, com isso, que o incentivo a *compliance* encontrava respaldo em precedentes de casos anteriores. Nos julgamentos destes casos, contudo, os julgadores se ativeram a premissas teóricas desenvolvidas por juristas que defendiam as corporações, sendo certo que essas premissas não foram submetidas à contraprova empírica. Desde então, a adesão a *compliance* tem se dado muito mais em razão da atuação de agentes com formação jurídica, muitas vezes mais preocupados com o potencial de rendimento pessoal que o oferecimento de consultorias em *compliance* pode trazer e não com a real efetividade de *compliance* em prevenir delitos.²⁰

Dentre outras razões, esta incerteza (que não afirma nem nega a efetividade de *compliance*) é central para a crítica que afirma que o incentivo a *compliance* enquanto instrumento de política criminal por parte do Estado não traz a certeza de que o instituto seja capaz de diminuir os crimes de empresa como se espera durante longos prazos e em diferentes ramos produtivos. Os resultados do incentivo a *compliance* na atual forma poderiam produzir, então, o resultado inverso do esperado. Por isso é que aqui se propõe a busca por outras formas de compreensão de *criminal compliance*, em especial com a busca por outras formas de se legitimá-lo.

Por outro lado, como este modelo apresenta algum potencial de efetividade, como acima apontado, não haveria grandes problemas em atribuir responsabilidades às empresas a partir de *compliance*. Contudo, como esse modelo político-criminal tem eficiência limitada, não pode partir do pressuposto de que a não adesão a *compliance*, por si só, ocasiona o delito em termos de causalidade jurídico-penal. Uma vez que o cumprimento não necessariamente impediria o delito, conforme já evidenciado, em respeito à imputação objetiva de um resultado criminoso, não é possível a atribuição de responsabilidades penais como operação automática. Será preciso observar, no caso concreto, *se e como* a ausência de uma determinada medida de controle foi essencial para a ocorrência do delito. Esta falta ou omissão, enfim, deve ser tão determinante quanto uma ação criminosa.

Ainda, não é possível também se afastar da realidade político-econômica e social que dá forma ao instituto (o capitalismo monopolista, financeiro e globalizado e os modelos de gestão). Deste modo, o modelo precisa levar em conta que a gerência do trabalho e dos riscos penais por meio de *compliance* tem o potencial de “jogar para baixo” as responsabilidades penais individuais, atingindo especificamente aqueles que já estão mais vulneráveis em suas condições de trabalho no contexto atual.

A reflexão para propor as supracitadas “outras formas de legitimar *compliance*” gira em torno do fato de que, apesar de haver a responsabilidade pela má-gestão na esfera da responsabilidade de empresa, paradoxalmente, na esfera da responsabilidade penal individual (buscando inclusive a prevenção, geral e especial, ou seja, a eficiência), há a manutenção dos modelos tradicionais da imputação isolada na esfera da criminalidade de empresa. A contradição da mensagem normativa se revela: no

²⁰ Ibid., passim.

sistema atual, por mais que se reconheça o efeito da estrutura no cometimento dos crimes de empresa (uma vez que essa é a razão pela qual se justifica a responsabilidade penal da própria empresa), ainda assim, na esfera das responsabilidades penais individuais, dentro do mesmo contexto, adota-se o padrão clássico de atribuição de responsabilidades, totalmente estruturado no “desvio” individual.

O resultado, como era de se esperar, é a obsessão punitiva direcionada a “maçãs podres” (os “desviantes”) que prejudicariam toda a cultura do grupo, pois somente a punição destas figuras seria capaz de justificar a coexistência de duas mensagens tão opostas (o grupo é a principal variável da ocorrência do crime, mas os indivíduos são os culpados). O problema se acentua quando se observa que a delegação de funções, necessária à atual conjuntura de especialização na divisão do trabalho, traz consigo a delegação de deveres e responsabilidades (inclusive penais) também. Por consequência, as responsabilidades ficarão concentradas (ainda que não exclusivamente) na média e baixa hierarquia das empresas. Os supostos “desviantes”, normalmente, serão buscados entre os trabalhadores dos setores hierárquicos mais baixos do pessoal da empresa.

O cenário acima descrito termina por fomentar a infração de garantias dos trabalhadores pelos programas de *compliance*. Isso ocorre, em síntese, por três razões simples: (i) a obsessão punitiva direcionada a “indivíduos desviantes” faria com que encontrar um “*troublemaker*” fosse a melhor defesa da corporação (a culpa é da “maçã podre” e não do grupo); o que faz com que (ii) os programas de *compliance* tenham que se preocupar justamente com o controle e vigilância daqueles que “podem” cometer os delitos, ou seja, média e baixa hierarquia; ao final, (iii) assim como a punição dos “indivíduos desviantes” é acompanhada por uma obsessão, o programa de *compliance* poderá atuar de forma obsessiva e ostensiva no controle, gerando infrações a direitos fundamentais (como a intimidade) dos trabalhadores dentro do ambiente de trabalho, ou exagerando na disciplina interna (política interna de tolerância zero), ou ainda jogando com as esferas de liberdade dos trabalhadores, por meio da exposição a riscos de responsabilização penal, a partir da estruturação de deveres e responsabilidades por *compliance*, ou da prática de *reverse whistleblowing* por parte da empresa, quando ela vise diminuir as possíveis sanções contra ela por meio da “entrega” dos seus trabalhadores.

A primeira crítica ora exposta, sobre o (a) pressuposto da eficiência de *compliance*, termina por ser reforçada por outras duas: (b) o pressuposto da eficiência do controle do Estado e (c) o problema da justaposição de normas.

Inicialmente, o (a) pressuposto da eficiência de *compliance* para evitar os delitos dentro da empresa se refere especificamente à capacidade das corporações de se autogerirem no direcionamento da “ética negocial”. Ou seja, trata-se somente daquele aspecto da autorregulação das empresas no modelo de autorregulação regulada.

Ocorre que esta metarregulação prevê também algum nível de controle do Estado. Como já exposto anteriormente, este nível de controle se refere especificamente a receber e processar as informações para buscar evitar crimes ou promover processos penais e administrativos. Aqui haveria um (b) pressuposto da eficiência do

controle do Estado a partir do recebimento e processamento das informações na atividade de prevenção criminal.

Ocorre que este pressuposto vem a ser criticado em face das dificuldades estruturais do Estado em promover este controle oficial. No Brasil, particularmente, já se criticou a “captura” do COAF em matéria de lavagem de dinheiro²¹. Durante a crítica, apontou-se como o órgão não consegue tornar o combate à lavagem de dinheiro de fato efetivo no Brasil, estando em verdade “capturado” pelos agentes do mercado em razão de sua falta de estrutura (investimentos estatais em estrutura e, principalmente, pessoal). A partir da análise de todas as operações comunicadas ao órgão no período de 2011 a 2014 e suas consequências, comparando-as com a capacidade estrutural do COAF, concluiu-se pela incapacidade do órgão para acompanhar e apurar a quantidade de operações comunicadas durante o período, sendo ainda menos possível apurar quais comunicações foram feitas de má-fé, visando propositalmente sobrecarregar o órgão. Ainda, os índices de eficiência das comunicações têm somente diminuído ao longo dos anos. O aumento dos deveres de informar não tem demonstrado aumento proporcional na eficiência do sistema, mas bem ao contrário. Isso tudo traz questionamentos acerca da eficiência de *compliance*, tanto na esfera da autorregulação quanto da regulação estatal.²²

Tais considerações ensejam mesmo questionamentos sobre “a quem” interessa a regulação administrativa nesse sistema. Por isso assiste razão à crítica do aumento nos custos de transação que a regulação antilavagem causa, na forma anteriormente exposta. Esta crítica é ainda mais pertinente quando se observa que aqueles que não cumprem com o padrão regulatório exigido podem ganhar em diminuição de custos (com relação aos concorrentes) e aumento de clientela (justamente porque não cumprem a regulação) sem que sejam descobertos, justamente em razão da “sobrecarga de informações”, que pode ser até mesmo proposital.

²¹ OLIVEIRA, José Carlos; AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR, Matheus de. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. **Quaestio Iuris** (Impresso), v. 10, p. 365-388, 2017. Conferir especificamente o tópico referente à lavagem de dinheiro no segundo capítulo.

²² Em termos conclusivos: “O contexto da ‘autorregulação regulada’ para evitar a lavagem de dinheiro parece inevitável, uma vez que o próprio Estado assume ser incapaz de controlar o sistema financeiro sem a ajuda dos particulares. Contudo, ainda que *compliance* (a pedra angular do sistema) possa ser útil na prevenção de condutas indesejadas, não pode ser tratado como uma solução definitiva para a problemática, uma vez que sequer está provada sua efetividade, ainda mais no sistema antilavagem brasileiro, onde, ao contrário, os indícios de sua ineficiência preventiva e de sua contribuição para a captura das agências reguladoras parecem ser bastante robustos. Diante do contexto, é possível supor com algum grau de precisão estar ocorrendo o chamado fenômeno da captura, tanto do BACEN quanto do COAF, no controle dos entes regulados em matéria de lavagem de ativos. [...] Por isso é que se fala na hipótese da mera transferência de responsabilidades: o que antes era função do Estado passa a ser, agora, dever dos entes privados (encontrar operações suspeitas). E se a criação desses deveres se justificava minimamente pela tentativa de proteção de determinados interesses do Estado (combater a lavagem), questiona-se até onde se trata realmente de um interesse do Estado se ele, em nada, tem aparelhado os órgãos que vão averiguar as informações provenientes do cumprimento desses deveres que, muitas vezes, podem gerar consequências penais para indivíduos predefinidos, os “bodes expiatórios”. Enquanto o inchaço do Estado policial militar para o combate violento e ineficaz do crime organizado da chamada criminalidade de ruas aumenta a cada dia, não é visto o mesmo empenho para cortar aquilo que sustenta e fortalece o crime organizado, não só aquele, mas, sim, todo ele, incluindo a criminalidade do colarinho branco: o dinheiro”. *Ibid.* pp. 385-386.

Além disso, no caso específico de condenações por lavagem de dinheiro fundamentadas no dever de informar, mais uma vez se observa que a relação entre o dever de informar e o dever de evitar o delito é ainda bastante distante. Desta forma, somente naqueles casos em que a informação teria sido prestada (ou não prestada) de forma propositalmente errada, visando unicamente burlar o sistema, as infrações dos sobreditos deveres se aproximariam.

Em suma, a conclusão a que se chega é a de que o Brasil se demonstra des-preparado para assumir um padrão rígido de cumprimento de deveres de *compliance* em matéria de lavagem de dinheiro. E não só em função da falta de condições materiais adequadas por parte do Estado, que gera uma onerosidade excessiva aos particulares frente a uma efetividade duvidosa, mas também em função do próprio comportamento destes mesmos particulares.

A regulação, na forma como está posta hoje, não é insuficiente porque distorcida ou “mal aplicada”, mas sim porque é justamente funcional²³. A importação de *compliance*, que por si já encontra problemas na sua cultura jurídica de origem, é feita de forma “à brasileira”, colocando condições particulares que não significam soluções, mas sim novos problemas, repondo o já existente ônus anterior.

É em face desse contexto que se questiona a forma de utilização dos programas de *compliance* na legislação nacional. No lugar da atribuição e ampliação de deveres aos particulares e a consequente expansão do papel exercido pelas normas penais, o legislador poderia, em matéria de direito penal econômico, buscar desenvolver mecanismos jurídicos que visassem à proteção dos empregados das empresas e não a perversão os sistemas de delegação de responsabilidade como se tem observado.²⁴

Como este controle do Estado é normalmente reforçado por normas jurídicas de diferentes ramos²⁵, haveria um último problema gerado por este reforço de controle estatal, que seria (c) o problema da justaposição de normas. Este se referiria especificamente ao recurso à duplicidade de sanções penais e administrativas bastante pesadas sobre um mesmo fato e visando o mesmo fim de obtenção de informações. Isso geraria, por consequência, a relativização do princípio da não autoincriminação

²³ A partir disso aparece o pressuposto originário, as condições formais (estruturação em termos de forma) de interesse para a hipótese que se apresenta: o crime de colarinho branco não se trata de uma distorção, mas sim de mais um elemento incorporado pela própria lógica de funcionalidade do sistema, justamente aquilo que não foi observado por Sutherland, nos moldes da crítica de Clécio Lemos, a ver: “Se os detentores do ‘big business’ são todos criminosos, significa que o próprio sistema é produzido por uma simbiose normalizada entre o lícito e o ilícito. Há, portanto, um jogo cujas regras pressupõem uma quota alta e constante de práticas criminosas aceitas pelo sistema, jogo este que não admite o reconhecimento público da conexão entre ‘ordem’ e ‘crime’”. O silêncio do autor sobre essa óbvia crítica ao próprio sistema político é o que mantém sua fala limitada, na medida em que não situa expressamente o fenômeno numa perspectiva macrosociológica e estrutural. O autor não se refere ao conflito de classes ou à presença de qualquer atuação funcional nesse sistema de gestão de ilicitudes”. LEMOS, Clécio. Apresentação do Livro: Crime de colarinho branco. In: SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. pp. 20-21.

²⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. In: **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS**. REVISTA DIGITAL. Ano IV – Número 18. Abril a Junho de 2013. Rio de Janeiro: IAB, 2013. p. 107.

²⁵ Note-se, por exemplo, a tutela dada pela Lei 12.846/2013 às empresas em matéria anticorrupção, com incentivo a *compliance* (art. 7º, VII e principalmente VIII) e recurso a sanções administrativas e cíveis, que por outro lado não excluem as responsabilidades penais individuais.

(o direito de não produzir provas como si mesmo, ou princípio *nemo tenetur se detegere*), dado que cada ramo jurídico é capaz de oferecer uma consequência que, juntas, conduzem o particular ao compartilhamento necessário de informações de interesse da atividade persecutória estatal: caso não compartilhe, pode ser sancionado pelo direito administrativo como conduta proibida pela atividade produtiva do setor; caso compartilhe, não recebe a punição administrativa e pode se valer dos benefícios penais da colaboração com a diminuição das penas²⁶. O problema é que isso significa incentivo frequente à produção de provas contra si mesmo, à autoincriminação, exatamente a relativização do princípio *nemo tenetur se detegere*. O caso em que essa justaposição de normas seria mais visível no Brasil é justamente o caso da lei de lavagem de dinheiro²⁷, ainda que também seja possível notar manifestações na Lei Anticorrupção, na forma detalhada no capítulo 2.4.2, quando se demonstrou a equivalência das condutas tidas como infrações de corrupção cometidas por empresas na lei e as várias condutas típicas de diferentes leis que seriam equiparáveis no caso dos indivíduos.

A crítica que decorre desta exposição é importante: a análise econômica do delito (derivada da análise econômica do direito e manifesta na criminologia do colarinho branco principalmente a partir de Garry Becker e a ideia da escolha racional), que recorre à ortodoxia do economicismo para operar a construção e a modelagem do sistema punitivo segundo a maximização da racionalidade instrumental, associada a *compliance*, cuja função “assume uma posição estratégica no neoliberalismo, pois está intrinsecamente ligada à boa prática negocial, isto é, integra o que se pode denominar de ética comercial”²⁸, terminaria por suprimir os direitos fundamentais dos sujeitos submetidos à regulação.²⁹ Ou seja, na tensão entre os vetores de eficiência e garantia em matéria penal³⁰, haveria recurso a medidas excessivas buscando uma eficiência que nunca se encontra, suprimindo os espaços de liberdade dos sujeitos em

²⁶ “A situação resta agravada quando se analisa que a aceitação da duplicidade de sanções penais e administrativas por um mesmo fato trará as seguintes consequências: a) a pesada multa administrativa que recai sobre o destinatário do dever *compliance* pode fazer com que as informações sejam prestadas, mesmo que isso implique uma ‘assunção de responsabilidade’ perante a esfera criminal. Gize-se que a pena do crime de lavagem de capitais – que vai de 3 a 10 anos – poderia autorizar, ausentes causas de aumento e ausentes agravantes, a se estimar que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos de prisão, autorizando, com isso, a aplicação do art. 44 do Código Penal e a substituição da pena restritiva de liberdade por duas penas restritivas de direitos; b) a não prestação das informações poderá, admitida a possibilidade de concurso de normas aos destinatários dos deveres *compliance*, gerar pesada multa, que inclusive poderá ser mais grave do que aquela de natureza penal; c) a prestação de informações que lograr êxito no apontamento de um delito de lavagem de dinheiro, com recuperação de parte considerável dos ativos poderia, inclusive dependendo de como se procede, fazer incidir a causa de diminuição da pena denominada delação premiada, a teor do §5º do art. 1º da Lei 9.613/1998”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal Compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. In: Direito.UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol.1, N.1 (jan./jul 2014). Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2014. p. 160.

²⁷ Ibid. pp. 159-161.

²⁸ Ibid. p. 150.

²⁹ Ibid. p. 162.

³⁰ Adota-se aqui a terminologia utilizada por Fernando Andrade Fernandes em: FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, passim. Os vetores de eficiência e garantia formariam a pendulação do direito penal: ora buscando mais eficiência na prevenção de crimes como resposta ao clamor social por segurança ou para atender ao

nome da segurança contra crimes financeiros e conduzindo-os à resposta única de cooperação com os sistemas de controle.

Ocorre que, ainda que esta crítica inicial se desenvolva até a crítica de que a justaposição de normas estrategicamente dispostas para relativizar a incidência das garantias constitucionais seria uma importante ferramenta da governamentalidade contemporânea³¹, ela tanto precisa ser revista à luz da leitura social empreendida por este trabalho, quanto deve observar a já exposta crítica (b) acerca do pressuposto da eficiência do Estado. *Por mais que o sistema seja dotado de coerência interna que obriga os sujeitos a prestarem informações, na prática, para se efetivar o que está legalmente disposto, há dependência de eficiência por parte dos órgãos de controle, pressuposto este que já foi aqui afastado.* Por essa razão, importa mais para este trabalho se apropriar da crítica no sentido em que ela serve ao fim aqui pretendido: a verificação constante dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a revisão das funções de *compliance*.

Neste ponto, faria sentido situar dialeticamente a oposição entre eficiência e garantia no Direito Penal como aquilo que lhe dá forma. O Direito Penal seria a própria pendulação entre os valores, em constante movimento dialético. Partindo deste pressuposto, o que se observa é que o incentivo à resposta única de colaborar com o controle estatal pode gerar o resultado inverso de não-cooperação: em face da desproporção de tratamento, que gera sempre punição independentemente da prática de cooperação sincera por parte do agente, mais a desproporção da sanção aplicada, que busca ocultar os déficits de aplicação do sistema e respondê-los por meio do reforço punitivo contra quem é identificado, aos agentes privados compensaria trabalhar em prol da observação das falhas do controle estatal visando justamente descumprir os comandos normativos sempre que possível. A norma de “cumprimento” existira, paradoxalmente, não para seu cumprimento, mas exatamente para ser descumprida³². Foi exatamente isso que a análise acerca da captura dos agentes reguladores (b) apurou quando levantou a hipótese de prática proposital de sobrecarga de informações

vetor de Estado Social, ora defendendo as garantias contra a intervenção punitiva estatal como respeito ao primado do liberalismo e ao vetor de Estado de Direito. Note-se que esta oposição contemporânea aparece sob diversas roupagens nas diferentes formas de analisar o Direito Penal. A mesma oposição é apresentada de forma crítica por Davi Tangerino, que partindo da diferenciação de Zaffaroni entre Direito Penal e poder punitivo, aponta as funções do Direito Penal como a oposição entre a função conservadora de proteção de bens jurídicos, o controle social, e a função legitimadora do Direito Penal, enquanto ramo científico, a de limitação da intervenção punitiva estatal. A ver: TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia:** contribuições para um Direito penal mais ético. Tese de Doutorado (Doutorado – Direito) – Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Alvinho Augusto de Sá. São Paulo, 2009. pp.16 e ss.

³¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Op. cit., nota 26, pp. 163-166, passim.

³² É interessante analisar como a forma universal do capital tem se comportado nesta crítica: primeiro se ridiculariza a forma na maneira de um cinismo (a lei existe, mas ninguém cumpre), mas em um segundo momento o sistema continua a funcionar mesmo que os supostamente cínicos não acreditem nele (ainda que ninguém cumpra, aquele que deixa tomar público o descumprimento é punido). Isso significa que a crítica ao capital interessa no sentido de exigir que a tutela jurídica leve a sério os próprios termos burgueses, ou seja, a responsabilidade da empresa com a sociedade, os direitos burgueses individuais, a necessidade de uma condição suficiente para o trabalhador, enfim, a reaproximação com as previsões constitucionais do próprio direito burguês e não o recurso à ideologia, cínica, que se vale de inverdades para manter a coesão social.

contra o órgão regulador. Em resumo: a busca excessiva e obsessiva por punição, tratando-a como o referencial de eficiência, valendo-se até mesmo da supressão de garantias fundamentais, seria, em última análise, não só ideologicamente contaminada, mas também uma prática ineficiente.

Do exposto, aponta-se que o atual modelo de tutela da questão penal em *criminal compliance* referenda modelo de capitalismo (e de política criminal) que atua contrário à Constituição por estar distante das garantias³³. A consequência imediata da crítica exposta é a de que, pelas razões expostas, torna-se necessário “empurrar” a adaptação brasileira de *compliance* de volta aos seus limites legítimos, ou seja, passando a se submeter à Constituição e proteger os direitos dos trabalhadores, sendo os direitos fundamentais, sociais e liberais, os limites absolutos da atuação de *compliance*. Isso significa, em termos penais, admitir a busca por eficiência e construir o pouco desenvolvido vetor de garantia no estudo de *compliance* em matéria penal, o que seria até mesmo manifestação da regra constitucional da proporcionalidade³⁴.

Para resolver esta problemática é que é levantada a hipótese de legitimação dos programas de *criminal compliance* a partir da função de instrumento de proteção dos espaços de liberdade e dos direitos dos trabalhadores. O que se propõe é que *compliance* tenha como *elemento legitimador* não somente a prevenção de delitos, algo que é aparentemente possível a depender do contexto, mas *principalmente* a proteção do trabalhador.³⁵ Se é verdade que um programa efetivo de *compliance* sempre interessará primeiramente à própria empresa, é também certo que se mostra interessante

³³ Sobre a necessidade de legitimar *compliance* dentro dos limites constitucionais, afirma Eduardo Saad Diniz: “Pero ninguno de esos interrogantes puede tener mayor importancia para la legitimación de los programas de *compliance* que (d) los mecanismos de intensiva verificación de la aplicación de los derechos fundamentales. En la línea de la institucionalización del orden jurídico, institucionalizando deberes entre privados, entes de Estado o mismo que recomienden deberes de colaboración en la relación entre privados y entes de Estado, Matthias Jestaedt orienta el recurso ‘intensivo’ a la verificación constitucional: ‘la Constitución no se reduce a mero derecho especial (*Sonderrecht*) de las relaciones políticas, sino que asciende a un orden de valores penetrante en cada una de las relaciones jurídicas’. Esa verificación intensiva se constituye en un poderoso instrumento de limitación de los ámbitos de incidencia de los deberes, reduciendo los impactos observados en la institucionalización en los programas de *compliance* y las presiones por integración y cooperación en las libertades individuales”. SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 415-441, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 20 Mai. 2014. p. 439.

³⁴ Apontando a necessidade de reconhecer ambos os vetores sob a regra da proporcionalidade: STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004, p. 315. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 81, p. 325-386, 2005.

³⁵ Em outro momento já nos manifestamos neste sentido, a ver: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III).

para seus empregados, por lhes permitir a defesa, com recurso a mecanismos de prevenção de riscos puníveis, frente às possíveis consequências penais.³⁶

Deste modo, *compliance* se justificaria como instituto jurídico não só pela sua capacidade de prevenção, mas também pela capacidade de organização das empresas e proteção dos trabalhadores.

A seguir, quanto ao (II) fato de que o pouco que se tem de comprovação de eficiência de *compliance* tem como preocupação central os indivíduos, justamente os trabalhadores das empresas que se valem dos programas de *compliance*, isso se evidencia por meio do debate acerca do que seria um programa de *compliance* realmente efetivo, ou seja, com capacidade real de evitar delitos.

Sobre isso, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz afirmam:

Muito se tem debatido, no cenário internacional, sobre o que de fato seria a “efetividade” dos programas de *compliance*. Além dos estudos empíricos sobre a efetividade dos programas de integridade bastante originais de Christine Parker (*supra*), na Austrália, muitos outros “modelos” se dedicaram ao tema da efetividade. Andrew Weismann e David Newman, por exemplo, sugeriram noção mais simples para identificar com maior precisão o que poderia ser de fato um programa efetivo: a) intensiva verificação na supervisão no modelo *tone at the top*; b) auditoria interna para independência das avaliações; c) canal de comunicação com o Conselho de Administração, com a finalidade de atestar seu efetivo compromisso com a integridade; d) adequação aos riscos específicos da empresa; e) compromisso dos empregados; f) equipe de *compliance* preparada para viabilizar e dar utilidade – inclusive negocial – aos programas de integridade. O compromisso dos empregados na capacitação e superação das condições vulneráveis às infrações econômicas podem significar muito mais para a efetividade do programa do que uma normativa tão detalhada quanto o Decreto.³⁷

Uma análise mais detida sobre o exposto é pertinente ao argumento aqui exposto. Percebe-se no trecho acima colacionado que o programa de *compliance* tido como efetivo é aquele que tem uma organização adequada centrada no pilar “*tone at the top*”, que se refere justamente ao comprometimento da alta hierarquia da empresa. Quando isso existe, o exemplo seria dado de cima e orientaria as condutas individuais e estruturais ao longo de toda a cadeia de produção. Além disso, é tido como elemento principal para a efetividade “o compromisso dos empregados na capacitação e superação das condições vulneráveis às infrações econômicas”, mais uma vez em referência ao elemento “empregado” da empresa, neste caso específico apontando sua *adesão* como central para a eficiência de *compliance*.

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, 2012. p. 313.

³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 331.

A seguir, na mesma linha, Marta Muñoz Morales Romero aponta o que seriam programas de *compliance* considerados efetivos na experiência comparada³⁸. A Autora inicia seu trabalho indicando que é difícil saber o que seria um programa de *compliance* efetivo porque, onde sua aplicação existe há mais tempo, eles raramente são julgados na esfera do judiciário, porque costumam servir de parâmetros para a proposição de acordos mais ou menos benéficos pelos órgãos de acusação antes ou durante os processos, de acordo com os padrões mais ou menos elaborados de *compliance*. Em razão da ausência de métrica mais extensa, a Autora tenta partir dos poucos casos concretos de maior relevância (*leader cases*) onde existiu a discussão da eficiência de *compliance*. Valendo-se disso, Marta Morales Romero traça os seguintes critérios:

... Mais especificamente, as medidas que a partir destes acordos devem introduzir ou modificar as empresas poderiam se agrupar em quatro [cinco] blocos: (1) a existência de um código de conduta (um código ético) e de sistemas de formação designados para formar os empregados sobre a existência de dito código, incluindo a certificação para os empregados que tenham recebido uma formação apropriada; (2) a nomeação de um oficial ou chefe de cumprimento normativo (CCO) com recursos próprios e com uma linha direta de contato com a junta diretiva ou com o diretor executivo (adiante, por suas siglas em inglês, CEO - *Chief Executive Officer*); (3) a existência de um sistema de controle e de procedimentos internos sob a vigilância do CCO e projetado para assegurar o descobrimento dos comportamentos ilícitos; (4) o estabelecimento de um canal de denúncias, por exemplo, através de correios eletrônicos controlados pelo CCO que assegurem que os trabalhadores possam denunciar com exatidão e a tempo qualquer comportamento suspeito; (5) a necessidade de que o programa de cumprimento seja revisado periodicamente por auditores externos (tradução nossa).³⁹

Neste caso é ainda mais evidente a referência ao elemento “trabalhador” como central para a eficiência de *compliance*. Dos cinco “blocos” de medidas apresentados, quatro são medidas protetivas dos trabalhadores e se focam neles. No caso de

³⁸ MORALES ROMERO, Marta M. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

³⁹ O texto em língua estrangeira é: “Más específicamente, las medidas que a partir de estos acuerdos deben introducir o modificar las empresas podrían agruparse en cuatro bloques: (1) la existencia de un código de conducta (un código ético) y de sistemas de formación designados para formar a los empleados sobre la existencia de dicho código, incluyendo la certificación para los empleados que hayan recibido una formación apropiada; (2) el nombramiento de un oficial o jefe de cumplimiento normativo (CCO) con recursos propios y con una línea directa de contacto con la junta directiva o con el director ejecutivo (en adelante, por sus siglas en inglés, CEO-*Chief Executive Officer*); (3) la existencia de un sistema de control y de procedimientos internos bajo la vigilancia del CCO y diseñados para asegurar el descubrimiento de los comportamientos ilícitos; (4) el establecimiento de un canal de denuncias, por ejemplo, a través de correos electrónicos controlados por el CCO que aseguren que los trabajadores pueden denunciar con exactitud y a tiempo cualquier comportamiento sospechoso; (5) la necesidad de que el programa de cumplimiento sea revisado periódicamente por auditores externos”. MORALES ROMERO, Marta M. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 222-223.

(1) existência de um código de conduta e sistemas de formação para empregados, isso visa que os trabalhadores assumam os valores empresariais para assim instaurar uma cultura de respeito à legalidade⁴⁰, inclusive com apoio no modelo de *tone at the top*, formando não só a baixa hierarquia, mas sim todos os empregados da empresa, de modo que a alta hierarquia inspire seus subordinados, assim tornando mais provável que os trabalhadores não infrinjam a lei⁴¹, protegendo-os todos contra o cometimento de delitos que potencialmente cometeriam se não existissem estes mecanismos de informação e treinamento; quanto à (2) nomeação do *chief compliance officer* com recursos próprios, há aqui uma busca pela legitimidade da delegação das funções de organização da empresa contra delitos, deste modo delimitando a delegação de deveres; por fim, no que se refere à (3) existência de um sistema de controle e procedimentos internos sob a vigilância do *chief compliance officer* para assegurar o descobrimento dos comportamentos ilícitos e ao (4) estabelecimento de um canal de denúncias que assegure que os trabalhadores possam denunciar com exatidão e a tempo qualquer comportamento suspeito, trata-se de uma forma de organizar os sistemas de investigações e denúncias de modo a garantir sua credibilidade dentro da empresa, a fim de que os empregados efetivamente denunciem as anomalias. Todas estas medidas se centram nos trabalhadores e são também protetoras deles mesmos, enfim apontando para o fato de que um programa de *compliance* não só é mais legítimo, como também é mais efetivo quando se preocupa com os trabalhadores, em especial com a sua proteção.

Não é sem razão que esta condição se apresenta na forma narrada. Conforme já aqui analisado, apurou-se que muitos dos delitos ocorridos hoje dentro da esfera de atuação das grandes corporações têm como condição de incentivo o fato de que os empregados são pressionados dentro do âmbito corporativo a cumprirem metas que os levam a cometer os delitos no interesse ou proveito da empresa em suas atividades laborais. Sobre o tema, vale transcrever novamente a citação de Klaus Tiedemann:

... De uma parte, a sociologia nos ensina que o agrupamento cria um ambiente, um clima que facilita e incita aos autores físicos (ou materiais) a cometer delitos em benefício do agrupamento. Daí a ideia de não sancionar somente a estes autores materiais (que podem mudar e ser repostos), mas sim também, e sobretudo, ao agrupamento mesmo. De outra parte, novas formas de criminalidade como os delitos dos negócios[...] se instalam em sistemas e meios tradicionais do Direito Penal ante dificuldades tão grandes que uma nova aproximação parece indispensável (tradução nossa)⁴²

⁴⁰ Ibid. p. 224.

⁴¹ Ibid. pp.224-225.

⁴² O texto em língua estrangeira é: “De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser reemplazados), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios (...)se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable”. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v.11, jul./set., 1995. p. 22.

Assim, um norte parece ser apontado: se funcionários cometem delitos no interesse da empresa e por isso o foco principal dos programas de *compliance* se daria sobre eles para garantir adesão às boas práticas, seria pelo mesmo motivo que os programas de *compliance* deveriam se preocupar com a proteção destes trabalhadores. Somente assim ele seria legítimo e, por isso, contaria com maior adesão dos empregados, logo, sendo mais eficazes. Deste modo, fariam sentido os supracitados critérios do que sejam programas de *compliance* efetivos e porque eles se centram – e devem mesmo se centrar – na figura do trabalhador. Este ponto ficará ainda mais claro quando da exposição dos mecanismos de proteção dos trabalhadores que materializam a aludida proteção, na forma do que será exposto a seguir.

Antes de adentrar a matéria, contudo, cabe ainda uma ponderação: não se interpreta a proteção do trabalhador como somente um aspecto da eficiência de *compliance*, ainda que este seu efeito seja um dos argumentos para sua efetivação. Em verdade, um programa de *compliance* até poderia ser efetivo sem se preocupar com a proteção do trabalhador, por meio da implementação rígida de vigilantismo e controles, mas será certamente mais efetivo e principalmente legítimo conforme se preocupe mais com a proteção dos trabalhadores. Somente o programa de *compliance* que se estrutura desta forma demonstra que suas iniciativas são sinceras, de promoção de uma nova cultura interna, e não somente uma estratégia de defesa corporativa. Programas de *compliance* que estão preocupados somente com a defesa corporativa já demonstraram que podem aderir à cultura de *compliance* por meio da simples implementação pró-forma de pilares de *compliance*, conforme já exposto ao longo deste trabalho. Ocorre que isso não pode ser o suficiente. *Compliance exige que o parâmetro material buscado seja a promoção do comportamento ético e não somente o cumprimento formal de obrigações legais.* O comportamento ético, contudo, exige ir além destas formalidades. Ele somente poderá ser atingido quando forem reconhecidas as consequências da regulação e a totalidade do que seja “ético” seja buscada. Isso necessariamente inclui não infringir os direitos mais importantes dos trabalhadores de uma empresa que adere à cultura de *compliance*. Portanto, se *compliance* (na forma de programa ou de instrumento de política criminal) é justificado em razão da sua capacidade de prevenir delitos, a função de proteção dos trabalhadores deveria segui-lo para potencializar esta efetividade.

Contudo, as duas funções (eficiência preventiva e proteção dos trabalhadores) não se confundem. Assim como o discurso da eficiência na prevenção de delitos tem justificado *compliance* mesmo na ausência da proteção do empregado, a proteção do empregado é o que pode legitimar o instituto mesmo nos casos em que a efetividade não é comprovada, conforme apontado na (I) discussão acerca da legitimidade de *compliance* em face da incerteza sobre sua eficiência na prevenção de delitos. Deste modo, se em uma interpretação rigorosa seria possível questionar a eficiência de um programa de *compliance* sob o argumento de que o cometimento de um delito é prova de que o modelo de prevenção fracassou, era ineficiente.⁴³ Por outro lado, este mesmo

⁴³ Deste modo Jean Pierre Matus Acuña apresenta a interpretação dos tribunais italianos que resistem a aceitar que a adoção e implementação de um sistema de *compliance* serviria para eximir totalmente a

programa ainda poderia servir para ao menos mitigar a responsabilidade penal, administrativa ou civil da pessoa jurídica, caso comprovasse ter servido de instrumento de proteção dos trabalhadores, evitando os ambientes incitadores de crimes, a violação de direitos fundamentais na estruturação de *compliance* e a criação de bodes expiatórios da responsabilidade corporativa.

Dito isto, cabe ainda ressaltar um último motivo que justifica previsões de *compliance* como instrumento de proteção dos trabalhadores, qual seja: (III) a delegação do dever de prevenção de delitos próprio do Estado não pode estar desacompanhada da proteção das liberdades individuais.

Neste sentido, o argumento parte da ideia de que a “relação entre vigilância e *compliance* se manifesta já desde a origem da própria cultura do cumprimento normativo. Dita cultura, em efeito, não é senão a expressão da delegação às empresas das funções de prevenção de ilícitos (vigilância em sentido amplo) próprias do Estado” (tradução nossa)⁴⁴. O fundamento para a delegação dessas funções do Estado é sua impossibilidade de averiguar e reprimir de forma aceitável os delitos cometidos nas complexas estruturas corporativas sem a ajuda das próprias empresas.

Deste modo, também é sabido que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem se amparado na organização contra delitos. Igualmente, esta se daria por meio dos programas de *compliance*, que seriam relevantes para a imposição de sanções na medida em que tivessem a capacidade *ex ante* de evitar riscos juridicamente não permitidos, ou seja, se tivessem a capacidade de prevenir delitos em um juízo de imputação objetiva.⁴⁵

A função de prevenção de delitos aparece atualmente como a própria razão de fundamentação da pena para a corrente majoritária. Em termos gerais, Knut Amelung já apresentava sua visão do legado de Roxin sobre o sentido de um sistema teleológico do Direito penal na orientação das categorias àquilo que chama de consequência jurídica, ou seja, à pena.⁴⁶ Portanto, denota-se aqui que, na sobredita “delegação” de funções de prevenção de crimes, haveria clara orientação político-criminal de delegação, às empresas, da promoção de funções que são próprias do Direito Penal. A partir desta constatação, a questão que se põe a seguir é: se é autorizado ao Estado

responsabilidade penal em um caso concreto. In: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p.149.

⁴⁴ O texto em língua estrangeira é: “La relación entre vigilancia y compliance se manifiesta ya desde el origen de la propia cultura del cumplimiento normativo. Dicha cultura, en efecto, no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia em sentido amplio) propias del Estado”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 100.

⁴⁵ Id. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. pp. 35-36.

⁴⁶ AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). **El sistema moderno del Derecho penal**. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 100

delegar a empresas aquilo que é uma função do Direito Penal (prevenção contra delitos), poderia o mesmo Estado deixar de exigir que esta delegação venha acompanhada das demais garantias e funções do Direito Penal que ele mesmo se lhe impõe? Aparentemente não. A ideia de delegação de uma função pressupõe, a rigor, a delegação da responsabilidade que a função carrega. Desta forma, se a empresa é delegada da função de evitar o delito, também se arroga na função de não infringir as garantias e direitos daqueles que podem sofrer a intervenção penal do Estado.

Ao enfrentar este problema, uma das funções dentro do direito penal seria de especial interesse: a função do tipo penal. Como se sabe, a ideia central de *compliance* é a prevenção de certas condutas injustas. Não se preocupa especificamente com a culpabilidade de cada agente concreto dentro da empresa, mas sim com o treinamento e a evitação de delitos de forma geral, abstrata. Isso demonstra que a razão do dever preventivo delegado se refere muito mais à prevenção de injustos do que especificamente à punição individual. Importaria, portanto, que, com a delegação das funções de prevenção do direito penal, do Estado para as empresas, estas conservariam o dever de levar a cabo as funções do tipo penal.

Desde esta abordagem, importa lembrar com Amelung que, para Roxin, o tipo penal serviria para a realização do princípio *nulla poena sine lege*. Em termos concretos, isso significaria a efetivação do princípio da legalidade penal. Para Amelung, todavia, a concepção de Roxin seria *demasiado formal*. O Autor aponta, então, a sua própria concepção de função do tipo penal, que seria “descrever um injusto punível (merecedor de pena e necessitado de pena)”. Para ele, contudo, esta determinação depende do sopesamento entre os valores político-criminais de prevenção e os valores de proteção das liberdades individuais.⁴⁷ Isso significa que, ao final, o tipo penal teria por função o estabelecimento das esferas de liberdade de cada pessoa, ou seja, a delimitação destas esferas de liberdade. Isto nada mais é que a condensação da afirmação da liberdade individual (valores de proteção das liberdades pessoais) e de sua limitação (negação, ou condicionamento) em razão da necessidade de proteção de valores político-criminais.

Ademais, cada vez mais a função político-criminal do tipo penal se define com ajuda de considerações jurídico-constitucionais. Isso significa que “são determinantes de seu conteúdo a proporcionalidade, a necessidade e a idoneidade de uma reação jurídico-penal, que se estima a forma mais grave de reação” dos ordenamentos jurídicos em geral. Isso quer dizer que “o objeto da decisão político-criminal já não aparece constituído pela questão de se uma ação deve estar, em geral, proibida, mas sim pela relativa a se deve estar proibida sob [a previsão de uma] pena” (tradução nossa)⁴⁸.

O ponto a que se quer chegar com essa exposição é que, se o Estado pode delegar as funções político-criminais de prevenção de injusto nos modelos de autorregulação regulada, então *necessariamente* terá que fazê-lo sob bases constitucionais.

⁴⁷ Ibid. pp. 102-103.

⁴⁸ O texto em língua estrangeira é: “el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituído por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena”. Ibid. p. 104.

Desta forma, além do respeito aos direitos constitucionalmente garantidos e à regra da proporcionalidade, uma organização empresarial contrária a delitos terá que se empenhar em delimitar de forma *legítima* as esferas de liberdade dos indivíduos, neste caso, os trabalhadores aos quais os programas de *compliance* se direcionam. O resultado prático termina evidenciado: uma vez que até aqui a regulação de *compliance* tem se preocupado somente com a variável de impedir o cometimento de injustos penais, precisaria agora ser capaz de estabelecer a proteção das esferas de liberdade dos trabalhadores, ampliando suas margens de ação lícitas por meio de uma delimitação constitucionalmente condicionada (em especial pelo princípio da proporcionalidade).

Tendo em conta a supracitada questão da pendulação dialética entre eficiência e garantia como a composição do direito penal, se está claro que o modelo de autorregulação regulada somente se referenciou a padrões de eficiência até o presente momento (sem, contudo, atingi-la), então o momento atual, de movimento positivo (na forma da metodologia proposta por este trabalho), somente poderia ser o de construção das funções de garantia em *compliance* como forma de proteger as esferas de liberdade dos trabalhadores.

A partir disso, atribuir aos programas de *compliance* a função de proteção das esferas de liberdade e dos direitos dos trabalhadores, inclusive por vias legislativas, garantiria a proteção de liberdades gerais, não só por meio da limitação da intervenção punitiva estatal, mas também pela verificação constante do respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores das empresas, agora destinatárias do dever de vigilância, tornando enfim os programas de *compliance* legítimos.

Afastando o modelo de prevenção meramente individualista que permite a delegação ilimitada dos deveres, *criminal compliance* serviria finalmente para reconhecer nos funcionários das corporações sujeitos concretos de posições sociais e deveres concretos. Por isso é que se disse que uma análise da legitimidade de uma regulação específica de *compliance* com referência à Constituição deve ser bastante aprofundada, indo além da contenção das distorções da internalização da regulação internacionalmente padronizada e buscando, com efeito, garantir coesão social e desconcentração de poder como forma de atingir pacificação social a partir das possibilidades regulatórias. O que se tem proposto aqui é a defesa de: (a) a verificação e proteção de direitos fundamentais, aptas a (i) conflitar com os impulsos econômicos na formação da política criminal envolvendo *compliance* e (ii) traçar limites objetivos para as responsabilidades penais e investigações internas de *compliance*, limites estes estendidos a todos os sujeitos nas empresas; (b) o retorno do direito trabalho enquanto ponto de contato entre a abstração jurídica e o mundo real, do trabalhador, sendo ele aplicável a todos que recebem ordens e apto a impor limites aos deveres (i) no recebimento de ordens e (ii) na prática das investigações e vigilância internas de *compliance*; (c) o recurso ao direito de empresa, que, com suas previsões de governança e seus institutos particulares, auxilia no direcionamento de *compliance* e na elucidação

dos deveres da alta hierarquia, dotada de poder de mando; (d) o uso das normas profissionais de classe que limitam a responsabilidade ao delinear os riscos específicos de cada profissão; e (e) a observância do direito constitucional não só por ser o topo da hierarquia das normas, mas principalmente porque é o que evidencia a questão política (inclusive de axiologia político-criminal) envolvida e o momento histórico em que ela se insere, assim (i) trazendo de volta a *questão política* (para além da discussão atuarial da eficiência preventiva, própria da cultura de gestão) para o centro da discussão sobre *compliance* e (ii) trazendo balizas confiáveis para os limites de garantia e eficiência, principalmente porque tutela em maior ou menor intensidade todos os quatro limitadores anteriores.

4.3 Os mecanismos de proteção dos trabalhadores⁴⁹

Exposta a fundamentação, faltaria ainda demonstrar como *compliance* poderia servir como instrumento de proteção dos trabalhadores, para além da sua mera previsão aliada à responsabilidade penal empresarial.

Nesta matéria, mais do que em qualquer outra, somente a verificação e proteção dos direitos fundamentais pode dar a limitação necessária aos programas de *compliance* dentro da realidade concreta do ordenamento jurídico brasileiro. A atividade de controle de *compliance* deve estar limitada pela constante verificação constitucional em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores. Sobre o tema, aduz Eduardo Saad Diniz:

Essa verificação intensiva se constitui em um poderoso instrumento de limitação dos âmbitos de incidência dos deveres, reduzindo os impactos observados na institucionalização nos programas de *compliance* e as pressões por integração e cooperação nas liberdades individuais.⁵⁰

A materialização da função de proteção dos trabalhadores se dará, enfim, por meio da elaboração de mecanismos específicos. Alguns deles são aqui sugeridos e estão expostos de forma mais detalhada a seguir.

⁴⁹ O rol de mecanismos aqui elencado é exemplificativo. Os aqui elencados são somente aqueles observados como resultado deste trabalho, sendo possível traçar mais. Aqui tentou-se revisar e ampliar aquilo exposto em: ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de *criminal compliance***. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III).

⁵⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de *Criminal Compliance*. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 426, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014. [tradução nossa].

4.3.1 A verificação dos direitos fundamentais e os limites para as responsabilidades penais: mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir de critérios essenciais de imputação de responsabilidade penal no âmbito corporativo

Na busca por mecanismos de proteção dos funcionários a partir de critérios essenciais de imputação de responsabilidade no âmbito empresarial, são aqui apresentados dois iniciais. Eles se referem a *compliance* (1) evitando a irresponsabilidade organizada na empresa e (2) limitando o sistema de delegação de funções e responsabilidades. Principalmente o segundo (2) se configura como importante mecanismo para a proteção do trabalhador em matéria penal.

Inicialmente cabe citar que de acordo com Artur de Brito Gueiros Souza, estes dois pontos estariam necessariamente abarcados pela exigência de *compliance*. Neste sentido, para o Autor, duas seriam as consequências da adoção de *compliance*: (1) a responsabilidade própria da pessoa jurídica pelo desatendimento à prevenção por meio dos programas de cumprimento e; (2) a clarificação das responsabilidades individuais dentro das cadeias de responsabilidade estruturadas pelas empresas, com especial ênfase nos dirigentes, que se fazem responsáveis pelo descumprimento dos deveres de organização e/ou supervisão da atividade de trabalho organizada dentro da corporação.⁵¹ Estas duas consequências fatalmente serviriam para a proteção do empregado nos moldes de (1) evitar a irresponsabilidade organizada na empresa e (2) limitar o sistema de delegação de funções e responsabilidades.

Detalhando o acima exposto, cabe mencionar que a (1) irresponsabilidade organizada abrange a (a) irresponsabilidade individual organizada, aquela em que os membros da corporação escapam da persecução penal ao se esconderem na organização empresarial, de modo que não são identificados e responsabilizados em concreto⁵², e a (b) irresponsabilidade estrutural organizada, referente à existência, no interior da empresa (especialmente as maiores), de toda uma complexa estrutura que pulveriza os âmbitos de responsabilidade, dificultando a imputação.⁵³ Assim, observa-se que a responsabilidade é pulverizada dentro da organização empresarial, fazendo com que a imputação fique comprometida e relegada aos membros mais frágeis e fungíveis das corporações.

Neste âmbito, somente a responsabilidade penal própria da empresa, independentemente de comprovação de uma responsabilidade individual (inexigibilidade de concurso necessário), é capaz de fornecer uma resposta que garanta a coesão do

⁵¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de '*compliance*'. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 54. São Paulo, 2014. p.120. De forma mais detalhada: Id. **Programas de *compliance* e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Tese de Pós-Doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito, na Área de Especialização em Direito Penal Econômico. Orientadora: Maria João Antunes. Portugal, Coimbra, 2016.

⁵² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). **Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal**. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010. p.177.

⁵³ Ibid. p. 177.

sistema e torne insuficiente a criação de irresponsabilidade organizada dentro da empresa. O modelo baseado no “defeito da organização” seria justamente a resposta estatal correlata à irresponsabilidade organizada.⁵⁴ Por consequência, para os trabalhadores, importa que este modelo que responsabiliza originalmente a empresa incentive a adoção de estruturas de organização que tendem a limitar o potencial de criação de destinatários individuais pré-definidos (na forma de “bodes expiatórios”) de toda a responsabilidade pelos crimes cometidos em benefício da empresa, algo que ocorre com mais facilidade quando há irresponsabilidade estrutural organizada.

Importante ter em conta que, como o que se pretende é que a responsabilidade própria da empresa seja o contraponto à irresponsabilidade organizada, então só pode ser a má organização da empresa o fundamento da sua responsabilização. Assim, o “ponto de contato” para a responsabilidade própria da empresa seria a ocorrência de um “injusto” (comissivo ou omissivo) que guardasse relação com sua má organização e que a empresa tolerou ou, por uma omissão reprovável, permitiu ou favoreceu⁵⁵. Desta forma, para que se atribua responsabilidade penal à empresa, o “defeito de organização” precisa ser determinante para a produção do delito cometido por algum indivíduo⁵⁶. Adotados estes parâmetros, pretende-se deixar explícito que a irresponsabilidade organizada é a consequência a ser evitada. Por consequência, como o foco se dá na própria empresa (sua organização), ficam protegidos os trabalhadores, tanto da ênfase da persecução estatal, quanto da probabilidade de criação de “bodes expiatórios”, que termina por diminuir porque somente entregar um trabalhador como responsável não é mais o suficiente para “limpar os pecados” da empresa.

Apesar da ênfase na organização, é de se ressaltar, por outro lado, que a desorganização da empresa (falta de mecanismos de proteção contra a ocorrência de crimes) não significa responsabilidade automática, objetiva. Para que sejam respeitados os conceitos modernos de direito penal, a desorganização precisa aumentar os riscos delitivos. Esta assertiva dialoga com aquilo que Silva Sánchez vem a falar sobre uma avaliação futura⁵⁷ do programa de *compliance* quando ocorre um delito: após a consumação do crime, olhar-se-ia para o momento anterior ao fato e seria feito um juízo sobre este momento passado, tentando inferir se a existência do programa de *compliance* e seu cumprimento pelo indivíduo àquele momento seriam suficientes para proteger contra o resultado e seus efeitos.

Se a análise culmina em uma resposta positiva, a falta de *compliance* configuraria o risco não permitido materializado no resultado e, por isso, justificaria a punição da empresa pelo delito ocorrido no momento presente. Nestes casos, a implementação de *compliance* em momento posterior ao delito (mas antes da resolução judicial

⁵⁴ Ibid., passim.

⁵⁵ Ibid. p.224

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p. 36.

da questão) sempre serviria para mitigar a sanção contra a empresa⁵⁸ (da forma como aparece na legislação espanhola desde 2010, previsão mantida após 2015). De todo modo, para estes casos, a previsão da responsabilidade penal empresarial como contraponto à irresponsabilidade organizada é notável, apresentando as já esperadas consequências de proteção dos trabalhadores, na forma acima exposta.

Já nos casos em que a avaliação retrospectiva do programa de *compliance* termina por concluir por uma resposta negativa, ou seja, se o programa de *compliance* era inapto para diminuir o risco delitivo, então a punição já não teria fundamentação adequada, pois careceria de idoneidade para a proteção do bem jurídico afetado.⁵⁹ Como a punição serve para incentivar a adoção de estrutura de organização contra delitos por parte da empresa, caso a adoção da estrutura fosse irrelevante para o resultado final, a punição pela falta dessa estrutura é igualmente irrelevante para proteger o bem jurídico do resultado. Em síntese, a punição da empresa nesses casos teria capacidade preventiva (própria das funções tanto de *compliance* quanto do Direito Penal) irrelevante, pelo que sua exigência se faria desnecessária, devendo-se ter em conta a regra de proporcionalidade e o princípio da culpabilidade. Para os trabalhadores, isso também não significa piora de condições contra imputações penais, uma vez que, se a organização seria indiferente para diminuir as chances de ocorrência do resultado, então é perfeitamente possível deduzir que não havia qualquer medida a ser tomada por qualquer membro da empresa que fosse capaz de impedir o resultado (excluindo as responsabilidades por omissão) e que somente pode ser responsabilizado aquele que agiu de modo incontrolável (responsabilidade de quem age fora dos limites de sua atuação sob controle da empresa).

Em conclusão, na hipótese de (1) evitar a irresponsabilidade organizada na empresa como mecanismo de proteção do empregado, o que se apura é que, como recurso ao déficit de organização, o Estado torna a empresa o destinatário principal do dever jurídico de se organizar contra delitos, e não prioritariamente o trabalhador.⁶⁰ Na falta de organização, a empresa é imputada, buscando a responsabilidade do ente coletivo, que é aquele mais capaz de tomar medidas de proteção contra os crimes. Assim, aumentam-se o potencial preventivo dos programas de *compliance* e a legitimidade de uma sanção, além de se proteger os trabalhadores nas cadeias de responsabilização penal dentro das empresas. Desta forma, é arquitetado um sistema em que *criminal compliance*, ao lado da responsabilidade penal empresarial autônoma e plena, vem a combater a “irresponsabilidade organizada”, finalmente protegendo os trabalhadores, principalmente os mais vulneráveis e fungíveis, de imputações penais injustas.

A seguir, em matéria de responsabilidade penal individual, a (2) limitação do sistema de delegação de funções e responsabilidades dentro da empresa aparece como essencial para a proteção dos trabalhadores.

⁵⁸ Ibid. p. 36.

⁵⁹ Ibid. p. 36.

⁶⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, pp. 304 e ss.

Neste ponto, inicialmente, dentro da organização corporativa, em função da divisão do trabalho e da forte estrutura hierarquizada que existe atualmente, agravada pela especialização na cadeia de produção⁶¹, as decisões dos órgãos de direção das empresas não são ou podem não ser acompanhadas de movimentos físicos relevantes dos próprios decisores. Por outro lado, os movimentos corporais dos executores das decisões também se distanciam frequentemente e em grande parte têm, ou podem ter, significado periférico nos processos de decisão. Em razão da divisão do trabalho, há grande distância entre uma decisão, a execução de ação e a posterior produção do resultado criminoso. Por isso, os agentes que executam as ações que posteriormente geram resultados delituosos, na sua perspectiva limitada dentro da esfera empresarial, não percebem a sua contribuição para a produção do evento criminoso ou consideram que só prestam contribuições inofensivas.⁶²

Uma vez que, em função da hierarquização, normalmente as pessoas que ocupam as posições de chefia são aquelas que planejam e ordenam a prática dos fatos caracterizados como atos de empresa (lícitos ou ilícitos), para Tiedemann, a autoridade dos superiores conduziria a um dever de garantia que os obrigaria a impedir o delito dos subordinados, exercendo o devido controle.⁶³

A partir disso, a responsabilização de um agente que ocupa posição de chefia dependerá do seu comportamento no intuito de tentar ou não prevenir os delitos no escopo da empresa, respeitando aquilo que está sob sua autoridade e os requisitos próprios dos crimes na modalidade de comissão por omissão. Deste modo, aqui importa que as responsabilidades penais não estruturarem somente na base da comissão do delito por meio da ação, mas também pela comissão por omissão em face da possibilidade de tomar medidas de proteção, observando deveres de garante com a elaboração dos programas de *compliance*.⁶⁴

Enfim, para o direito brasileiro, nos casos de comissão por omissão (ou omissão imprópria), as punições possíveis decorrem da posição de garante prevista na parte geral do Código Penal, nos termos do art. 13, §2º, do diploma, a ver:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

⁶¹ Nos moldes da crítica de BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: a degradação do trabalho no Século XX. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2015. passim.

⁶² SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009. p. 329.

⁶³ TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p. 40.

⁶⁴ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, p. 302.

- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Conforme bem recorda Ana Carolina Carlos de Oliveira, a posição de garante é importante na comissão por omissão porque, uma vez definido o dever de garante, todo o desenvolvimento posterior do delito se dará na mesma forma do crime comissivo. Isso se dá porque, na forma bem explanada pela Autora, a principal razão para se punir a comissão por omissão é sua identidade normativa com a ação criminosa (a relevância da omissão para a ocorrência do resultado é normativamente semelhante à da ação). Por essa razão, a existência do tipo de comissão por omissão serve justamente para delimitar a aplicação desta forma de responsabilização e, principalmente, para delimitar a posição de garante. Como a posição de garante tem especial função de garantia, é necessário estabelecer de forma bastante precisa os contornos da posição, especialmente com foco na assunção da posição, algo que Ana Carolina Carlos de Oliveira expõe de forma muito completa em sua tese.⁶⁵

Nestes termos, apura-se que a posição de garante atualmente convive com uma mescla das perspectivas formais (somente os requisitos formais do art. 13, §2º do Código Penal: lei, contrato e anterior criação de risco) e materiais (especial função de proteção do bem jurídico por parte do garante, dever especial de controle sobre certas fontes de perigo, ou ingerência anterior da própria esfera de liberdade que é capaz de causar danos a terceiros) na doutrina e na jurisprudência. Assim, é proposta a releitura dos requisitos formais do art. 13, §2º do Código Penal a partir da combinação com a perspectiva material da posição de garante.⁶⁶

Por fim, para que se puna alguém por crime em comissão por omissão, o dever de garantia deve estar acompanhado da possibilidade de tomar a medida de proteção⁶⁷. Apurar esta possibilidade exige avaliação das condições pessoais e materiais do garante para realizar a ação de proteção, ponderando-se também o conhecimento da situação de perigo, do dever de agir e do meio de evitação. Somente quando tudo está favorável ao cumprimento do dever, por meio da tomada de ação que protege que um risco juridicamente desaprovado siga ameaçando o bem jurídico até causar o resultado, é que se poderá falar em responsabilidade penal do garante em comissão por omissão.⁶⁸

⁶⁵ Cf.: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos obrigados pela lavagem de dinheiro**: o dever de informação. Tese de Doutorado. Orientador: Professor. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 2016.

⁶⁶ *Ibid.*, passim. É de se ressaltar que, em seu trabalho, a Autora vai além deste diagnóstico que é aqui apresentado. Em sua tese, Ana Carolina oferece proposta própria e mais atual de perspectiva material da posição de garante.

⁶⁷ Normalmente se observa, na doutrina, a utilização do termo “possibilidade de evitar o resultado”, que aqui foi substituído por “possibilidade de tomar a medida de proteção”. Isso se dá porque o dever não é de evitar resultado, é agir para conter risco. O resultado é naturalístico, da esfera do “ser”, enquanto o direito (e as normas de comportamento) é sobre exigir condutas, da esfera do “dever ser”. Por isso, mesmo no caso dos crimes comissivos não há proibição de resultado, o que está proibido é sempre o comportamento que gera o resultado. Na omissão, esta descrição normativa é ainda mais forte. Sobre isso, cf.: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Loc. Cit.*

⁶⁸ *Ibid.*

Diante disso, é possível concluir que a comissão por omissão: (1) está na essência de cada tipo penal de crime de resultado (quando há distância temporal – ainda que mínima – entre o ato e o resultado de lesão ao bem jurídico) e é punida em razão da identidade normativa com a ação; (2) atualmente exige a mescla entre os requisitos formais (art. 13, §2º do Código Penal) e materiais (assunção da função de proteção de um bem jurídico, domínio sobre a fonte de perigo, ou ingerência anterior da própria esfera de liberdade que é capaz de causar danos a terceiros) para apurar um dever de garante e; (3) exige avaliação da possibilidade de cumprir o dever de garantia, ou seja, análise e ponderação das condições pessoais e materiais do garante para realizar a ação de proteção, ponderando-se também o conhecimento da situação de perigo, do dever de agir e do meio de evitação.

A partir do exposto, em apertada síntese, o dever de garante poderia aparecer em *compliance*, por exemplo, caso o contrato social estabelecesse a obrigação como atribuição do mandato da alta hierarquia, ou se alguém se obrigasse como *compliance officer* em programa de *compliance* direcionado à evitação do delito (cabível no caso da Lei Anticorrupção), na hipótese da alínea “b” do art. 13, §2º, do Código Penal. Neste caso, a pessoa obrigada em contrato deve assumir a especial função de tomar medidas de proteção contra o resultado e/ou ter o domínio sobre a fonte de perigo.

Também seria possível apurar a posição de garante se a lei *exigir* a implementação da organização empresarial interna para *evitar delitos* (e com isso de *compliance*), situação em que a posição seria apurada com base na alínea “a” do sobredito dispositivo penal. Ainda poderia se fundamentar tal hipótese em leis de natureza empresarial (em especial a Lei das Sociedades Anônimas) que atribuem deveres aos administradores e diretores, sendo que a natureza deste dever (civil, administrativo ou penal) somente se apuraria nos casos concretos.⁶⁹ Mais uma vez, a pessoa obrigada em contrato deve assumir a especial função de tomar medidas de proteção contra o resultado e/ou ter o domínio sobre a fonte de perigo. Aqui, contudo, é possível falar também em assunção por ingerência anterior, uma vez que, se a lei prevê a responsabilidade da empresa por algo, quem a inicia (proprietários) expande sua esfera de liberdade ao ponto de possivelmente causar danos a terceiros (com o desenrolar da atividade produtiva da empresa). Neste caso, é aceito, em geral, que os deveres de proteger contra resultados danosos da atuação da empresa (e, com isso, a posição de

⁶⁹ Para o caso de sociedades anônimas, o devido cuidado do administrador é retirado dos deveres e responsabilidades dos administradores presentes nos artigos 153 e 158 da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), a Lei n. 6404/1976. Para as demais formas empresariais, o devido cuidado é retirado dos arts. 1.011 e 1.016 do Código Civil. Ainda é digna de referência a previsão do art. 142, III, da mesma Lei das Sociedades Anônimas, que impõe ao Conselho de Administração o dever de fiscalizar os diretores, seus inferiores hierárquicos. Sobre disposição semelhante nos dispositivos europeus de direito econômico, afirma Tiedemann: “Igualmente se deduce una posición de garante de los miembros del Consejo de vigilancia a partir de la tarea de vigilar que tiene éste en relación con la dirección del negocio, tal como está normado en el art. 111 Ley de Sociedades Anónimas”. TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. p.143. A partir disso, em razão do art. 145, o mesmo valeria para os diretores fiscalizando os hierarquicamente inferiores e assim por diante.

garante) possam ser delegados, quase que em sua totalidade, aos administradores (controle) da empresa, igualmente por lei.

Por fim, também a alínea “c” do art. 13, §2º do Código Penal pode fundamentar o dever de garante na esfera das corporações. Para isso, parte-se da consideração de que realizar uma atividade produtiva significa “comportamento anterior que cria riscos de ocorrência de resultados criminosos”. Isso se daria porque a atividade produtiva supõe riscos para terceiros, razão pela qual quem a inicia seria garantidor do seu controle.⁷⁰ Com isso, apresenta-se a discussão doutrinária sobre a possibilidade de o empresário ocupar ou não a posição de garante, a fim de evitar o cometimento de ilícitos no exercício de atividades de sua empresa. Ela se dividiria em dois posicionamentos: (1) aquele que a admite, mas apenas sob a existência de um regime, mesmo que extrapenal, qualificando o agente como tal; e (2) aquele que considera não haver necessidade de uma regulamentação especial que corrobore esse dever de cuidado para evitar o resultado lesivo.⁷¹

De todo modo, sempre que se considerar possível fundamentar a posição de garante do empresário com base na alínea “c” do art. 13, §2º do Código Penal, é preciso que se apure se o empresário tem domínio sobre a fonte de perigos, ou que, com a criação da empresa (e a conseqüente ingerência da esfera de liberdade atingindo terceiros), aquele risco específico que se materializou no resultado tenha sido efetivamente criado a partir da criação da empresa, com capacidade de causar danos que o empresário deveria evitar por meio da tomada de medidas de prevenção (proteção).

Como a comissão por omissão é regulada pelo art. 13, §2º do Código Penal e o princípio da legalidade é rígido, seria o caso de verificar se (a) a hermenêutica dos dispositivos jurídicos referentes ao Direito de Empresa acima expostos exigiriam o dever de garantidor; (b) em quais casos essa assunção é feita por meio de contrato, em especial quando a empresa adere espontaneamente a *compliance* e indica um *compliance officer* (que se compromete por contrato a evitar delitos e se submete à vigilância da alta hierarquia); (c) se a posição de garantidor pode ser fundamentada no fato de se realizar uma atividade produtiva que cria riscos para terceiros a partir da compreensão de que “iniciar uma empresa” seria a “criação do risco da ocorrência do resultado com o comportamento anterior” da alínea “c” do supracitado dispositivo. A isso se somaria o caráter material de cada uma das posições de garante formalmente previstas em lei. Por isso, além de existir um dos fundamentos anteriores, ele deveria estar acompanhado por um dos seguintes: (I) a assunção da especial função de proteção do bem jurídico por parte do garante; (II) o dever especial de controle sobre certas fontes de perigo, ou; (III) a ingerência anterior da própria esfera de liberdade que é capaz de causar danos a terceiros. A verificação desses requisitos deve ser feita, como não poderia ser diferente, em cada caso concreto.

⁷⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de *compliance* e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial.** Op. cit., nota 6, p.151.

⁷¹ *Ibid.*, p. 154.

A seguir, para demonstrar como as responsabilidades se materializariam, considerar-se-á somente o cenário em que é possível a responsabilidade pela omissão.

Partindo deste cenário, cabe ressaltar, de início, como a responsabilidade dos superiores hierárquicos irá incidir e se vincular à dos trabalhadores, tanto (a) contra pessoas alheias à empresa como (b) contra outros companheiros de trabalho. No (a) primeiro caso, o superior tem dever de controle sobre a fonte de perigo que sua empresa constitui. Assim, caso ela gere danos a terceiros, o superior pode se fazer responsável pela (não) evitação.⁷² Nestes casos, será fator central de responsabilização a elaboração e a execução dos programas de *compliance* das corporações, pois são a forma de controlar a fonte de perigos ou proteger contra a ingerência acima aludidas. Já no (b) segundo caso, o mesmo superior hierárquico tem sua posição de garantidor baseada na assunção de função de proteção de bens jurídicos⁷³, que, neste caso, é a proteção de seus trabalhadores contra condutas delitivas de outros, como, por exemplo, a causação de acidentes ou o assédio sexual.⁷⁴ Ao contrário do anterior (a), o fundamento da posição de garante aqui não se dá em razão dos resultados do andamento da atividade produtiva, mas sim da posição de organizar as pessoas que é assumida pelo empresário. Quando ele assume essa posição, assume a proteção dos bens jurídicos acima descritos. Aqui, mais uma vez, a existência de programa de *compliance* pode se configurar como importante prova de cumprimento do dever, já que, nos casos de sua ausência, a justificativa das medidas de controle adotadas ou de sua falta é mais difícil.

A partir do exposto, caracterizada a responsabilidade penal originária dos proprietários e administradores da empresa, baseada em deveres concretos, restaria saber como esses deveres são cumpridos e qual a repercussão para a responsabilidade penal dos indivíduos.

No tocante ao tema, é importante a contribuição de Juan António Lascuraín Sánchez. O Autor discute com autoridade o tema da responsabilidade em comissão por omissão e a delegabilidade de deveres próprios do garante e, em suas duas principais passagens sobre o tema no *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*⁷⁵, aponta como fica a questão na realidade específica de *compliance*.

⁷² ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v. 22, n. 108, maio/jun., 2014. p. 159.

⁷³ Ibid. p. 159.

⁷⁴ Conforme o art. 7º da Constituição: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O mesmo aparece na Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo V, referente à segurança e medicina do trabalho, em extensa regulação nos arts. 154 e ss.

⁷⁵ Cf.: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; Id. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Op. cit.

Para o Autor em questão, é justamente a questão econômica que justifica a delegação de deveres. O empenho da propriedade na forma específico da empresa (sócios) gera aquela série de riscos que estão sob o domínio (controle) dos administradores. Isso termina por gerar uma natural/necessária delegação de deveres dos proprietários para os controladores. Estes, ao seu turno, irão administrar não só os conflitos de governança, mas também aqueles da oposição entre capital e trabalho. Esta oposição, atualmente, manifesta-se especificamente na forma da divisão do trabalho, altamente especializado, gerando delegações de funções que são mesmo necessárias para o correto andamento e a existência das empresas. Desta forma, a delegação de deveres (inclusive de garantia), que é acompanhada pela delegação de responsabilidades, não é mera forma de estruturar as responsabilidades penais dentro da empresa, mas sim a única forma de organização produtiva das empresas no atual contexto. A delegação, em síntese, é necessária para a própria manutenção das empresas.⁷⁶

Para Lascuráin, é a liberdade de delegante e delegado que permite que existam tanto a delegação, quanto a responsabilidade pela posição de garante. Para o Autor, a responsabilidade em comissão por omissão está justificada com base na imputação objetiva do resultado: há a criação de (deixar que siga) um risco juridicamente desaprovado (pela posição de garantia) que se materializa no resultado criminoso. O critério do dever de garantia, para Lascuráin Sánchez, também é material e se especifica em: domínio sobre fontes de risco, ingerência na esfera de autonomia alheia e assunção de faculdade de autoproteção de outro ou de um dever de garantia que outro delegue. Desta forma, a delegação de deveres termina por criar o dever de garantia para o delegado. Em razão disto, Juan António Lascuráin Sánchez passa a se preocupar justamente com os requisitos, condições e a limitação da delegação.⁷⁷

A preocupação do sobredito Autor com os limites da delegação é compartilhada por vários criminalistas. De início, por exemplo, Klaus Tiedemann traça os requisitos básicos para a delegação, a ver:

Segundo os critérios aplicáveis, a delegação deve ser precisa, especial, temporalmente limitada e somente pode se referir a uma parte das tarefas do nível superior ou mais elevado; ademais, os delegados devem ter a suficiente competência como para assumir as funções encomendadas. Em todo caso, a máxima responsabilidade pela eleição, a vigilância e o controle ficará em mãos de quem fez a delegação.⁷⁸

⁷⁶ Id. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, passim.

⁷⁷ Ibid. e; Id. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Op. cit.

⁷⁸ O texto em língua estrangeira é: “Según los criterios aplicables, la *delegación* debe ser precisa, especial, temporalmente limitada y solamente puede referirse a una parte de las tareas del nivel superior o más elevado; además, los delegados deben tener la suficiente competencia como para asumir las funciones encomendadas. En todo caso, la máxima responsabilidad por la elección, la vigilancia y el control quedará en manos de quien hiciera la delegación. (...) el principal no puede deshacerse completamente (...), o sea (...) el representado no puede delegar por completo su responsabilidad”. TIEDEMANN,

A seguir, nota-se que, normalmente, a delegação termina por ser a regra. A designação de um *compliance officer* ou a instalação de um programa de *compliance* pelo conselho de administração é apontada por Silva Sánchez como necessidade prática que seria imposta pela complexidade organizativa das empresas modernas. “A relação entre vigilância e *compliance* se manifesta já desde a origem da própria cultura do cumprimento normativo. Dita cultura, em efeito, não é senão a expressão da delegação às empresas das funções de prevenção de ilícitos (vigilância em sentido amplo) próprias do Estado” (tradução nossa)⁷⁹. E se o fundamento para a delegação do Estado é sua impossibilidade de averiguar e reprimir todos os delitos nas complexas estruturas corporativas, o fundamento da delegação dentro da empresa é a divisão do trabalho que caracteriza a organização da atividade produtiva.

Em face das particulares condições da divisão do trabalho atualmente, parte-se da leitura social aqui empreendida, a título de crítica dos critérios tradicionais de fundamentação, para traçar os critérios de atribuição e limitação dos deveres de garantia.

A hipótese proposta se baseia inicialmente no reconhecimento da inexistência de equivalência de forças na estrutura de empresa e no fracionamento do delito. Nisso se diferenciam os tomadores de decisão dos executores dos fatos, muitas vezes com distância muito grande entre uns e outros e entre suas respectivas condutas e o resultado criminoso concreto. Como demonstrado, esta situação é somente mais um reflexo da gerência do trabalho. A partir destes pressupostos, a forma de atribuir responsabilidades penais individuais terminaria por exigir uma certa diferenciação hierárquica nos deveres e responsabilidades. Essa diferenciação tem amparo material no reconhecimento da nova forma de divisão do trabalho e da estrutura de divisão da sociedade em classes sociais.

A diferenciação hierárquica nos deveres e responsabilidades penais se daria para considerar as concretudes dos sujeitos e responsabilizar cada um conforme sua realidade dentro da empresa e da estrutura do delito. Ela seria, enfim, a barreira final à delegação de responsabilidades indiscriminada⁸⁰.

Com efeito, o que importará aqui é que, a partir da leitura social exposta, considera-se a grande corporação como o que ela de fato é, assim estipulando de forma mais precisa não só aquele que deve, mas também aquele que não deve ser punido. Como as corporações se organizam de maneira que podem influir nos comportamentos dos sujeitos, observa-se que a posição “não-livre” do trabalhador ficaria mitigada pelo reconhecimento de que os processos de tomada de decisão que podem alterar a

Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. p.175.

⁷⁹ O texto em língua estrangeira é: “La relación entre vigilancia y compliance se manifiesta ya desde el origen de la propia cultura del cumplimiento normativo. Dicha cultura, en efecto, no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia em sentido amplio) propias del Estado”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. Cit., nota 44, p. 100.

⁸⁰ Este limite estaria incluído naquilo que se levantou anteriormente sobre como as novas funções e objetivos de *compliance* poderiam gerar consequências para a própria compreensão do que seria um programa de *compliance* eficiente.

cultura da empresa não o incluem, desta forma limitando e melhor apontando as responsabilidades penais individuais.

Por esta razão, os agentes que compõem a alta administração, os únicos que conhecem e dimensionam a totalidade do processo produtivo da empresa e aqueles que efetivamente dominam os processos e decisões, além de serem capazes de nortear a cultura da empresa (*tone at the top*), dialeticamente não só são capazes de tomar decisões delituosas, mas sim, e ao mesmo tempo, são os únicos capazes de tomar as decisões que levem à cultura antidelituosa. A construção dos deveres penais a partir de tais considerações será essencial.

Partindo destes pressupostos, busca-se aqui uma aproximação ao posicionamento de Enrique Bacigalupo sobre o tema. O Autor propõe que “uma adequada organização deveria ter uma cadeia de supervisões com deveres de ação no nível mais baixo, deveres de direção e controle no nível médio e deveres de organização no nível mais alto” (tradução nossa)⁸¹. Note-se que, nestes casos, é a *falta* do cumprimento do dever de cada setor hierárquico⁸² que fundamenta a responsabilidade penal.

Este tipo de divisão inclusive garantiria que, ao não ter mais o dever de vigilância geral sobre a ação de todos os funcionários, a alta administração teria seu dever de garantia mais bem delimitado (e limitado), evitando a expansão do poder punitivo demasiadamente. Por outro lado, o dever de organização agora se impõe. E quando o dever é delegado, a limitação à delegação aparece. Isso porque o conselho de administração ou a diretoria deve acompanhar a atividade do delegado, pois os deveres de vigiar e intervir permanecem, mesmo após a delegação⁸³, e sua falta ensejaria a responsabilidade penal por *culpa in eligendo*.⁸⁴ Trata-se daquilo que Silva Sánchez enfatiza sobre o “mínimo” que *deve* ser feito após a delegação da função: o estabelecimento de um protocolo de informações periódicas em que o delegante deve se informar acerca do desenvolvimento da atividade delegada, assim exercendo a vigilância sobre o delegado.⁸⁵

⁸¹ O texto em língua estrangeira é: “Una adecuada organización debería tener una <cadena de supervisiones con deberes de acción en el nivel más bajo, deberes de dirección y control en nivel medio y deberes de organización en el nivel más alto>”. BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 120.

⁸² Para a alta hierarquia a falta de organização da empresa; para a média, a falta de direção e controle sobre os hierarquicamente inferiores; para a baixa hierarquia, a falta de ação de evitação do crime a que o empregado estava obrigado.

⁸³ Por isso é que Lascuráin Sánchez defende que a delegação não transfere o dever, mas somente o transforma: enquanto a delegação passa adiante grande parte dos deveres de implementar medidas de proteção, por outro lado ela mantém com (e até mesmo cria para) o delegante os deveres de vigilância (periódica) do delegado e o de intervir quando averigua algo incorreto. Cf. LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. Cf. também, sobre os deveres dos administradores, o art. 142, III, da Lei das Sociedades Anônimas.

⁸⁴ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit., nota 81, p. 120.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. Cit., nota 44, p.99.

Delimitar os limites dos deveres e responsabilidades da média hierarquia é outra questão importante. Trata-se dos casos daqueles que recebem ordens de superiores e ditam ordens aos subalternos. Por isso, seus deveres de garantia não se referem a somente fazer algo que é devido para evitar um delito (e consequentemente a responsabilidade). Importa, para a média hierarquia, como já exposto, o dever de direção e controle. Isso se referirá, principalmente, à vigilância dos seus inferiores hierárquicos imediatos e do controle na sua esfera da área produtiva.⁸⁶ Nesta seara, o caso de delegação mais emblemático é o do *compliance officer*, pelo que se pretende desenvolver os demais casos para a média hierarquia a partir dele.

Quanto ao *compliance officer*, a função que carrega após a delegação se refere inicialmente à implementação do programa de *compliance*. Uma vez estruturado este, a função do *compliance officer* irá se referir principalmente à obtenção de conhecimento e à transmissão da informação obtida a seus superiores, além de promover pela melhoria de eficiência do programa, visando que se corrijam as condutas defeituosas ou os estados de situações perigosas constatadas.⁸⁷ Ou seja, a delegação por parte da alta administração ao *compliance officer* não deveria incluir as funções de sancionar e de corrigir as situações problemáticas apuradas, algo que se justifica até mesmo pela falta de especialidade e domínio de poder hierárquico de um *compliance officer* para exercer tais funções, pelo que uma delegação dessas seria ilegítima e, por isso, não deveria ser mantida. As funções de disciplina continuam presas ao gerente direto do trabalhador e à alta hierarquia, principalmente quando o *compliance officer* não se coloca em posição de assunção deste dever específico (o que não só é o mais comum, é também o mais aconselhável, de modo a evitar que os trabalhadores vejam o *compliance officer* como um misto de “xerife” e “juiz”). A correção dos problemas observados, ao seu turno, depende de ordem (ação) direta da alta administração.⁸⁸ Mais

⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., nota 81, pp. 120-121.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. Op. Cit., nota 44, p.104.

⁸⁸ Por isso, as atribuições da média hierarquia ficariam restritas a seus espaços específicos de atuação, todas seguindo a mesma regra geral do *compliance officer*. Disso se denota, na prática, que os deveres de correção “ricocheteariam”: a partir do *compliance officer*, o dever subiria para a alta administração, mas ele, ao seu turno, já teria sido delegado para um setor produtivo gerencial específico que fará seguir o caminho da disciplina hierárquica. É necessário lembrar que, sempre que a alta hierarquia delega um dever, ela mantém o dever de vigilância sobre o órgão delegado e precisa se informar periodicamente sobre a atuação dos órgãos delegados. *Compliance* pode justamente fornecer o adequado canal de comunicação nesta esfera e demonstrar que houve a informação adequada. A tomada de informação será muito importante quando apurada a partir da *Business Judgement Rule*. De acordo com Júlio César Ribeiro, a *business judgment rule* seria uma regra, criada nos Estados Unidos da América, que visa afastar (ou limitar) a análise do mérito da decisão de administradores nos contextos em que uma decisão sua gerou danos para a própria empresa. Nestes casos, a regra afastaria (ou limitaria) a responsabilidade do administrador “em casos em que suas decisões, embora posteriormente tenham se revelado negativas à sociedade: foram prolatadas sem conflito de interesses (entre administrador e sociedade); respeitaram um procedimento de tomada da(s) decisão(ões) (devidamente informado); e se revelaram racionais”. RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *business judgment rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. vol. 937/2013. Nov., 2013, p. 391. No Brasil, o instituto foi previsto pela Lei de Sociedades Anônimas em seu art. 159, § 6º, que dá ao juiz a possibilidade de exclusão da responsabilidade do administrador se ficar convencido de que ele agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. No direito brasileiro, a regra serviria para retirar a responsabilidade dos administradores nos casos de responsabilidade civil,

uma vez, o *compliance officer* não se coloca em posição de assunção deste dever específico (o que não só é o mais comum, é também o mais aconselhável, pelas razões já expostas), razão pela qual não pode ser penalizado pelo seu descumprimento.

Ainda, dado que a delegação de deveres visa à salvaguarda de terceiros, ela não será efetiva, ou seja, não poderia exonerar o delegante – nem porventura a constituição de um novo garante – se a incumbência for feita em quem não tiver competência e capacidade para cumprir os respectivos deveres. “Os diversos deveres de garantia que recaem originariamente na administração da empresa só se delegam quando, entre outros requisitos, se atribui ao delegado o necessário domínio para o cumprimento do dever”⁸⁹, o que é aqui entendido como a disponibilidade de meios materiais (programa de *compliance* efetivo e não cosmético, dotado de condições de pessoal e de recursos financeiros) e pessoais (conhecimento técnico e autonomia de ação) para cumpri-los, sob pena de não exonerar o delegante da responsabilidade penal originada no dever de organização.

Disso seapura que o agente deve ter qualidades especiais, sendo intelectualmente capaz de organizar a empresa, além de estar dotado de condições técnicas, de pessoal e de recursos financeiros para fazer o programa de *compliance* funcionar. Também deve existir liberdade para fazê-lo, sem que haja necessidade de se submeter a intromissões na sua atuação por eventuais agentes suspeitos somente porque estão

contudo a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) teria estendido sua aplicação à esfera das responsabilidades administrativas, conforme aponta Júlio César Ribeiro: “A respeito do problema de análise do mérito da decisão, alguns processos administrativos movidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – para responsabilizar gestores de sociedades anônimas abertas nos termos da Lei 6.385/1976 -78 têm colocado em pauta a *business judgment rule* (em medida consideravelmente maior que a Justiça Comum). Nesses processos, vem se firmando o entendimento de que o julgador (neste caso a CVM) *não deve se imiscuir nessa discricionariedade* (do administrador) *e, a bem dizer, nem tem este poder*.⁷⁹ Nesse sentido, em decisão proferida no ano de 2006, a CVM estabeleceu (com base no direito estadunidense) que uma decisão para gozar da regra da *business judgment rule* deve ser ser: (a) informada; (b) refletida; (c) desinteressada. Além disso, deixa clara a necessidade de que essa análise deve se ater, sobretudo, ao procedimento de tomada da decisão (e não ao mérito)”. RIBEIRO, Júlio César de Lima. Loc. cit., p. 401. Como as responsabilidades administrativas em muitos casos se aproximam das responsabilidades penais, conforme já criticado anteriormente, seu uso poderia traçar limites à responsabilidade penal, considerando justamente o princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*). Se por um mesmo ato a responsabilidade civil e administrativa estaria afastada, por razões de proporcionalidade valeria a aplicação da regra e exclusão da responsabilidade penal. É importante informar que em Espanha ela já é utilizada justamente para os casos de decisão sobre a implementação ou não de um programa de *compliance*, podendo afastar responsabilidades. De acordo com Adán Nieto Martín: “A maioria dos países, inclusive o nosso [Espanha], acolheram neste ponto a regra de *business judgment rule* a teor da qual se concretiza o nível de responsabilidade e o dever de diligência dos administradores. De acordo com esta regra, entraria dentro da margem de discricionariedade de todo administrador decidir se implanta ou não um sistema de *compliance*, e, em seu caso, que características teria que ter. A única condição para que a decisão do administrador não vulnere seu dever de cuidado e, portanto, não dê lugar à responsabilidade, é que seja tomada a partir de um **grau de informação suficiente**. Se o administrador foi diligente na busca pela informação e tomou uma decisão com base nela, em consequência não existirá responsabilidade”. NIETO MARTÍN, Adán. La institucionalización del sistema de cumplimiento. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 189. O afastamento das responsabilidades civis e administrativas poderia ensejar o afastamento das responsabilidades penais se levantado o argumento da intervenção mínima para afastar a culpa ou a ilicitude a partir do cumprimento da regra de decisão negocial.

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009. p. 408.

hierarquicamente acima e desejam evitar as imposições do programa de *compliance*. Caso não seja assim, seria como se a delegação sequer tivesse existido, mantendo a alta administração o dever – e a responsabilidade – integral pela organização.

Ainda, na esfera de limitação da responsabilidade comissiva por omissão de todos os agentes, há que ser feita, à posteriori, uma análise das situações de descumprimento de dever (com culpa ou dolo), em contraposição a quando o agente delegado efetua todas as medidas ao seu alcance, mas não tem condições reais de se orientar em obediência às recomendações normativas de *compliance*⁹⁰.

Deste modo, o entendimento ora esposado conflui para a ideia de que os funcionários estariam mais protegidos com essa limitação da delegação de funções, aplicando-se o disposto à alta administração, à baixa hierarquia, ou mesmo ao *compliance officer*, a partir dos critérios materiais de restrição da delegação e imputação acima expostos.

Assim, mesmo quando, a despeito do programa de *compliance*, um funcionário vem a cometer um delito cuja prevenção era o objetivo do programa, este ainda pode ser eficaz na função de afastar a culpa individual ou a infração do dever de cuidado, conforme afirma Sieber:

Do efeito de redução da responsabilidade em razão dos deveres de cuidado dos empregados da empresa advém, sem embargo, a implementação de um programa *efetivo* de *compliance*, já que, quanto ao mais, a reprovação de uma infração de dever de cuidado pode ser vinculada à criação insuficiente ou implementação também insuficiente de programas. De outra forma, os programas de *compliance* também podem manifestar relação entre a infração de dever de cuidado e a violação cometida por um empregado. Quanto melhor for elaborado o programa de *compliance* desde a perspectiva de prevenção criminal, menor é a possibilidade de que seja evitado ou ao menos dificultado por outras medidas empresariais o resultado causado pela infração de dever de cuidado. Vale o mesmo para a relação de contrariedade ao dever nos delitos culposos. Assim, no âmbito dos elementos normativos do tipo, um programa de *compliance* pode servir como elemento de limitação da responsabilidade do empregado da empresa.⁹¹ (grifos no original)

Somente é lamentável que, apesar de tais construções doutrinárias e da previsão legal do art. 13, §2 do Código Penal, atualmente ainda seja bastante difícil observar semelhante organização do sistema de delegação de deveres dentro das empresas ou exigências destes termos por parte das autoridades que acusam e julgam os casos de crimes de empresa. Perde-se a chance de estruturar a responsabilidade em comis-

⁹⁰ De acordo com Greco e Assis, para a omissão imprópria “não basta que o agente ocupe uma posição e por isso possua o dever de evitar determinados resultados. É também necessário que ele tenha o poder de agir para evitar o resultado e que a omissão seja *conditio sine qua non* do resultado, ou seja, que ela seja causa”. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís ... [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.109. Vale lembrar que esta “causalidade” é apurada por padrões jurídicos de causalidade (causalidade normativa), ou seja, por parâmetros de imputação objetiva.

⁹¹ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, pp. 307-308.

são por omissão e a delegação de deveres em *compliance* no Brasil que possam promover a proteção dos trabalhadores (proibindo a delegação integral nos empregados fungíveis) em matérias referentes à criminalidade de empresa. Por isso, com a apuração de responsabilidades atualmente realizada pela jurisprudência, que se ampara nos critérios tradicionais baseados nas disposições legais expressas, tem-se contexto em que apurar responsabilidades termina significando ampliá-las, às vezes de forma desmedida e despreocupada com as posições dos trabalhadores da baixa hierarquia das empresas, que não raramente são colocados na posição de bodes expiatórios. Não se vê real limitação dos deveres (e responsabilidades) atribuídos aos empregados e, ao mesmo tempo, tenta-se impor uma cultura de prevenção à criminalidade exclusivamente por meio da punição (de indivíduos). Isso torna a atual interpretação judicial acerca das funções de *compliance* e das responsabilidades penais no âmbito da criminalidade de empresa de legitimidade duvidosa.

De todo modo, a despeito dos problemas atuais de ordem prática, ficam aqui apresentados os dois primeiros (2) mecanismos de proteção dos trabalhadores. Eles ainda podem ser conciliados com um terceiro, agora de ordem teórica e inovadora: (3) a ressignificação da atribuição de autoria na esfera corporativa com base no critério de domínio do fato. Para isso, propõe-se aqui uma nova forma de distinguir autoria e participação, o modelo do *domínio sobre a gestão*.

*4.3.1.1. A ressignificação da atribuição de autoria na esfera corporativa com base no critério de domínio do fato: o domínio sobre a gestão*⁹²

Conforme já se expôs no início deste trabalho, desde o século XX e a padronização e massificação da produção a partir do fordismo e do taylorismo, já se criticava a degradação das condições de trabalho. As considerações gerais de que a padronização levaria à especialização e conseqüentemente a melhores condições de trabalho foram duramente criticadas, em especial, por Harry Braverman, para quem os feitos dos novos modelos de gerência do trabalho geraria por consequência uma nova distribuição da população trabalhadora, em especial a dissociação entre a gestão, de trabalhos burocráticos, e os trabalhos manuais, mais próximos da produção. O efeito seria notado no deslocamento e fracionamento do trabalho. O foco principal do Autor se dá em como os novos trabalhadores, tanto na esfera do trabalho físico quanto do mental, não conhecem mais todo o processo produtivo no exato e mesmo momento em que suas condições de trabalho são deterioradas pela “racionalização” do trabalho (o que, em processo inverso e contraditório, assemelharia o trabalho mental ao trabalho manual).⁹³

⁹² Antes de se iniciar o conteúdo propriamente dito deste capítulo, é importante ressaltar que não se pretende, aqui, apontar e esgotar uma nova forma de atribuição e delimitação de autoria com base nas teorias de domínio. Aqui o que se faz é somente apresentar ideia ainda incipiente, com o intuito específico de provocar quem lê a obra acerca de um problema específico aqui apurado, já apontando reflexões iniciais acerca de uma possível resposta, que certamente ainda precisa ser melhor desenvolvida.

⁹³ BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 61, pp. 304 e ss.

O ora exposto se daria, de acordo com o autor, por razões materiais: “a força de trabalho capaz de executar o processo pode ser comprada mais barata como elementos dissociados do que como capacidade integrada num só trabalhador”⁹⁴. A ciência, direcionada à gerência, retiraria do trabalhador sua concretude, instrumentalizando-o, tornando-o somente mais um elemento da produção.⁹⁵ Em termos sociais, tais condições se associariam à expansão da miséria em grande parte do planeta e à formação de novo exército de reserva⁹⁶. Desta forma, à medida que “o número de trabalhadores se eleva e a oferta de empregos diminui, intensifica-se a concorrência entre eles”. Por outro lado, “o capitalista beneficia-se dessa concorrência intratrabalho empregando os mais qualificados por menores salários e benefícios”⁹⁷.

Também conforme já se disse anteriormente, Fabiane Santana Previtali e Cílon César Fagiani reafirmam a relevância da obra de Braverman e apontam seu potencial de rendimento para a leitura das condições de trabalho no Brasil contemporâneo. Os Autores apontam que mesmo após quarenta anos do lançamento da obra de Braverman, ela se mantém atual porque “não há evidências de alterações substanciais na lógica da produção capitalista, a qual permanece sob a vigência da lei do valor e, portanto, sob a premissa do controle do trabalho”, apesar das “teses que defendem o fim da extrema separação entre concepção e execução do trabalho e do próprio trabalho enquanto criador do valor” e das “mudanças nos modelos de gestão, como o taylorismo/ fordismo, construído a partir dos anos 1930 (...) e o desenvolvimento de novas formas organizacionais, como o toyotismo”⁹⁸.

Essa análise dos processos de trabalho na sociedade capitalista e o modo específico pelo qual eles são constituídos por meio das relações de propriedade aponta para a mudança na tradicional divisão do trabalho, em especial com a interação entre trabalho e gerência (ou gestão). Esta obra tem tentado, desde seu início, apontar a relevância desta leitura social para trabalhar os fenômenos do crime de empresa e da profusão dos programas de *compliance*, abordando-os desde a perspectiva dos (novos) trabalhadores neste contexto particular.

Igualmente aqui já se afirmou que a leitura de Braverman, apesar de centrada na estrutura dos Estados Unidos, é útil para a realidade brasileira na medida em que outros países importaram exatamente este modelo de produção e, conseqüentemente, sociabilidade. Nesta esfera, os fenômenos da globalização⁹⁹ e do desenvolvimento tardio

⁹⁴ Ibid. p. 79.

⁹⁵ Ibid., p. 150.

⁹⁶ Ibid., pp. 319-341.

⁹⁷ PREVITALI, Fabiane Santana; FAGIANI, Cílon César. Organização e controle do trabalho no capitalismo contemporâneo: a relevância de Braverman. In: **Caderno EBAPE.BR**, v. 12, nº 4, artigo 1, pp. 756-769. Rio de Janeiro, Out./Dez. 2014. p. 767.

⁹⁸ Ibid. p. 757.

⁹⁹ Nesta esfera, Joachim Hirsch apresenta a análise acerca de como a dinâmica do capitalismo global entra em atrito com a forma tradicional do Estado “nacional”, necessário ao funcionamento do mesmo capitalismo. Com a globalização teria sido operado o enfraquecimento do Estado e sua capacidade regulatória, com o fortalecimento de pequenos grupos econômicos com capacidade de serem globais. O Estado, contudo, não é extinto, mas, pelo contrário, continua servindo à regulação em favor dos agentes econômicos e mantendo as estruturas do capital. Em resumo, a antiga forma de dominação violenta do Estado não é substituída, mas sim sobreposta. Isso significa que essa nova forma de controle

dependente¹⁰⁰ brasileiro apontam para a manifestação de tal forma de divisão do trabalho no país.

Partindo desta leitura de teoria social, buscou-se aqui relacioná-la com a leitura de medicina social que apontava as consequências da degradação das condições do trabalho na esfera da gerência. Na esfera do diálogo proposto, contemporaneamente se destaca o trabalho de medicina social de Vincent de Gaulejac, “Gestão como doença social”. Conforme já se detalhou em momento anterior, neste trabalho, o Autor se dedicou a expor a especial relação entre ideologia, gestão, capital e trabalho criticando a nova realidade da gestão do trabalho nas grandes corporações¹⁰¹. O diálogo entre esta leitura de medicina social e as leituras sociais supracitadas pode ser bastante rico para fornecer chaves de compreensão do contexto em que *compliance* se insere.

O sociólogo francês se preocupa essencialmente com a relação entre saúde e condições de inserção no mercado trabalho. Ele busca apontar os reflexos da submissão ao modelo de gestão para a saúde física e mental dos empregados. Contudo, em seu caminho para atingir respostas concretas sobre a relação, passa por analisar as

direito dos agentes econômicos atuaria não só de forma paralela, mas sim simbiótica com a atuação do Estado, que detém o monopólio da violência e se coloca à disposição dos novos interesses do capital. Este contexto prejudicaria de forma mais dura os países periféricos, que tanto não têm o desenvolvimento econômico nacional necessário, quanto vê seu já enfraquecido Estado ficar mais dependente do setor econômico. Em resumo, a liberdade de circulação do capital e a padronização econômica e de consumo em níveis globais não trouxeram o mesmo efeito na esfera social. A promessa do desenvolvimento de todos foi substituída pela realidade da decadência social em vários lugares, mas com mais intensidade nos países menos desenvolvidos. Cf.: HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999. Explicando o exposto no Brasil: MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013, pp 77 e ss; 113 e ss. A recente tragédia de Brumadinho é sintomática e exemplifica bem o acima exposto: assim como ocorreu antes em Mariana, os desastres ambientais e humanos não podem ser reparados pelo Estado sem o auxílio da empresa que causou o problema por falta de condições econômicas e técnicas para tal. Assim, como a solução depende do causador, há notável enfraquecimento do Estado na resolução do conflito, coincidindo com a demora na reparação e a constatação de que as grandes corporações não só são mais poderosas que o Estado, mas sim o deixam ao seu serviço, dentro das limitações que o pacto democrático e a forma jurídica permitem.

¹⁰⁰ Florestan Fernandes apontava que a modernização do Brasil, um país periférico no processo civilizatório, levaria à formação de uma sociedade de classes dependente, na medida em que tanto os rumos de sua economia encontravam-se vinculados aos interesses e desígnios dos países centrais, quanto seu desenvolvimento sociocultural estava impossibilitado de se construir de forma autônoma. Por outro lado, há particularidades que, embora não se tratem de verdadeiras modificações significativas, são verdadeiras condições particulares deste modelo de produção no Brasil. Florestan Fernandes alertava também para o fato de que, em razão da dependência da modernização acima exposta, a burguesia nacional não confia em suas próprias condições de competição com a burguesia internacional nos moldes do capitalismo liberal globalizado. Por essas razões, a burguesia nacional se “encastela” no Estado por meio de exclusivismo político, impondo à população maiores ônus de dominação e menos direitos, em geral condições de vida muito exploratórias, naquilo que convencionou chamar de desenvolvimento desigual e combinado. Do exposto, chega-se à crítica da construção do capitalismo brasileiro, tardio e periférico: uma sociedade que amalgama diferentes ritmos sociais, que passa por processos de transformação e modernização, mas em que o processo atual de modernização sempre repõe o ônus de um passado, reproduzindo o controle monopolista, o exclusivismo político e a presença de uma elite conservadora no controle do Estado. Tratar-se-ia, enfim, do “desenvolvimento do subdesenvolvimento”. Cf.: FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. rev. São Paulo: Global, 2008, passim.

¹⁰¹ GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social**: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.

transformações econômicas das últimas décadas, apontar a crítica da centralização no individualismo e suas consequências danosas aos sujeitos, bem como os atuais mecanismos de dominação oriundos novo modelo de gestão próprio do capitalismo financeiro e suas legitimações ideológicas.¹⁰²

Conforme já se disse anteriormente, dentre as discussões pelas quais o autor transita, três (3) são importantes para este trabalho: (1) como os departamentos de Recursos Humanos orientam condutas e essa forma de “gestão do trabalho” é mesmo a cultura, ou a governança da empresa; (2) como o capitalismo financeiro influencia e potencializa a força, legitimação e os riscos causados pelos modelos de gestão; (3) a relevância da ameaça econômica de perder o lugar para o fortalecimento do modelo ideológico de gestão.

No primeiro ponto, (1) como os departamentos de Recursos Humanos orientam condutas e essa forma de “gestão do trabalho” é mesmo a cultura, ou a governança da empresa, a gestão é apresentada como conjunto de técnicas e saberes utilizados pelos setores de recursos humanos das grandes corporações com a finalidade de orientar condutas, criar valores, introduzi-los na realidade dos sujeitos e com isso estabelecer uma “cultura corporativa”. Esta, por sua vez, atualmente chega a tomar as feições da “*corporate governance*”, para permitir a transição do capitalismo industrial ao patrimonial na era da globalização.¹⁰³ Estas considerações são importantes na medida em que *compliance* é verdadeiro pilar da *corporate governance*.

A cultura corporativa teria por função mobilizar as subjetividades para a busca em si de um modelo de indivíduo adequado às novas exigências da ordem econômica atual. Isso exigiria do sujeito características como autonomia, polivalência, criatividade e a capacidade de assumir responsabilidades e arcar com riscos. O paradigma da eficiência entra em ação: fazer tudo melhor e mais rápido.¹⁰⁴ Tenta-se traduzir a experiência humana em cálculo por meio dos índices de qualidade, que à luz do discurso da meritocracia tornaram o homem um fator econômico equivalente à matéria-prima e às ferramentas de produção. As exigências citadas são aceitas porque se apresentam justificadas pela “guerra econômica” da alta competitividade do estágio atual do capitalismo.

Quanto ao fato de que o (2) capitalismo financeiro influencia e potencializa a força, legitimação e os riscos causados pelos modelos de gestão, o Autor parte da descrição do capitalismo financeiro. Desta forma, traz leitura acerca de como o capitalismo financeiro se caracteriza pela presença de grandes investidores institucionais que movem seus investimentos de um lugar a outro com grande rapidez buscando o benefício de curto prazo. Some-se a isso os fatos de que com o avanço das tecnologias de telecomunicações e informáticas houve a instituição da “ditadura do tempo real” e que tais investimentos se colocam como centrais para o financiamento da atividade econômica. O que se observa é que as empresas são tencionadas a implementar uma direção estratégica, centrada exclusivamente na obtenção de benefícios de curto

¹⁰² Ibid., passim.

¹⁰³ Ibid. p. 54.

¹⁰⁴ Ibid. pp. 39-146, passim.

prazo para fornecer o retorno esperado, deixando nas mãos de diretores e executivos o “como” estes benefícios são obtidos. A economia não está mais a serviço do desenvolvimento da sociedade, mas, ao contrário, coloca a sociedade para trabalhar no único interesse de sua manutenção.¹⁰⁵ Importante notar que, na esfera da criminologia, conforme Adán Nieto Martín, este contexto viria mesmo a ser entendido como fator que incentiva o cometimento de delitos por tais empresas e/ou seus gestores.¹⁰⁶ Por fim, quanto à (3) relevância da ameaça econômica de perder o lugar, Gaulejac inicia o raciocínio apontando que a exigência do “algo mais sempre” termina por evidenciar o instrumental de exploração. “Os objetivos são revisados pelo alto no que se refere às contribuições pedidas e por baixo no que se refere às retribuições propostas”.¹⁰⁷ Entretanto, quando os objetivos não são cumpridos, as pressões múltiplas vão da demissão direta à demissão forçada. O medo que move os sujeitos a darem o máximo de si, inclusive aceitando altos riscos, seria o da ameaça de ser posto para fora do jogo na luta pelos lugares¹⁰⁸

A lógica do *up or out* se fortalece com a possibilidade de demissão e fácil reposição dos funcionários¹⁰⁹, na forma do que já foi exposto anteriormente (vide capítulos 1.4 e 2.3, em detalhes). Importa aqui que as próprias empresas que criaram os sistemas de gestão e optaram pela precarização das condições de trabalho são aquelas a se valerem da situação de instabilidade no emprego criada para pressionar os indivíduos na doação de si em nome da empresa. Como estas condições reprováveis se dão especialmente sobre os funcionários das hierarquias e classes sociais mais baixas, eles estarão mais propensos a se sacrificarem pela empresa para não perderem a luta pelo lugar.

A seguir, também se expôs aqui que a gestão passou a ter especial relevância em matéria de política criminal contemporânea, especificamente na sua forma de governança e gestão de riscos legais. O paradigma atual de política criminal prevê a imposição às empresas do ônus de se organizarem contra delitos. Ele se inspirou na análise da interação entre empresas e delitos. O referencial, por sua vez, teria origens na criminologia do colarinho branco de Edwin H. Sutherland¹¹⁰, tendo sido atualizada e tomado feições próprias que se referem ao diálogo com *criminal compliance*. Neste

¹⁰⁵ Ibid. pp. 44-49.

¹⁰⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 52.

¹⁰⁷ GAULEJAC, Vincent de. Op. cit., nota 101, p. 219.

¹⁰⁸ Ibid. p. 219.

¹⁰⁹ Ibid., p. 221.

¹¹⁰ Sobre o autor é especialmente interessante a mais recente edição brasileira de sua obra: SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Na versão brasileira sem cortes da obra de Sutherland, vários estudos do autor são expostos, contendo inclusive suas pesquisas empíricas que contam com dados oficiais e não oficiais. Analisando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores corporações norte-americanas, apontou que o cometimento de crimes era extremamente comum na esfera da atividade econômica e que eles só não eram punidos como a criminalidade de ruas em razão da pouca reprovabilidade social e do pouco conhecimento que se tinha acerca de tais delitos. Sutherland concluiu que havia condutas criminosas em todas as corporações e que os empresários e homens de negócios também perpetravam infrações penais. Cf.: SUTHERLAND, Edwin H. Loc. Cit. pp. 39-55.

sentido, mais uma vez há a contribuição de Adán Nieto Martín, que lembra que, apesar das críticas de Sutherland, a criminologia somente se ocupou de fato com a criminalidade econômica a partir do fim da década de 1970. Seu denominador comum se ampara nas teorias de Sutherland e aponta que “a corporação é a causa principal da conduta delitiva, relegando a um segundo plano os fatores individuais ou sociais do infrator individual. Esta teoria estrutural do crime corporativo continua sendo o paradigma explicativo atual”¹¹¹.

A partir destes pressupostos é que o direito seria chamado a introduzir incentivos para a implementação da boa cultura conforme a norma e reprovar as culturas contrárias, que servem de incentivo aos delitos. Este é o momento em que *compliance* se insere na política criminal enquanto obrigação ou faculdade.

Conforme se expôs, os programas de *compliance* se inserem em contexto de autorregulação regulada e teriam, ao final, papel central na construção e afastamento da responsabilidade de empresa. Isto porque teriam se tornado os próprios instrumentos de organização da empresa para a evitação dos delitos e da sua responsabilização. A relevância é ainda maior nos modelos de responsabilidade penal empresarial “própria”, quando a empresa é considerada responsável por fato próprio, sua própria “desorganização” que permitiu o delito. Este modelo, que preconiza pela “autorresponsabilidade” da empresa, vem a substituir os antigos modelos de “heterorresponsabilidade”¹¹², que vinculam a responsabilidade da empresa à responsabilização de alguma pessoa física concreta que atuaria em seu nome e interesse.

A seguir, outra questão já exposta neste trabalho que é importante para este capítulo se apresenta. Trata-se do fato de que, apesar de serem frequentemente lembrados por sua atuação na esfera da responsabilidade de empresa, os programas de *compliance* também são considerados relevantes na atribuição de responsabilidade penal individual. Neste sentido, Artur de Brito Gueiros Souza destaca duas consequências iniciais da adoção de *compliance*: (1) a responsabilização própria da pessoa jurídica pelo desatendimento à prevenção por meio dos programas de cumprimento e (2) a clarificação da responsabilidade individual, a título de autor ou coautor, dentro das cadeias de responsabilidade nas empresas, em especial dos dirigentes pelo descumprimento dos deveres de organização e/ou supervisão.¹¹³

¹¹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 50. [trad. nossa]. No mesmo sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. **Quaestio Iuris** (Impresso), v. 10, n.º.02, pp. 1031-1051, 2017.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p.31.

¹¹³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de ‘*compliance*’. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 54. São Paulo, 2014. p.120.

Para Artur Gueiros, o uso de *compliance* para a clarificação da responsabilidade individual, a título de autoria ou coautoria, seria a etapa mais atual no desenvolvimento das teorias de atribuição de autoria criminal¹¹⁴, pelo que o uso de *compliance* estaria além (ainda que não signifique uma substituição) do antigo uso do domínio do fato (em especial o domínio de organização) na atribuição de autoria da alta hierarquia das corporações.

Nesta esfera, a inovadora contribuição do professor Artur Gueiros sobre o tema em sua tese pós-doutoral¹¹⁵ é bastante útil para este trabalho. Nesta ocasião, o Autor se dedicou a apontar especificamente as responsabilidades penais individuais a partir de *compliance*. Chegou-se a uma conclusão principal: a utilização de *compliance* para reorganizar a cultura empresarial contra delitos termina por realmente ajudar a revelar as responsabilidades penais. A modalidade de responsabilidade mais observada foi a de autoria em comissão por omissão, analisada a partir do cumprimento ou descumprimento dos deveres de prevenção que são atribuídos aos agentes concretos que trabalham nas empresas quando um programa de *compliance* é implementado.¹¹⁶

As responsabilidades por omissão, em verdade, funcionariam de forma única nesta “era de *compliance*”. Isso se dá principalmente porque dentro da organização corporativa contemporânea, em função da divisão do trabalho, da forte estrutura hierarquizada e da especialização¹¹⁷ na cadeia de produção, as decisões dos órgãos de direção das empresas não são, ou podem não ser acompanhadas de movimentos físicos relevantes dos próprios tomadores de decisões. Por outro lado, os movimentos corporais dos executores das decisões também se distanciam frequentemente e em grande parte têm, ou podem ter, significado periférico nos processos de decisão. Devido à divisão do trabalho e à grande distância entre a execução da ação e a lesão a um bem jurídico, os agentes executores dos delitos na esfera empresarial, posicionados na sua perspectiva limitada, não percebem a sua contribuição para a produção do evento criminoso ou consideram que só prestam contribuições inofensivas.¹¹⁸

Em função da hierarquização, característica permanente das relações de trabalho, parte-se da ideia de que as pessoas que ocupam as posições de chefia são usualmente aquelas que planejam e ordenam a prática dos atos de empresa¹¹⁹ (sendo eles lícitos ou ilícitos). Com isso, ordens são transmitidas aos executores pelos dirigentes intermédios e executadas por estes e pelos subordinados. Em razão desse “caminho” hierárquico das ordens, a autoridade dos superiores seria conduzida a uma espécie

¹¹⁴ Ibid., passim.

¹¹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de *compliance* e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Op. cit., nota 6.

¹¹⁶ Ibid. pp.139 e ss.

¹¹⁷ A especialização também é detalhadamente descrita por Harry Braverman. Sobre o assunto, é de especial relevância sua “Nota Final sobre Qualificação Profissional”, bastante esclarecedora e crítica sobre o tema. Cf. BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 61, pp. 359 e ss.

¹¹⁸ SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009. p. 329.

¹¹⁹ Braverman aponta que a unidade do processo de trabalho só é alcançada em nível de planejamento, da alta administração, ou na visão da sociedade, observado o resultado final. Cf.: BRAVERMAN, Harry. Op. cit., nota 117, p. 79.

de domínio sobre a empresa, fonte de perigos. Com *compliance*, falou-se no tópico anterior acerca do dever de garantia (conferir tópico 4.3.1, em detalhes) que obrigaria a alta administração de uma empresa a impedir os delitos dos subordinados, exercendo o devido controle. O devido controle, ao seu turno, seria cumprido com a implementação de mecanismos de prevenção e *compliance*, que visassem prevenir condutas delitivas em toda a cadeia produtiva, assim diminuindo os riscos gerados pela atividade econômica.¹²⁰

A partir disso, a responsabilização de um agente que ocupa posição de chefia dependerá do seu comportamento no intuito de tentar ou não prevenir os delitos na esfera da organização sob sua autoridade. Deste modo, os questionamentos específicos ao direito penal econômico atualmente se dão não só na comissão do delito por meio da ação, mas também pela omissão em face da possibilidade de observação do direito e dos deveres de cuidado com a elaboração dos programas de *compliance*.¹²¹ O problema que se coloca é que, se em essência *criminal compliance* somente serve para estender as possibilidades de atribuição de responsabilidade a título de autoria com a imposição de deveres de garante, então a interpretação do instituto pode gerar problemas.

Isso porque, também conforme já se anotou no tópico anterior (conferir tópico 4.3.1, em detalhes), o administrador poderia (e na maior parte dos casos deve mesmo) delegar suas funções ou deveres. Neste caso, aquele que recebe a delegação, ao infringir o dever delegado, poderia ser penalmente responsabilizado. Enrique Bacigalupo afirma que “o dever de garantia é, em geral, delegável e o dever de garante específico de vigilância e supervisão dos diretos e administradores também é, de acordo com as regras gerais”.¹²² E esta delegação tem seus efeitos no âmbito do direito penal, pois na “era de *compliance*” ela se faz normalmente por meio da designação de um *compliance officer*. Este se torna o delegado do dever de garante na esfera penal, assim retirando do delegante o dever de garante frente aos funcionários subordinados.

O *compliance officer*, por sua vez, além de assumir a responsabilidade penal da alta administração de implementação de cultura empresarial contra delitos, delegaria os deveres concretos de ações que evitam delitos para as camadas mais baixas em razão da “divisão do trabalho”¹²³. Vale lembrar aqui que *compliance*, por se inserir na gestão, na *corporate governance*, é antes de tudo um instituto de organização

¹²⁰ TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p. 40.

¹²¹ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, p. 302.

¹²² BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Op. cit., nota 81, p. 119 [tradução nossa].

¹²³ Nos exatos moldes da já exaustivamente citada crítica em BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 61, passim. Deseja-se demonstrar, em síntese, como a mudança no paradigma de atribuição de responsabilidades penais individuais seria involuntariamente o resultado da forma capitalista atuando a partir de suas mutações que viabilizam sua manutenção. A universalidade do capital, que deu forma à atual divisão (na forma de gerência) do trabalho, daria forma equivalente à apuração de coautoria a partir do processo de mudança em comento.

da produção que gera repercussões penais e não um instituto de direito penal que gera repercussões na organização da produção.

O problema apurado é, enfim, o de que esse novo modelo de “gestão” do trabalho caiu na gestão dos riscos penais por meio da autorregulação regulada/*compliance*. Se há razões fortes para que se imponha isso, como já se mostrou anteriormente na leitura criminológica, há igualmente razões para se questionar se a gestão dos riscos penais se daria com a manutenção do recurso às formas de exploração próprias do capitalismo financeiro monopolista e de dominação dos modelos ideológicos de gestão. Isso terminaria por recolocar nos indivíduos o peso pelas condutas que favorecem somente às corporações, agora até mesmo com a expansão do poder de punir. Os processos de atribuição de responsabilidades poderiam mimetizar a realidade da exploração atual na divisão social do trabalho do sistema.

Em resumo, *na esfera da responsabilidade penal individual, a delegação termina impondo mais ônus aos empregados que já são explorados na força de trabalho e sofrem com as consequências psíquicas da dominação ideológica imposta pelo modelo de gestão em análise. Este é o problema que se pretende analisar, levantando desde já a hipótese da revisitação das atribuições de responsabilidades penais individuais na era de compliance a partir da crítica aos processos contemporâneos de exploração do trabalho no capitalismo monopolista financeiro e de dominação ideológica pela gestão.*

Seguindo tudo que já foi defendido por esta obra, na busca por “empurrar” a adaptação brasileira de *compliance* de volta aos seus limites legítimos, ou seja, passando a se submeter à Constituição e proteger os direitos dos trabalhadores, a hipótese ora empenhada por este capítulo adiciona que, além do acima exposto, um segundo modo de alinhar *compliance* com o ordenamento jurídico brasileiro, enfim dotando-o de legitimidade, é reconstruindo a forma como *criminal compliance* influencia a atribuição de responsabilidades penais.

Pois bem, a partir disso aparece o pressuposto originário, as condições formais (estruturação em termos de forma) de interesse para a hipótese que se apresenta: o crime de colarinho branco não se trata de uma distorção, mas sim de própria lógica de funcionalidade do sistema, justamente aquilo que não foi observado por Sutherland nos moldes da crítica de Clécio Lemos, a ver:

... Se os detentores do “big business” são todos criminosos, significa que o próprio sistema é produzido por uma simbiose normalizada entre o lícito e o ilícito. Há, portanto, um jogo cujas regras pressupõem uma quota alta e constante de práticas criminosas aceitas pelo sistema, jogo este que não admite o reconhecimento público da conexão entre “ordem” e “crime”.

O silêncio do autor sobre essa óbvia crítica ao próprio sistema político é o que mantém sua fala limitada, na medida em que não situa expressamente o fenômeno numa perspectiva macrossociológica e estrutural. O autor não se refere ao conflito

de classes ou à presença de qualquer atuação funcional nesse sistema de gestão de ilicitudes.¹²⁴

O ora exposto demonstra que o tratamento da questão criminal empresarial a partir de juízos de reprovação exclusivamente individuais não consegue obter uma resposta adequada por parte do Direito, dado que não atinge a forma do capital em sua funcionalidade: o sistema se estrutura de tal maneira que o crime não se trataria apenas e unicamente de uma questão moral¹²⁵, mas seria antes uma objetividade material que impele um comportamento do indivíduo até mesmo para sobreviver dentro da lógica de experiência social regida pelo mercado. Aqui fica claro porque a intervenção penal deve seguir de acordo com o entendimento do direito no capitalismo. Uma vez que a empresa se constitui de relações que assumem a forma universal do capital e do trabalho nos moldes já expostos, informaria uma objetividade material que incentivaria o comportamento criminoso em análise. Como a necessidade primeira é compreender o crime dentro do capitalismo e não como uma distorção moral, isso justificaria que a atual estrutura de atribuição de responsabilidades penais individuais fosse repensada.

Dialeticamente, então, parte-se do reconhecimento de que nos meios penais de prevenção do crime de empresa tem havido grande busca pela efetividade, pelo que se tornou necessário reconstruir as garantias dos trabalhadores, nos moldes da fundamentação apresentada até aqui neste trabalho. Quando existentes ambos os vetores em conflito (eficiência e garantia), produzem síntese que promove a melhor convivência entre *compliance* e os direitos dos trabalhadores¹²⁶. Esta saída, contudo, torna-se nova tese a ser contraposta para formar nova síntese, em constante movimento, nos moldes da metodologia aqui adotada. É neste segundo momento que se insere a hipótese proposta: reconhecida a busca por eficiência na prevenção de crimes

¹²⁴ LEMOS, Clécio. Apresentação do Livro: Crime de colarinho branco. In: SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. pp. 20-21.

¹²⁵ Precisa é a crítica de Davi Tangerino: “A primeira noção acabada de culpabilidade no seio da teoria do delito, conseqüentemente, é da atribuição de uma pena a quem agiu livremente em contradição ao ordenamento jurídico, situação que torna do condenado um merecedor da mesma. Está calcada em uma imagem iluminista de ser humano: livre, igual e racional; em uma imagem consensualista de sociedade, cujos bens jurídicos essenciais, em grande parte herdados do Direito natural, seriam igualmente valorados por seus membros; e, finalmente, em uma percepção da pena como espelho do mau uso da razão representado no delito. A Criminologia, porém, demonstra que tal imagem de sujeito não se sustenta; que a sociedade é heterogênea; que os bens jurídicos são escolhas políticas e que a pena afliitiva tem efeitos deletérios tão ou mais graves quanto os do crime. Tem-se, assim, uma contradição entre o discurso e a prática do Direito penal, com um superávit punitivo, anverso de seu déficit ético”. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia**: contribuições para um Direito penal mais ético. Tese de Doutorado (Doutorado – Direito) – Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Alvinio Augusto de Sá. São Paulo, 2009. p. 5. O Autor ainda aponta a relação deste pensamento com a base filosófica kantiana em várias ocasiões, a conferir: pp. 57-58, 79, 86-87 e 116-120.

¹²⁶ Em detalhes, é importante a contribuição de Estrada I Cuadras e Llobet Anglí no sentido de proteção dos direitos dos trabalhadores por meio da limitação da atividade investigativa de *compliance*. A ver: ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72.

por meio de *compliance* e protegidas as garantias previstas para os trabalhadores, faz-se necessário um modelo de atribuição de responsabilidades penais individuais adequado a conciliar ambas questões. Este consideraria, enfim, que a atribuição de responsabilidades penais não se refere somente à busca pelo cumprimento do vetor de eficiência. Na esfera da reconstrução das garantias, é necessário admitir as regras para atribuição de responsabilidade como barreira ao uso do direito penal.

A princípio, parte-se daquilo que já se expôs sobre *criminal compliance* servir para estender as possibilidades de atribuição de responsabilidade a título de autoria com a imposição de deveres de garante. Neste momento, todavia, a partir da leitura ora empenhada, não só se vale dos critérios já existentes que estendem a autoria por meio da comissão por omissão, mas também se inclui a limitação da delegabilidade como essencial.

Com efeito, Artur de Brito Gueiros Souza coloca que uma delegação não pode exonerar completamente a responsabilidade daquele que delega. Isso porque se a delegação tivesse efeito exonerante, as responsabilidades penais se acumulariam para baixo, onerando aqueles que ocupam os postos de trabalho mais fungíveis e estão distantes do poder de administração e planejamento de estratégias produtivas e de organização. Os efeitos seriam político-criminalmente inconvenientes. Por isso é que, para ele, o que se produz entre delegante e delegado é a divisão dos deveres, que continuam sob cotitularidade do delegante, em geral por meio da vigilância do delegado. Disso resulta que não podem ser alheios ao delegante os efeitos nocivos que seu âmbito de domínio possa produzir. A vantagem da delegação estaria mesmo na transformação do dever, que com a delegação se restringe ao dever de intervir quando o delegado não cumpre adequadamente seu dever.¹²⁷

O que importará aqui é que, a partir da leitura social acima exposta, considera-se a grande corporação como o que ela de fato é, assim estipulando de forma mais precisa não só aquele que deve, mas também aquele que não deve ser punido. Como as corporações se organizam de maneira que podem influir nos comportamentos dos sujeitos, observa-se que a posição “não-livre” do trabalhador ficaria mitigada pelo reconhecimento de que os processos de tomada de decisão que podem alterar a cultura da empresa não o incluem, desta forma limitando e melhor apontando as responsabilidades penais individuais. Por esta razão, aqueles agentes da alta administração, os únicos que dominam completamente o processo produtivo e que são capazes de nortear a cultura da empresa, não só são capazes de tomar decisões delituosas, mas sim, e ao mesmo tempo, são os únicos capazes de tomar as decisões que levem à cultura antidelituosa. Esta forma de construção de identidade negativa da posição de domínio (tem domínio aquele que pode fazer cessar a conduta criminoso) e da condição de autoria (é autor quem tem aquela posição de domínio) é o primeiro aporte de base metodológica sob a qual se constrói o modelo de atribuição de autoria aqui delimitado.

¹²⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de *compliance* e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial**. Op. cit., nota 6, p. 149.

Desta feita, há aqui a aproximação àquele posicionamento de Enrique Bacigalupo sobre o tema. O Autor propõe que “uma adequada organização deveria ter uma cadeia de supervisões com deveres de ação no nível mais baixo, deveres de direção e controle no nível médio e deveres de organização no nível mais alto”¹²⁸. Note-se que, nestes casos, é a *falta* do cumprimento do dever de cada setor hierárquico¹²⁹ que fundamenta a responsabilidade penal.

Na esfera de limitação da responsabilidade por omissão imprópria, há que ser feita, a posteriori, uma análise das situações de descumprimento de dever (com culpa ou dolo), em contraposição a quando o agente obrigado efetua todas as medidas ao seu alcance, mas não tem condições reais de se orientar em obediência às recomendações normativas de *compliance*¹³⁰.

É notável o desenvolvimento da extensão do conceito de autor por meio da organização de deveres a partir de *compliance*. Por isso é que se diz que esta seria sucessora da antiga forma de atribuição de responsabilidades individuais em crimes de empresa que gravitava em torno do domínio do fato.¹³¹

A forma nova, contudo, não substitui a anterior e sim incide paralelamente a ela, não só em razão da criminalidade em geral, mas também nos crimes de empresa. Por isso, a hipótese deste capítulo pretende empenhar uma provocação: é necessário investigar em que condições *criminal compliance* e a crítica à dominação pelos modelos de gestão poderiam aportar contribuições para (1) a delimitação (atribuição e limitação) das hipóteses de autoria em comissão por comissão e (2) a diferenciação entre hipóteses de autoria e participação nos diferentes segmentos hierárquicos das corporações.

¹²⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Op. cit., nota 81, p. 120 [tradução nossa].

¹²⁹ Para a alta hierarquia a falta de organização da empresa; para a média, a falta de direção e controle sobre os hierarquicamente inferiores; para a baixa hierarquia, a falta de ação de evitação do crime.

¹³⁰ Reitera-se aqui aquilo que Greco e Assis afirmam sobre a omissão imprópria (ou, nos termos deste trabalho, a comissão por omissão): “não basta que o agente ocupe uma posição e por isso possua o dever de evitar determinados resultados. É também necessário que ele tenha o poder de agir para evitar o resultado e que a omissão seja *conditio sine qua non* do resultado, ou seja, que ela seja causa”. GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.109. Vale lembrar que esta “causalidade” é apurada por padrões jurídicos de causalidade, ou seja, por parâmetros de imputação objetiva.

¹³¹ Defendendo o uso da estipulação de deveres e criticando o critério de domínio, Tiedemann aduz: “debe reconocerse (...), vinculándose con la idea de las normas jurídicas (...), la existencia de un deber de garante del titular de la empresa o del director de la empresa de impedir delitos de sus empleados y trabajadores, deber que es derivación del derecho de dirigir y de dar órdenes. Por el contrario, las argumentaciones puramente fácticas basadas en criterios como dominio, confianza, etc. dejan sin responder la cuestión de la fundamentación estricta de un deber jurídico, en tanto no puedan recurrir a principios básicos de la responsabilidad”. TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. València: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. pp.144-145. Refutando e sustentando a manutenção do critério proposto por Roxin, que abarcaria todas as hipóteses se considerada a complementariedade na divisão entre delitos dolosos de resultado (de domínio) e delitos de infração de dever: GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. In: GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. pp. 93-94 e 116. A posição aqui adotada se aproxima mais dos pressupostos de Tiedemann, ainda que buscando reestruturar ontológica e axiologicamente o critério de domínio.

Na esfera da (1) delimitação (atribuição e limitação) das hipóteses de autoria por comissão, a hipótese de maior interesse estaria presente em investigar uma possível autoria mediata por domínio da gestão nos crimes comissivos dolosos de resultado¹³². A hipótese partiria da análise acerca da posição do empregado dentro das grandes e médias corporações (as mesmas que se valem dos modelos de gestão e dos programas de *compliance*), sabendo que ele se colocaria em diferentes posições entre autonomia e instrumento¹³³.

Nas hipóteses usuais de autoria mediata, quando há domínio sobre a vontade, a responsabilidade penal é atribuída àquele que tem o domínio sobre a vontade do instrumento, ou seja, a responsabilidade “sobe” para o homem de trás. O instrumento, por sua vez, é isento de responsabilidade¹³⁴. Nos casos de empregados como instrumento, é essencial ter em conta que *compliance* ainda pode apresentar alto rendimento para discutir a questão do erro nas atividades em grupo nas grandes corporações.¹³⁵

Na outra mão, a discussão sobre autoria mediata para os crimes de empresa tem se dado de forma exaustiva em torno da teoria de autoria mediata por meio de

¹³² Aqui é importante relembrar a clássica diferenciação do funcionalismo racional teleológico acerca de delitos de domínio e delitos de dever. A teoria do domínio do fato somente se aplicaria aos delitos dolosos de resultado, que se diferenciariam dos delitos culposos e dos delitos de dever, aqueles em que “o que determina a condição de autor ou de partícipe é a vinculação ao dever, e não a forma da contribuição concreta”. “Entre os delitos de dever se encontram, principalmente, os delitos próprios (delitos de funcionário público, por ex.), como é o caso dos delitos de corrupção passiva (art. 316, CP) e de peculato (art. 312, CP), e os delitos omissivos impróprios (em razão da posição de garantidor, art. 13, § 2.º, CP)”. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

¹³³ Nestes casos valeria o uso da discussão na doutrina nacional acerca da aplicação da parte final do art. 22 do Código Penal. Conforme Nilo Batista: “Ainda no art. 22 CP, segunda parte, está outra hipótese tradicional: o instrumento que atua em estrita obediência hierárquica. Reconhecida na doutrina brasileira por Heleno Fragoso e Salgado Martins, a hipótese merece alguma reflexão. A exemplo do que fez o próprio Fragoso, deveremos distinguir três situações diversa na obediência hierárquica a saber: 1ª – o executor conhece a ilegalidade da ordem mas não pode a ela se opor, “dadas as consequências que podem advir, no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido”; 2ª – o executor supõe ser lícita a ordem; 3ª – o executor conhece a ilegalidade da ordem e a ela poderia se opor.” BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137. Neste caso, pela hipótese em comento, seria o caso de analisar quando os modelos de gestão se adequariam à primeira hipótese, resolvida com a excludente da inexigibilidade de conduta diversa, que retira a responsabilidade do homem de baixo e declara a coautoria do homem de trás.

¹³⁴ O domínio da vontade fundamenta a autoria mediata na maior parte dos casos. Um autor dominaria a vontade do instrumento quando houvesse coação e erro, sendo que nos casos em que falta culpabilidade ao homem da frente, haveria uma mescla de coação e erro, ainda que se aplique as consequências do erro. Estas hipóteses são diferentes daquela de domínio de organização, quando há autoria mediata por meio de um instrumento plenamente responsável em razão do aparato organizado de poder. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 26-27.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

aparatos organizados de poder, o “domínio de organização”. Esta teoria, que basicamente serve para estender a autoria para os “autores de escritório”, aqueles que dão ordens, dedica-se a analisar um sujeito “de trás” e um “executor” que são ambos responsáveis, diferente da hipótese anterior em que há um dos sujeitos na função de “instrumento”.¹³⁶ Especificamente sobre essa teoria, vários foram os esforços para estendê-la à criminalidade de empresa.¹³⁷ Por outro lado, os adeptos da concepção original da teoria sempre se esforçaram para refutar tal ampliação¹³⁸, principalmente com referência ao fato de que a teoria foi criada inicialmente para o contexto dos Estados autoritários que cometem delitos em série contra os cidadãos.¹³⁹

Conforme a fundamentação deste trabalho até aqui, o que importa é justamente partir das especificidades da realidade de empresa e não da adaptação de outro contexto (o de organizações de poder estatais e paraestatais) ao contexto de empresa. É necessário buscar um critério com requisitos autônomos, retirados da própria realidade específica da empresa.

Aqui faria sentido rediscutir (2) a distinção entre autor e partícipe, principalmente para apurar se há casos em que o empregado possa ser considerado partícipe em face do contexto em que se insere na realidade da degradação das condições de trabalho (condição intermediária entre autor e instrumento). É importante ressaltar que neste ponto, ao contrário do anterior, a distinção entre autor e partícipe serve tanto para os casos de crimes comissivos quanto de crimes comissivos por omissão. Adota-se, portanto o posicionamento de autores de matriz espanhola, como Lascuraín Sánchez, Robles Planas e Ana Carolina Carlos de Oliveira, distinto daquele adotado por autores da tradição alemã derivada de Roxin, como Luís Greco e Humberto Souza Santos. Para o posicionamento aqui adotado, os crimes comissivos por omissão não são delitos de infração de dever, razão pela qual podem ser cometidos na forma de autoria ou de participação.

A discussão acima proposta seria importante principalmente para o fato de que a participação dos trabalhadores das hierarquias inferiores poderia se enquadrar

¹³⁶ SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 117, ano 23, pp. 91-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez., 2015. pp. 108-109.

¹³⁷ No Brasil, especificamente, cita-se o caso da APn 470, onde, de acordo com Humberto Souza Santos, o termo “domínio do fato” teria sido utilizado como sinônimo do “domínio de organização”. Sobre a forma como foi usada e as imprecisões em seu uso, cf.: *Ibid.* pp. 131-135.

¹³⁸ *Ibid.* pp. 108-109, 123 e 131; GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014, passim. Em ambos os casos citaram a própria discordância de Roxin, elaborador da teoria, com sua aplicação ao contexto de empresa, que é diferente daquele de organizações estatais e paraestatais. Humberto Souza Santos aponta que Claus Roxin, até aceitou a *extensão* da teoria a “organizações mafiosas ou terroristas que tenham à disposição numerosos executores substituíveis”. Por outro lado, o Autor refutou sua aplicação para caso de atividades econômicas, que são conforme ao direito e nas quais os agentes poderiam rejeitar as ordens ilegais.

¹³⁹ Humberto Souza Santos aponta que a preocupação do domínio da organização era mesmo com “criminosos como Stalin, Hitler e Fujimori”. SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, nota 136, p. 107.

naquela hipótese da participação de menor importância do art. 29, §1º do Código Penal¹⁴⁰.

A aplicação do supracitado dispositivo se daria porque, na esfera da ação, o executor causal direto, o inferior hierárquico, seria considerado mero “participante (autor ou partícipe) de menor importância”. A fundamentação para se enquadrá-lo assim se dá com base no afastamento do seu domínio sobre o fato, uma vez que é evidente e cientificamente comprovado que a sua capacidade de tomada de decisão sobre um fato criminoso de empresa é limitadíssima. A isso se soma outro fundamento, ainda mais importante: o da fungibilidade do agente¹⁴¹. Uma vez que o agente em questão pode ser facilmente substituível e não tem grande potencial de decidir contra a hierarquia (salvo nos casos em que a ilegalidade é muito patente), raramente sendo o decisor do fato criminoso, não se pode dizer que sua contribuição para o crime é a de um “senhor do fato criminoso”, que pode controlar o “se” e o “como” do delito. O empregado fungível e que pouco decide não é senhor de fato criminoso da empresa, não o controla (somente poderia praticar crime na empresa ou contra ela). Uma vez que esses são os requisitos básicos da posição de domínio, ela é afastada na hipótese em comento, transformando o inferior hierárquico em participante de menor importância na ocorrência de um crime de empresa.

Se levada adiante esta hipótese, apurar-se-ia situação em que o dever jurídico imposto ao trabalhador reconheceria sua posição concreta, de quem obedece ordens para sobreviver no atual sistema econômico. Isso geraria como primeira consequência a possível aplicação do artigo 29, §1º do Código Penal, na forma acima explicitada, mas pode ir além: como segunda consequência, poderia redimensionar a interpretação do artigo 22 do Código Penal para que fosse aplicado para os inferiores hierárquicos da empresa sempre que a ilegalidade não fosse flagrante, uma vez que a intenção é colocar nos superiores o dever de agir para garantir o seu comportamento legal e promover o do subordinado hierárquico.

As duas consequências são perfeitamente possíveis porque o Direito Penal, como ciência normativa que é, cumpre suas funções (de prevenção) prescrevendo normas de comportamento em geral, sejam de proibição ou mandado, e não impedindo condutas (isso somente um ato administrativo, como a prisão em flagrante, por exemplo, pode fazer). Pouco importa, então, se a ação foi aquela imediatamente anterior ao resultado, sendo relevante, enfim, que aquela conduta seja valorada pelas normas conforme as funções atribuídas e as finalidades que se deseja atingir com essa

¹⁴⁰ Importante ter em conta que para Luís Greco e Adriano Teixeira o caso do art. 29, §1º da participação de menor importância não significa hipótese de participação em sentido estrito, sendo que, por isso, até um autor poderia se adequar à figura. GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*. In: GRECO, Luís ... [et alii]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.70. Independentemente do posicionamento adotado, importa a demonstração de que a hipótese levantada de situar os trabalhadores das grandes corporações na posição ambígua entre autonomia e instrumento é útil para a aplicação do art. 29, §1º em ambos os casos.

¹⁴¹ A fungibilidade decorreria justamente da existência do exército de reserva. Cf.: BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 61, pp. 319-341.

(des)valoração. Neste cenário, a condição de autor ou partícipe seria tão valorativa quanto qualquer outra interpretada axiologicamente no direito, assim permitindo que a interpretação do conceito de domínio se oriente pelos valores aqui colocados.

Ainda, na esfera da importância desta diferenciação, caso ela proceda, a teoria das ações neutras teria especial relevância. Isso porque, se os trabalhadores da baixa hierarquia são considerados partícipes, várias de suas condutas podem ser avaliadas desde a perspectiva da teoria em comento. Caso se avalie que se trata de ação neutra, isso poderia até mesmo afastar a responsabilidade penal de um inferior hierárquico sem poder de mando. Neste sentido, de acordo com Ricardo Robes Planas:

... A teoria das condutas neutras consegue explicar satisfatoriamente por que razão as pessoas que se encontram na base da pirâmide empresarial – e que, por conseguinte, possuem competências executivas, mas, por outro lado, têm capacidade de decisão muito limitada – não resultam, por regra geral, sequer imputadas em um procedimento penal, quando acabam produzindo um delito na empresa em cuja verificação tiveram alguma intervenção em termos puramente causais.¹⁴²

Ao se utilizar a teoria das ações neutras, além de se proteger o trabalhador com a exclusão de sua responsabilidade, abrir-se-ia a possibilidade de considerar alguma forma de autoria mediata daquele que deu as ordens.

No atual momento histórico, dentro da hipótese ora aventada, com o reconhecimento da piora das condições de trabalho em tempos de gerência da divisão do trabalho, aqueles trabalhadores submetidos a tal modelo mais exploratório teriam sua nova posição reconhecida a partir das consequências acima expostas. As hipóteses de aplicação da atual interpretação jurisprudencial do artigo 22 do Código Penal seriam mantidas, mas especificamente para os casos de outras estruturas que não fossem as grandes empresas dotadas da gestão empresarial, como é o caso das empresas menores, que formam a maior parte do contingente produtivo nacional. Em harmonia com a responsabilidade penal empresarial e as previsões de *compliance*, aquilo que define se a imputação é feita nos moldes tradicionais ou nos moldes dessa proposta é justamente a capacidade de culpabilidade da empresa, na forma do exposto ao longo do terceiro capítulo deste trabalho: se a empresa poderia ser culpável, aplica-se a proposição em comento; se a empresa só poderia exercer o controle direto, aplica-se a interpretação tradicional.

A partir disso, se há o entendimento de que o empregado da hierarquia mais baixa poderia ser considerado partícipe, mesmo quando executor imediato da ação do crime de empresa, isso ensejaria a consequência lógica de que há um autor por trás dele, “senhor do tipo penal”. Aparece então a hipótese de autoria mediata: autoria mediata por domínio sobre a gestão. Se a condição de “inserido em uma estrutura de gestão” é o que evidenciaria a participação de menor importância ou justificaria a exclusão da responsabilidade do empregado, então a autoria só poderia ser atribuída

¹⁴² ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputación en la empresa y conductas neutrales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **La teoría del delito en la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013. p. 449. [trad. nossa].

aos “gestores” que dominam esta estrutura de gestão e que, com suas ações (na esfera de tomadas de decisão e delegação de ordens), levariam certos empregados a cometer crimes.¹⁴³

A adesão à hipótese acima esmiuçada significaria, de certo, uma “inversão”¹⁴⁴ da estrutura tradicional de autoria e participação em crimes que os empregados cometem no interesse da empresa: a ênfase sairia do executor imediato para se centrar em quem tem o domínio sobre vontades a partir da gestão.

Deste modo, os critérios para se atribuir autoria mediata a algum “gestor” e mitigar as responsabilidades dos executores só poderiam estar relacionados ao que se apurou da realidade de gestão: (1) existência de departamentos de Recursos Humanos que orientam condutas na cultura da empresa ou governança corporativa; (2) inserção em setor econômico que influencia e potencializa a exposição a riscos penais visando o lucro e; (3) relevância da ameaça econômica de perder o lugar incidindo no funcionário de baixo escalão que cometeu o crime. A estes critérios se somariam a (4) possibilidade de que a conduta fosse realizada por outro membro fungível e a (5) ordem para a execução da ação que gerou o delito. Esta hipótese que aqui se apresenta

¹⁴³ Esta hipótese, apesar de ser inovadora, não se encontra sem paralelos que a inspirem. Esforços semelhantes foram desenvolvidos por Klaus Tiedemann no direito continental europeu e por Humberto de Souza Santos no caso brasileiro. Tiedemann aponta que: “Junto a la usual doctrina de la autoria y la participación (que admite una simple inducción cometida por la dirección de la empresa cuando ella diera órdenes concretas), se ofrece la alternativa, que proponemos aquí, de una *extensión de la coautoría a casos de falta de resolución conjunta al hecho*, cuando el actor perteneciera a la misma empresa (...). Esta pertenencia produce una vinculación objetiva que va incluso más lejos que la vinculación subjetiva a través del acuerdo, y que resulta del hecho de estar incluído dentro de la empresa”. TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. pp. 176-177. Já Humberto Souza Santos parte dos mesmos critérios de distinção de autoria e participação da estrutura da teoria de domínio de Roxin para apontar outra forma de domínio, a “autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais”. Criticando as tentativas de transferência do domínio de organização por meio de aparatos organizados de poder para as organizações empresariais lícitas, aponta que uma hipótese de domínio do fato nas organizações empresariais distinta de coação e erro só poderia ser uma “decorrente das próprias relações que se estabelecem em tais estruturas e da característica econômico-profissional dessas relações”. (p.123). Isso porque “o objetivo do estabelecimento de qualquer organização empresarial, ao menos na sociedade capitalista, é a satisfação econômica e profissional de seus membros, que se tornam, nesse campo, dependentes de sua existência e do sucesso de suas atividades” (p.123). Por essas razões, será essencial observar que “[q]uanto maior o grau de dependência econômico-profissional, maior será a pressão psíquica sofrida pelo membro da empresa no sentido da prática do delito, o que lhe dá uma característica mais próxima da coação do que do aparato de poder” (p.124). Por isso traça como critérios da teoria: (1) perda da função pode causar relevante prejuízo econômico e profissional ao homem da frente; (2) homem da frente dificilmente será absorvido pelo mercado em função de nível equivalente à exercida na organização econômico-profissional; (3) desligamento do homem da frente é incapaz de ocasionar relevante prejuízo financeiro ou técnico à organização econômico-profissional. Cf.: SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 117, ano 23, pp. 91-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez., 2015. pp. 124-128. Falta, contudo, melhor fundamentação amparada por dados sociais que justifiquem quaisquer dos critérios. É exatamente esta falta que se está tentando resolver aqui.

¹⁴⁴ A afirmação da “inversão” se justifica porque, de acordo com a parte final do art. 22 do Código Penal, os trabalhadores não seriam responsáveis nos casos em que executassem ordens não flagrantemente ilegais. Por um exercício de lógica formal se apura que, na condição inversa, os subordinados seriam responsáveis como autores quando cumprissem ordens flagrantemente ilegais. Nestes casos, aqueles que deram a ordem somente seriam indutores, ou seja, somente seriam partícipes na condição de auxílio moral, uma vez que o empregado não se furta do dever, autônomo, de cumprir a lei penal.

não pretende ser definitiva, mas sim uma provocação a partir do que se apurou ao longo do trabalho. É ainda necessário que exista pesquisa mais aprofundada para tratar do tema.

Nos cargos médios dentro das corporações, ao seu turno, ainda carece de desenvolvimento teórico a estipulação de seus deveres e responsabilidades, pelo que esse é outro tema que merece ser desenvolvido. Em relação ao que há, a princípio a eles se aplica parcialmente tanto o que se prevê para a alta administração (pelo poder de mando) quanto o que se prevê para a baixa hierarquia (pelo recebimento de ordens), nos moldes do que a leitura social do trabalho de Braverman já anunciava em termos de materialidade¹⁴⁵. Algo bastante comum para este segmento da estrutura corporativa é a existência de normas de atuação de classe que delimitam as responsabilidades.¹⁴⁶

Enfim, apresentada esta hipótese de ressignificação do domínio do fato para falar em domínio de gestão (ainda que de forma incipiente e mais na forma de provocação ao leitor), haveria mais uma forma de proteger o trabalhador a partir dos programas de *compliance* caso a sugestão fosse implementada. Esgotadas as formas aqui pensadas e apresentadas de proteção dos trabalhadores a partir de critérios essenciais de imputação de responsabilidade penal no âmbito corporativo, passa-se a seguir a detalhar outros mecanismos de proteção que não têm repercussão imediata para a responsabilidade penal.

4.3.2 Verificação dos direitos fundamentais e o respeito aos direitos dos trabalhadores: mecanismos de proteção dos trabalhadores decorrentes da reorganização dos sistemas internos de denúncias, investigações e medidas disciplinares

Para que um programa de *compliance* possa funcionar como instrumento de proteção dos trabalhadores, ele não pode infringir os direitos fundamentais dos trabalhadores e entrar em conflito com o direito do trabalho. As principais questões referentes a esta matéria se colocam na esfera dos limites da vigilância e das investigações internas de *compliance*, da criação de novas obrigações e da imposição de sanções para os trabalhadores, além da proteção especial (fundamentada por disposições de direito trabalhista) dos denunciantes. Para que estas questões sejam desenvolvidas tendo em conta a função de proteção dos trabalhadores, outros dois mecanismos

¹⁴⁵ Esta média hierarquia, composta pelos profissionais com maior “qualificação” teriam “as características de ambos os lados”. (p.344) Eles, que por um lado detêm poder sobre seus subordinados e remuneração equivalente a uma participação no excedente produzido na empresa; por outro são proletarizados a partir da adoção da racionalização para um número cada vez maior de funções, incluindo as de chefia, além daquelas de produção. BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: Op. cit., nota 61, p.345.

¹⁴⁶ Conforme Adán Nieto, limitariam também em razão da *ultima ratio*. NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 39.

de proteção são apresentados: (1) a constituição dos direitos do trabalhador como o limite da atuação de controle de *compliance* e (2) a proteção do *whistleblower*.

Partindo da (1) constituição dos direitos do trabalhador como o limite da atuação de controle de *compliance*, tem-se que são justamente os direitos garantidos pela Constituição e pelas leis trabalhistas, que podem servir como critério preciso de limitação da atuação de controle de *compliance*.

De início, é importante demonstrar porque os programas de *compliance* precisam se preocupar com as investigações de delitos dentro das corporações. Isso ocorre por dois motivos: (a) pelas vantagens que a autoincriminação propicia à empresa e (b) pela quantidade de delitos que visa prevenir. Para (a), ressalte-se que as investigações são importantes não só porque os programas de cumprimento visam evitar a ocorrência delitiva. Uma vez que o Estado passa a exigir os programas, ele também costuma conceder benefícios às empresas que se auto incriminam, diminuindo consideravelmente as sanções em face da comunicação de um delito na esfera de suas atuações. Marco importante de previsão legal deste benefício veio com as *Sentencing Guidelines for Organizations*, no ano de 1991, sendo que ao longo dos anos seguintes este tipo de previsão foi se expandindo pelo mundo e sua prática se consolidou plenamente nos Estados Unidos da América.¹⁴⁷ Atualmente, no Brasil, observa-se o mesmo benefício na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que prevê diminuição nas sanções e possibilidades de acordos de leniência bastante favoráveis para o caso de confissão da infração quando a empresa tem um programa de *compliance* bem organizado (o que pode fazer com que a multa seja aplicada até mesmo no valor mínimo legal).

Soma-se a esta disposição o fato de que na maior parte das legislações com esta previsão, há também a previsão de colaboração na investigação do fato como uma atenuante para a empresa. Esta colaboração se daria por meio não só da autoincriminação, mas também do aporte de provas para esclarecimento das responsabilidades penais de todos os envolvidos.¹⁴⁸ Este tipo de previsão também se encontra nas *Sentencing Guidelines*¹⁴⁹ e na Lei Anticorrupção brasileira¹⁵⁰, por exemplo. Nesta seara, os procedimentos de investigação interna passam a ter papel crucial, uma vez que é por meio de investigações internas que as corporações obtêm as informações necessárias para denunciarem um delito ocorrido nas suas estruturas.

Para a (b) quantidade de delitos que visa prevenir, a rigidez e a extensão das investigações internas se justificariam a depender do que se visasse prevenir. E uma

¹⁴⁷ MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics**. United States Sentencing Commission (USSC). Selected articles. p.697-719, 2002. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/Selected_Articles/Murphy1.pdf>

¹⁴⁸ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 160.

¹⁴⁹ MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations**: Op. cit., nota 147.

¹⁵⁰ SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptcao-carater-penal>>, com acesso em 01/06/2014.

empresa pode precisar evitar (i) as infrações cometidas pelos trabalhadores contra a empresa (furto de seus bens, apropriação indébita etc.); (ii) os ilícitos cometidos pelos empregados contra outros companheiros de trabalho (especialmente o assédio sexual, discriminação no ambiente de trabalho etc.); (iii) as infrações cometidas pelos empregados através da empresa (os chamados crimes de empresa, em geral crimes econômicos, contra o meio ambiente e responsabilidade pelo produto) e; (iv) os casos em que as empresas ou os administradores têm como dever legal zelar pela vida, saúde e integridade dos seus funcionários no ambiente de trabalho (dever de manutenção da segurança no trabalho).¹⁵¹ Como as condutas a se prevenir são muitas e bastante diferentes, os programas de *compliance* terminam por estender sua atividade de investigação a vários setores corporativos, além de abrirem seus canais de denúncia para o recebimento de comunicações sobre as diversas situações.

Neste contexto, a partir da realização da atividade investigatória por parte dos programas de *compliance*, é possível que exista uma colisão entre os diversos interesses em jogo: o interesse de descobrir os delitos por parte das empresas, para que possam se eximir ou atenuar as sanções; os deveres de controle dos dirigentes, que conflitam com os incentivos econômicos para o diagnóstico do interesse em cumprilos; e o direito à privacidade dos trabalhadores, que estes pretendem manter, mas as atividades de investigação podem enxergar como somente mais um empecilho para atingir seus fins. E se a privacidade dos trabalhadores passa a se tornar um empecilho, aumentam as chances de que ela seja devassada. É desta forma que, no âmbito das *investigações internas de delitos*, pode acontecer de os administradores e o setor de *compliance* adotarem medidas que restrinjam os direitos fundamentais dos trabalhadores de tal forma e intensidade que chegam a tornar as medidas constitutivas, elas mesmas, de delito.¹⁵² *Compliance* encontra seus limites, enfim, nos direitos dos funcionários, e isso se dá pelo motivo óbvio de que um programa de conformidade deve estar em conformidade, ou seja, ser lícito. Deste modo, suas medidas de controle não podem lesionar os direitos dos trabalhadores.¹⁵³

Desde esta perspectiva, Adán Nieto Martín opõe dois modelos ideais de programas de cumprimento.¹⁵⁴ O (a) primeiro seria aquele que previne a partir do desenvolvimento de um clima de respeito à legalidade e valores éticos na empresa através da formação. Este tipo de programa orientado aos valores não deixa de dispor de medidas de controle, mas estas são procedimentos usuais dentro de toda empresa, tais como medidas contábeis, de seleção de provedores, de pessoal, controle do fluxo de efetivo, *due diligence*, etc. Elemento central deste modelo é o código de ética. Em sua oposição está (b) o modelo que se baseia na vigilância. Ele se estrutura por medidas

¹⁵¹ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 147.

¹⁵² Ibid. p. 155.

¹⁵³ MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 147.

¹⁵⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 33.

de controle como o acesso aos correios eletrônicos, o registro das chamadas telefônicas, os acessos à internet, a vigilância por meio de câmeras, a contratação de investigadores privados etc.

Nieto Martín afirma que, ainda que um programa de cumprimento baseado na vigilância proporcione um controle maior, o modelo preferível seria aquele orientado pelos valores em razão de que somente ele respeita os direitos fundamentais como a intimidade e o sigilo das comunicações, além dos próprios direitos de ordem trabalhista.¹⁵⁵ Assim, somente se justificaria a utilização de meios mais incisivos na vigilância em casos em que houvesse uma infração detectada no âmbito da corporação, tal como na investigação de uma fraude ou corrupção.¹⁵⁶

De forma a traçar critérios concretos para avaliar os casos em que podem existir intervenções mais sérias na esfera privada dos trabalhadores, Albert Estrada i Quadras e Mariona Llobet Anglí apontam a existência de alguns requisitos mínimos para que os programas de *compliance* possam se valer de algumas medidas de vigilância que confrontam o direito à intimidade. Estes requisitos deveriam passar por um filtro do “juízo de proporcionalidade”¹⁵⁷, que se compõe de três passos de análise: (a) observar se a medida restritiva que se pretende empregar pode realmente atingir o objetivo almejado (juízo de idoneidade); (b) questionar se a medida empregada é absolutamente necessária e imprescindível (juízo de necessidade) e; (c) valorar se a medida empresarial restritiva é ponderada, no sentido de que dela se derivem mais vantagens para o interesse público do que prejuízos sobre outros bens jurídicos em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).¹⁵⁸

Tais critérios limitadores da atividade invasiva dos programas de *compliance* terminam por proteger de modo aceitável os trabalhadores na esfera empresarial. Isso ocorre no sentido de garantir os direitos fundamentais inerentes a todos os cidadãos, ou no de lhes proteger de imputações penais, uma vez que essas medidas evitam que as empresas possam se dotar de um aparato investigatório interno muito mais poderoso e invasivo que o próprio aparelho investigatório estatal. Deste modo, são garantidos os princípios da ampla defesa, contraditório e igualdade de partes.

É de se ressaltar, por fim, que esta solução de natureza constitucional adotada pelo direito espanhol pode ser perfeitamente internalizada pelo direito brasileiro. Isso se dá porque a regra de proporcionalidade é usualmente aplicada no orde-

¹⁵⁵ Ibid. p. 33.

¹⁵⁶ Ibid. p. 34.

¹⁵⁷ Evidente que neste ponto os citados autores se valeram do conceito do princípio-regra da proporcionalidade, consagrado como postulado científico do Direito Constitucional. Sabendo ser ele aceito por esse ramo do Direito, que inclusive norteia o próprio Direito Penal, não haveria porque refutá-lo. Em verdade, seu uso é bastante indicado para as discussões em questão, vez que o postulado de Robert Alexy tem se mostrado como importante ferramenta na resolução da aplicação de normas e institutos jurídicos em razão do seu potencial de prover conteúdo material às decisões, de uso na fundamentação de decisões judiciais, bem como sua adequação e derivação constitucional. Em não sendo o caso de discutir o tema neste trabalho, pois extrapolaria seu objeto, fica aqui registrado que se adotará tal perspectiva de resolução porque considerada cientificamente adequada.

¹⁵⁸ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 161.

namento jurídico nacional, além de que a constituição espanhola foi, ao lado da constituição portuguesa, uma grande influência do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como os direitos fundamentais em discussão aparecem em ambos os ordenamentos jurídicos, é de se considerar a relevância da solução espanhola para a realidade brasileira.

Passando adiante, a partir da regra acima exposta, as faculdades da vigilância poderão se ampliar conforme se encontrem três variáveis: (i) a consumação do delito; (ii) a natureza do delito; (iii) a gravidade do delito. Deste modo, maior será a liberdade da investigação se está (i) consumado o delito.¹⁵⁹ Isso se justifica porque se já se sabe que houve realmente um delito e um empregado é de fato autor, a investigação já tem fundamentos suficientes para ser mais rígida. Em face disso, para se evitar a irresponsabilidade organizada, também prejudicial aos empregados, torna-se uma necessidade admitir maior liberdade da vigilância corporativa.

Por sua vez, quanto à natureza do delito, se (ii) o crime investigado é cometido pelo empregado através da empresa ou contra colegas de trabalho, a liberdade de investigação será maior do que nos casos em que a empresa é vítima de um delito cometido pelo empregado contra ela.¹⁶⁰ Isso se justifica porque nestes casos de infração através da empresa haveria uma situação em que o empregado infringe dano à sociedade culpando a empresa, assim atingindo outras pessoas, além de gerar mais prejuízos para a própria empresa. É especificamente sobre os crimes através da empresa que se refere o recorte deste trabalho.

Já a (iii) gravidade do delito também é importante variável para limitar mais ou menos a atividade investigativa. Quanto “mais importante seja o bem jurídico que há de se proteger, ou mais perigosa a fonte do perigo que há de se controlar, mais faculdades devem lhe ser outorgadas” (tradução nossa)¹⁶¹.

A partir das três variáveis (i, ii e iii), é possível fazer a ponderação dos interesses em jogo e ampliar o poder de investigação, caso a medida utilizada seja menos grave do que o mal que ela pretende evitar. Por outro lado, a regra também limita os poderes investigatórios das corporações porque traça limites máximos de proporcionalidade à atividade investigatória dos programas de *compliance*. Em especial, a análise de proporcionalidade em sentido estrito pode ser importante para avaliar se determinada medida poderia ser considerada nula caso fosse praticada pelo Estado, ocasião em que a mesma medida não seria autorizada à empresa.

Desenvolvendo as limitações dos programas de *compliance* em termos mais concretos, questão interessante é aquela que se põe acerca da monitorização dos meios de comunicação postos à disposição dos trabalhadores. Nestes casos, discute-

¹⁵⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. Op. Cit., nota 154, p. 34.

¹⁶⁰ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 161.

¹⁶¹ No texto em língua estrangeira: “Además, como más importante sea el bien jurídico que ha de proteger, o más peligrosa la fuente de peligro que ha de controlar, más facultades han de otorgársele”. Ibid. p. 161.

se qual o limite das medidas de controle como o acesso aos correios eletrônicos, o registro das chamadas telefônicas e os acessos à internet.¹⁶²

Uma vez que os meios de comunicação são postos à disposição dos trabalhadores, existe a possibilidade de que eles utilizem estes meios para fins pessoais, ainda que a empresa os tenha posto à disposição com a finalidade produtiva. A partir disso, o controle por meio de registros e/ou monitorizações termina por significar uma forma de atentado à intimidade dos trabalhadores, pois possibilita a escuta de conversas pessoais, a leitura dos *e-mails* etc.¹⁶³

Contudo, como esta medida interfere na intimidade do trabalhador e se refere a questões relativas ao direito do trabalho, com todas as exigências específicas do contrato de trabalho, então antes mesmo de se decidir acerca da utilização ou não da medida, alguns requisitos formais devem ser cumpridos, a fim de que haja ciência e autorização por parte do trabalhador.

Diante disso, Albert Estrada i Quadras e Mariona Llobet Angl  elencam alguns requisitos exigidos pela jurisprudência de seu país para a permissão da ado o deste tipo de medida de controle, a ver: (a) estabelecer previamente as regras de uso de tais meios, com aplica o de proibi es absolutas ou parciais; (b) informar aos trabalhadores que existirá um controle; e (c) a ado o de outras medidas de caráter preventivo que possam atingir as mesmas finalidades de forma prévia menos lesiva, de modo que seja satisfeito o requisito de necessidade, concretamente o de subsidiariedade, exigido pela doutrina constitucional em matéria de restri o de direitos fundamentais no âmbito laboral.¹⁶⁴

Contudo, apesar dos requisitos acima expostos, Estrada i Quadras e Llobet Angl  ainda problematizam mais a questão porque, desde sua perspectiva, mesmo quando um trabalhador for avisado sobre o controle dos meios de comunica o e ainda assim concordar com essa medida, ele não deixa de ser cidadão somente porque se insere nas rela es laborais. E uma vez que o direito   intimidade   um direito fundamental constitucionalmente garantido, ele se estende a todos os cidadãos, mesmo aqueles que se encontram nas rela es de trabalho. Por isso, existem argumentos doutrinários que defendem que o empregador não pode eliminar o direito   intimidade dos trabalhadores, seja unilateralmente ou por modo convencional, somente porque ele cedeu os meios de comunica o. Neste sentido, afirmam Albert Estrada i Quadras e Mariona Llobet Angl :

Na doutrina não faltam argumentos contra a possibilidade de que o empresário elimine unilateralmente o direito   intimidade dos trabalhadores a respeito dos meios de comunica o. Ademais, e conforme com a doutrina do TC segundo a qual a rela o laboral não elimina a condi o de cidadão do trabalhador nem, portanto, os direitos fundamentais que como tal são reconhecidos, tampouco a exclusão bi-

¹⁶² NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. Op. Cit., nota 154, p. 33.

¹⁶³ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGL , Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 163.

¹⁶⁴ Ibid. p. 165.

lateral (convencional) do uso pessoal dos meios de produção parece poder eliminar o respeito à intimidade do trabalhador no exercício da potestade – ou dever – de vigilância e controle do empresário. Como direito fundamental que é, e tendo em conta o contexto em que ele se realiza (a relação laboral), o trabalhador não pode dispor de forma absoluta de sua intimidade.¹⁶⁵

Ante o exposto, para além de cumprir os requisitos formais prévios, a solução proposta para avaliar a possibilidade ou não de utilização deste meio de investigação passa mais uma vez pela análise do “juízo de proporcionalidade” em sentido amplo, que poderia auxiliar a apontar quando haveria pertinência na adoção deste tipo de medida investigativa.

Outro ponto importante se refere à obrigação de informar em investigações internas. Pelo direito do trabalho, os empregados seriam obrigados a informar todo o relacionado com a sua atividade no transcorrer de uma investigação interna, especialmente porque esta obrigação decorre do próprio contrato de trabalho (tanto assinada quanto decorrente da esperada boa fé na prestação do trabalho). Por outro lado, é um direito fundamental de todo indivíduo não ter o dever de produzir prova contra si mesmo.¹⁶⁶

No âmbito dessa discussão, Maschmann afirma que, para a maioria da doutrina alemã, o trabalhador não pode alegar o *nemo tenetur se ipsum accusare* porque o empregador não se ocupa da sanção penal de seu empregado, mas da defesa de sua própria posição jurídica.¹⁶⁷ Contudo, o Autor não concorda com este posicionamento e argumenta que, sob esta interpretação, sempre predominariam os interesses de esclarecimento do empregador sobre o direito do trabalhador de negar-se a informar, ainda quando ambas as partes apelassem a direitos fundamentais. Considerando que o empregador pode apresentar os resultados de sua investigação na empresa à autoridade competente para eximir a responsabilidade penal, sua ou da própria empresa, então há uma situação em que existe sim risco de autoincriminação por parte do trabalhador. Por isso, importa aqui o direito de não produzir prova contra si mesmo¹⁶⁸, devendo esse direito ser respeitado em função da garantia constitucional que representa.

O interesse de controle do empregador, contudo, não pode ser desatendido por completo. De modo a conciliar que o empregador possa exercer seus direitos sem infringir aqueles dos trabalhadores, parece pertinente distinguir a função de uma entrevista ou interrogatório, de modo que não fica suprimido, em todo caso, o direito de pedir informação. As funções podem ser, em síntese, três: preventiva, visando evitar futuras situações indesejadas; avaliativa, para revisar a eficiência do programa de *compliance*; investigatória, para investigar uma determinada conduta ou pessoa

¹⁶⁵ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, pp. 167-168.

¹⁶⁶ NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 206-207.

¹⁶⁷ MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. Op. Cit., nota 153, p. 156.

¹⁶⁸ Ibid. p. 157.

quando já há suspeitas de *non-compliance*. Se o interrogatório tiver fins preventivos ou avaliativos, então o direito de perguntar do empregador terá sempre prevalência. Neste caso, o objetivo não é imputar culpa, mas sim evitar riscos, que é justamente a função de *compliance* para o direito.¹⁶⁹ Nestes casos prepondera, portanto, a ideia de cooperação que perpassa *compliance*. Já quando há suspeita concreta e a função é mais investigativa, prefere-se que não seja feito o interrogatório, de modo a evitar o conflito de direitos, ou que, quando ele seja feito, que esteja acompanhado de aviso anterior ao trabalhador, explicando as funções do interrogatório e os direitos que ele possui, inclusive o de não produzir provas contra ele mesmo¹⁷⁰.

Assim chega-se à conclusão de que a informação prévia ao trabalhador é sempre um requisito mínimo em termos de proteção de seus direitos. É necessário, portanto, avisar previamente aos trabalhadores a possível utilização do conteúdo dos meios de comunicação e das entrevistas como possível estratégia de defesa da corporação em um processo, além de informá-los sobre os direitos fundamentais, a depender do caso, assim garantindo que não ocorram infrações a esses direitos. Ainda, é igualmente necessário que não se admita, por parte do poder público, que as provas obtidas por estes meios venham desacompanhadas das medidas acima apontadas, porque sua falta certamente tornaria a prova obtida uma prova ilícita. O argumento de que as limitações impostas ao poder público não se estendem aos particulares não pode prosperar, por contrariar todo o anteriormente exposto durante a fundamentação que justifica a implementação destes mecanismos que ora se discute.

Ademais, para a questão da prestação de esclarecimentos é importante a variável de consumação ou não do delito. Deste modo, poderão existir tanto investigações esclarecedoras (que visam o passado ou o presente) como investigações preventivas (visando o futuro).¹⁷¹ O grau de suspeita sobre a autoria também será levado em conta na forma da investigação. Isso quer dizer que podem ou não existir indícios de que um trabalhador determinado tenha cometido ou esteja em vias de cometer uma infração. Portanto, a investigação pode se centrar em um trabalhador que seja realmente infrator ou em alguém que não cometeu qualquer ilícito e o perigo pode ser existente ou potencial, razão pela qual se exige muita cautela neste assunto, em face do princípio da presunção de inocência.

O maior problema que se põe sobre essa matéria é que na prática nem sempre é possível distinguir com clareza os fins da investigação, preventivos e repressivos. É até mesmo comum o empregador perguntar do fato antes e somente após a

¹⁶⁹ Ibid. p. 159.

¹⁷⁰ Adán Nieto Martín propõe até mesmo a utilização de aviso semelhante aos avisos de Miranda (“*Miranda warnings*”, o tradicional aviso que a autoridade deve dar ao acusado durante a sua prisão no direito estadunidense, informando que ele tem o direito a um advogado e a permanecer calado para não produzir provas contra si mesmo) antes da entrevista com o trabalhador, ao que dá o nome de “*Miranda empresarial*”. Sobre o tema, conferir: NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 253-254.

¹⁷¹ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 157.

resposta decidir se reage de maneira “preventiva” ou “repressiva”.¹⁷² Em caso de dúvida, é mais razoável impor ao empregador a obrigação de informar sobre o fim do interrogatório (*Miranda empresarial*¹⁷³), assim dando ao trabalhador o direito de se prevenir contra o uso de uma possível declaração sua como prova nos procedimentos de autodenúncia da empresa e *reverse whistleblowing*.

O direito ao silêncio ainda vem permeado por outros direitos e garantias processuais, como, por exemplo, poder reclamar a presença de um advogado quando o empregador esteja investigando (“repressivo”) por meio de um advogado, em respeito ao princípio da paridade de armas. Outro direito interessante é o de examinar as atas e dar opinião sobre elas quando forem feitas anotações sobre os interrogatórios.¹⁷⁴

Se as supracitadas limitações ao direito/dever de vigilância significam verdadeiros mecanismos de proteção do trabalhador, ainda assim elas não garantem seu cumprimento integral. E em caso de o empregador infringir um dos supracitados direitos dos trabalhadores, é preciso que alguns critérios de responsabilidade estejam bem definidos.

Primeiramente, levanta-se a questão de que, em caso de infração, a ação interposta pelo empresário deveria ser o *único* modo de evitar que o perigo criado no interior da empresa gerasse delito contra terceiro. Caso existisse um meio menos lesivo de atingir o mesmo resultado, a infração cometida pelo empresário não estaria amparada pelo estado de necessidade, assim caracterizando um ilícito penal por parte do infrator do direito do trabalhador.¹⁷⁵

Em linha semelhante ao anterior, cabe citar que, mesmo quando a infração se caracterizasse como o único meio possível de atingir aquele resultado, ainda assim não caberia a alegação de estado de necessidade se o mal que se tentou evitar não fosse maior que o mal causado ao empregado. Portanto, o interesse protegido deveria ser superior à intimidade ou a liberdade dos trabalhadores.¹⁷⁶

E como último critério limitador, é trazida a questão de que, mesmo que a infração aos direitos do trabalhador se justifique como única forma possível de atingir o resultado pretendido e que o mal evitado seja maior que o mal causado, também não estará justificada a conduta salvadora do empregador se ele é corresponsável pela conduta do trabalhador que gerou o risco penalmente relevante. Neste ponto, Albert Estrada i Quadras e Mariona Llobet AnglÍ trazem interessante exemplo, a ver:

Pense-se, por exemplo, em um caso em que o trabalhador se vê obrigado a delinquir para cumprir com os objetivos, a todas luzes inassumíveis, que lhe impôs seu empregador. Para mostrar um caso: os objetivos de resultados fixados pelas entidades financeiras durante os últimos anos a seus empregados, os quais acabaram

¹⁷² MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. Op. Cit., nota 153, p. 159.

¹⁷³ NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 253-254.

¹⁷⁴ MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. Op. Cit., nota 153, p. 160.

¹⁷⁵ ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, p. 184.

¹⁷⁶ Ibid.

elaborando e rendendo produtos financeiros – como os conhecidos Swaps – que estão claramente à borda da legalidade penal (tradução nossa)¹⁷⁷

De fato, não seria justo que os empregados tivessem seus direitos fundamentais infringidos pelos empresários que incentivaram sua conduta delituosa por meio do “cumprimento de metas”, motivo pelo qual não deve ser tolerada tal infração de direitos fundamentais por parte dos empresários nestes casos. Como não lhes é autorizada a defesa baseada no estado de necessidade, em caso de infração dos direitos dos trabalhadores, os empregadores poderão até mesmo responder civil e penalmente pelas possíveis infrações cometidas, além de criarem o risco de nulidade da prova obtida.

Finalmente, em se tratando de direitos trabalhistas, há dois direitos/deveres específicos da legislação trabalhista que devem ser respeitados: (I) a proibição de piora do contrato de trabalho e o problema das obrigações derivadas de *compliance*; e (II) a obrigatoriedade de imediatidade e justeza na aplicação de uma sanção disciplinar.

Inicialmente, (I) sabe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito do trabalho proíbe que o empregador piore a condição do contrato do trabalhador. Diante disso, obrigações derivadas de *compliance*, oriundas da delegação de deveres, do código de ética e conduta e das demais medidas relacionadas a investigação e sanções podem significar uma piora no contrato de trabalho porque aumentam a esfera de atuação do trabalhador dentro da empresa. Por essas razões, sugere-se que uma empresa cientifique o trabalhador de todas as obrigações de *compliance* antes mesmo da assinatura do contrato. Nos casos em que o programa de *compliance* venha a ser implementado posteriormente à celebração do contrato de trabalho, o empregador pode ter que negociar com os trabalhadores uma “compensação” pelo aumento de obrigações.¹⁷⁸

Outro ponto importante se refere à (II) obrigatoriedade de imediatidade e justeza na aplicação de uma sanção disciplinar. Como se sabe, em geral há a exigência de que *compliance* tenha a capacidade de aplicar sanções disciplinares aos trabalhadores que infrinjam o código de conduta e ética. Estas sanções devem seguir procedimentos rígidos, nos moldes do acima exposto.

Neste sentido, Moosmayer, na qualidade de Chefe do Controle de *Compliance* empresarial, propõe que:

¹⁷⁷ O texto em língua estrangeira é: “Piénsese, por ejemplo, en un caso en que el trabajador se ve obligado a delinquir para cumplir con los objetivos, a todas luces inasumibles, que le ha impuesto su empresario. Para muestra un botón: los objetivos de resultados fijados por las entidades financieras durante los últimos años a sus empleados, los cuales han acabado elaborando y rendendo productos financieros – como los conocidos Swaps – que están claramente al borde de la legalidad penal”. ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. Op. Cit., nota 72, pp. 184-185.

¹⁷⁸ Expondo o mesmo problema em Espanha, ver: NIETO MARTÍN, Adán. Código ético, evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 144-148.

... Na hora de impor sanções disciplinares àqueles empregados que tenham resultado responsáveis de algum tipo de irregularidade em face da investigação interna, resulta necessário contar com um processo bem regulado, tendo em conta a possível existência de procedimentos posteriores ante os tribunais de ordem trabalhista. Por esta razão, resulta recomendável que exista um comitê disciplinar que realize seu trabalho conforme a regras e princípios previamente estabelecidos. Contar com uma regulação interna da política disciplinar aumenta, de acordo com minha experiência, a confiança de todo o corpo de empregados no caráter justo do procedimento (tradução nossa)¹⁷⁹.

Contudo, dentro do Direito do Trabalho, há ainda outros requisitos que são exigidos para que seja permitido o exercício da disciplina interna. Para o direito brasileiro, exige-se principalmente que a sanção seja imediata e não discriminatória. Isso quer dizer que uma sanção que não seja aplicada imediatamente após a descoberta da prática delitativa pode ser posteriormente anulada na justiça trabalhista, revertendo em prejuízo da empresa. Da mesma forma, podem ser anuladas as sanções que são aplicadas a poucos, que a empresa arbitrariamente distingue de outros que foram descobertos em desvios semelhantes. Desta forma, diante da obrigação de imediatidade e não discriminação das sanções, o sistema de aplicação de sanções deve atuar de forma rápida e sem distinção entre os trabalhadores, evitando a criação de bode expiatório ou de possíveis chantagens.¹⁸⁰ As sanções ainda devem, por fim, seguir as regras de disciplina do direito trabalhista brasileiro.

Enfim, os direitos constitucionais e trabalhistas ora expostos não só devem ser preservados, como são, em verdade, o real limite ao dever de controle de *compliance*. Nos moldes aqui postos, este tratamento dado aos direitos dos trabalhadores se trata, enfim, de uma forma particular de programa de *compliance* orientado por valores.

Nesta esfera dos programas de *compliance* orientados por valores, Nieto Martín vem a levantar um último ponto de interesse dos trabalhadores:

Ainda que legalmente a maior parte dos conteúdos dos códigos éticos ou das políticas de empresa possam ser estabelecidos ao amparo do poder de direção, o certo

¹⁷⁹ O texto em língua estrangeira é: “A la hora de imponer sanciones disciplinarias a aquellos empleados que hayan resultado responsables de algún tipo de irregularidad tras la investigación interna, resulta necesario contar con un proceso bien regulado, teniendo en cuenta la posible existencia de procedimientos posteriores ante los tribunales del orden laboral. Por esta razón, resulta recomendable que exista un comité disciplinario que realice su labor conforme a reglas y principios previamente establecidos. Contar con una regulación interna de la política disciplinaria aumenta, de acuerdo con mi experiencia, la confianza de toda la plantilla en el carácter justo del procedimiento”. MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p.140.

¹⁸⁰ Expondo o mesmo problema em Espanha, ver: NIETO MARTÍN, Adán. Código ético, evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 150-152.

é que seriam muito mais críveis e efetivos se fossem redigidos através de um processo aberto onde tivessem participação os representantes dos trabalhadores e outros *stakeholders* (tradução nossa)¹⁸¹.

De fato, um programa de *compliance* neste modelo deveria avançar na sua construção de forma mais democrática. Esta política de redação dos programas seria, enfim, uma forma de se respeitar o conceito de cidadania como a qualidade de participar do processo de formação das normas que lhe serão impostas. Neste cenário, o programa de *compliance* se aplicaria de forma mais legítima ao empregado, inclusive, porque se trataria de uma norma “dele”. *Compliance* deixaria de ser somente a imposição de um instrumental de regras derivadas da autorregulação da empresa e passaria a se tratar também de um instrumento legitimado de organização das formas de comportamento na esfera produtiva. Isso também incentiva a adesão por parte dos trabalhadores, algo extremamente necessário se o que se deseja é o aumento da eficiência preventiva de *compliance*.

A seguir, cita-se a necessidade de (2) proteção do *whistleblower*. Dentro dos setores de *compliance* das corporações estão embutidos os sistemas de denúncias e investigações. Dentro do sistema de denúncias, uma das mais importantes ações do programa de *compliance* é a disponibilização dos “procedimentos de informantes” para a descoberta de irregularidades, que permitem aos empregados, por exemplo, a denúncia anônima de anomalias, por meio de *hotlines* (canais de denúncia internos). Os *whistleblowers* seriam então os funcionários incentivados a levar ao conhecimento interno atitudes que ofendam a ética empresarial estabelecidas nos programas de *compliance*. São os “tocadores de apito” (na tradução do termo do inglês) ou “denunciantes cívicos” de más condutas.

Primeiramente, é necessário dizer como a mera existência das *hotlines* para os *whistleblowers* protegem funcionários. É sabido que nas empresas muitas vezes os funcionários inferiores cometem crimes em função de ordens ou comunicações de seus superiores hierárquicos. Contudo, a doutrina majoritária considera que “a obediência hierárquica não justifica nem desculpa a prática de atos criminosos.”¹⁸² É o que se denota também da leitura do art. 22 do Código Penal.

Deste modo, por mais pressionado que tenha sido um funcionário de baixa hierarquia, ele não será eximido de sua pena pela prática de crime derivado de ordem

¹⁸¹ O texto em língua estrangeira é: “Aunque legalmente la mayor parte de los contenidos de los códigos éticos o de las políticas de empresa pueden ser establecidas al amparo del poder de dirección, lo cierto es que serían mucho más creíbles y efectivos si se redactaran a través de un proceso abierto donde tuvieran participación los representantes de los trabajadores pero también otros stakeholders cuyos intereses pueden verse afectados por la actividad de la empresa”. Id. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 35.

¹⁸² SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009. p. 351.

manifestamente ilegal¹⁸³, a priori, exceto quando muito bem caracterizado um estado de necessidade ou a prática de conduta neutra, algo difícil de provar na prática. De mais disso, é sabido que, para funcionários, a desobediência é realmente difícil, principalmente quando o funcionário específico é o subordinado e precisa do trabalho. E apesar disso, para o direito penal, esse argumento não é suficiente porque se diz que a recusa em cometer crimes não é motivo para demissão. Parece um tanto vazia, contudo, a argumentação, uma vez que o direito brasileiro não prevê a proteção do empregado contra demissões sem motivação, sendo a demissão sem justa causa, inclusive, um direito constitucionalmente garantido do empregador. Neste contexto, o direito premiaria o cidadão que decidiu se opor ao cometimento de crimes com a demissão sem justa causa (e nenhuma carta de boas indicações de seu empregador anterior). Parece evidente que se trata de contexto injusto, sendo que alguma alternativa melhor precisaria ser pensada.

As *hotlines*, ao seu turno, são os canais de comunicação (muitas vezes anônimos, algumas para um órgão externo de controle) para denunciar irregularidades. Servem para todos os funcionários, em especial para os incentivados à denúncia, sendo que protegem funcionários, ou seus empregos, pois, uma vez denunciada alguma pressão interna para o cometimento de delitos, por mais que tenha sido por parte de seu superior hierárquico, o funcionário estará protegido pelas garantias inerentes ao *whistleblower*. Tornar-se-ia mais fácil desobedecer e não incidir nem em responsabilidade penal, nem em desemprego.

Sobre a forma destes canais de comunicação de anomalias (*hotlines*), afirmam Renato de Melo Jorge Silveira e Eduardo Saad Diniz:

... Ele não pode, de modo algum, verter-se em segredo, mas deve ser exposto a qualquer pessoa que possa vir a ter conhecimento de condutas ilícitas. Por outro lado, deve ser assegurada a máxima confidencialidade dessas denúncias, sendo previstos canais específicos de comunicação, como correio eletrônico, ouvidoria, cartas, telefones etc. As denúncias, por sua vez, devem ser recebidas por um funcionário que possua conhecimentos jurídicos necessários para sua avaliação, além de ter o devido acesso aos órgãos diretivos da empresa. Derradeiramente, efetuada a denúncia, e havendo procedência para tanto, a investigação deve ser levada a cabo por pessoa isenta de dúvidas que deve apresentar seus resultados à empresa, aos eventuais prejudicados e, eventualmente, às autoridades.¹⁸⁴

A seguir, a proteção de estabilidade de empregos dos trabalhadores que relataram uma situação de má conduta ou colaboraram com auditoria ou investigação ("*whistleblower protection*") precisa existir no âmbito da corporação. O modelo de proteção do *whistleblower* deve contar com normativas internas previstas por *compliance*, de modo a reforçar a oportunidade de todos os funcionários e colaboradores

¹⁸³ Não se desconsidera a existência de divergência acerca de necessidade de ordem manifestamente ilegal para responsabilizar o trabalhador de empresa privada, contudo, por ora, utiliza-se propositalmente o posicionamento mais restritivo.

¹⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Melo Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. Op. cit., nota 37, p.349.

denunciarem casos em que as normas éticas tenham sido ignoradas sem medo de retaliação. Isso potencializaria a função preventiva de *compliance* e seria mais um meio de proteger os próprios trabalhadores. Cabe ressaltar que, nesta seara protetiva, há o interesse do direito penal de que ela exista para garantir a função de *compliance*, entretanto, seria necessário que sua efetivação tivesse participação do Direito do Trabalho, especialmente em função das questões referentes à intimidade do trabalhador, seus direitos de personalidade, seus direitos e obrigações frente à prestação de informações, seu direito a estabilidade após a denúncia e como se dá a proteção do *whistleblower* dentro das relações de emprego.¹⁸⁵

No direito alemão, os denunciantes são objeto de proteção frente a demissões injustas, sobretudo quando tenham respeitado as devidas regras para denúncia e a denúncia se mostre fundada. Alguns exigem até mesmo que o *whistleblower* não possa ser licitamente demitido por até um ano após a denúncia.¹⁸⁶ O mesmo poderia ser feito no Brasil, garantindo estabilidade ao *whistleblower* que estivesse em condição análoga a esta. Não se pode dizer em proteção contra despedida sem justa causa porque este é um direito constitucional, mas pode-se falar em estabilidade em situação análoga à das gestantes.

Por outro lado, o problema que se estende ao denunciante ainda é outro:

A cruz para os denunciantes reside em algo diferente: nenhum preceito protege de maneira efetiva a marginalização, o mobbing e outros numerosos métodos sutis de se “vingar” do *whistleblower*. E é que só em escassas ocasiões se conseguiria provar de maneira fundada que tais medidas sejam precisamente a consequência da denúncia. Possivelmente poderia ajudar uma presunção temporalmente limitada: se o empregado é prejudicado no ano posterior à denúncia por determinadas medidas se pode aceitar que estas sucedem pela denúncia (tradução nossa)¹⁸⁷

Por fim, cita-se a necessidade de que as investigações internas sejam realizadas por advogados externos que gozam do “*legal privilege*”¹⁸⁸. Isto seria necessário em alguns casos específicos em razão dos motivos que aqui seguem. Antes de tudo, (i) é necessário que o responsável pela investigação seja profissional com conhecimentos jurídicos, para que saiba do que se trata quando do recebimento da denúncia, por isso a referência a ser advogado (até aqui, pode ser interno ou externo, mas é importante

¹⁸⁵ Mais sobre em: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Compliance y derechos de los trabajadores*; e MASCHMANN, Frank. *Compliance y derechos del trabajador*. Ambos em: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013.

¹⁸⁶ MASCHMANN, Frank. Op. cit., nota 185, p. 166.

¹⁸⁷ O texto em língua estrangeira é: “La cruz para los denunciantes reside en algo diferente: ningún precepto protege de manera efectiva de la marginación, el mobbing y otros numerosos métodos sutiles de <vengarse> del whistleblower. Y es que solo en escasas ocasiones se consiguiera probar de manera fundada que tales medidas sean precisamente la consecuencia de la denuncia. Posiblemente podría ayudar una presunción temporalmente limitada: si el empleado es perjudicado en el año posterior a la denuncia por determinadas medidas se puede aceptar que estas suceden por la denuncia”. MASCHMANN, Frank. *Compliance y derechos del trabajador*. Op. Cit., nota 153, p. 167.

¹⁸⁸ NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013. p. 206.

que seja advogado); (ii) a seguir, pode ser necessário que ele seja agente externo porque, se é interno, poderia sofrer as mesmas pressões que se quer evitar que ocorram no *whistleblower*, de modo que auditoria e investigação externos se apresentam como mais efetivos na apuração das falhas, sendo ainda necessário que aquele agente que cumpra essa função não possa ter conflitos de interesses na investigação (indicado o advogado externo, mas em caso de advogado interno, exige-se maior liberdade para ele); e, por fim, se se trata de advogado, (iii) este advogado teria também o dever de sigilo sobre o que apura, protegendo possíveis excessos na intromissão da intimidade. Neste último ponto, entende-se, em geral, que o advogado interno é tido como empregado da empresa e, por isso, estaria submetido à autoridade empresarial, razão pela qual não poderia alegar o sigilo profissional; diferente do advogado externo, que conserva o privilégio¹⁸⁹. Por isso, por mais que a utilização de advogado externo possa gerar maior resistência interna de cooperação com a investigação, ainda assim seria mais indicada em certos casos em que se pretende proteger o sigilo profissional e certas informações da investigação.

Enfim, organizando o programa de *compliance* desta forma, os sistemas de denúncia, investigação interna e de medidas disciplinares se adequam aos preceitos constitucionais e aos necessários limites que devem ser impostos aos programas de *compliance*. Deste modo, estaria concretizada a proteção do trabalhador por meio de outros mecanismos, agora os que se preocupariam com a organização do sistema de denúncias e investigações.

4.3.3 Verificação de direitos fundamentais no conflito com o impulso econômico: mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir da informação fornecida pelo código de conduta e ética e pelo treinamento

Na prática, seria possível verificar alguns mecanismos de proteção específicos a partir do funcionamento adequado de um programa de *compliance* que promove melhor fluxo de informação e mais transparência à empresa. Alinhando a melhoria nos fluxos de informação e comunicação da empresa ao treinamento dos funcionários e ao código de conduta e ética, mais três formas de proteger os trabalhadores aparecem por meio da delimitação, informação e capacitação para compreenderem seus riscos penais: (1) a definição do risco permitido, (2) o alcance da aceitação voluntária e (3) a repressão a um possível ambiente incitador de crimes dentro da empresa para beneficiá-la.

No âmbito dos delitos dolosos, os programas de *compliance* podem ter relevância definitiva em relação à delimitação dos espaços de liberdade dos trabalhadores (ampliando ou limitando-os). Neste sentido, afirma Sieber:

Isso vale especialmente para os pontos de vista do acordo ou consentimento, quando as regras de *compliance* definem o risco permitido (por exemplo, nos negócios especulativos) ou o alcance da aceitação ainda permitida de pequenos presentes (na aceitação benéfica). Caso importante de aplicação aqui é o abuso de confiança, que pressupõe uma ação contra a vontade ou os interesses de quem detém

¹⁸⁹ Discutindo o tema, cf.: NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. pp. 239 e ss.

o bem jurídico e decida conforme o caso concreto, na medida em que as distintas formas das medidas de *compliance* têm um efeito jurídico. As regras de *compliance* podem estender os espaços de liberdade ou limitá-los, e não apenas de forma objetiva, mas também pela consideração dos erros que lhe são correspondentes.¹⁹⁰

Sobre (1) a definição do risco permitido, um programa de *compliance* pode traçar diretrizes para verificar a experiência – dentro da própria empresa ou de outras, inclusive recorrendo à análise de casos paradigmáticos e programas de *compliance* das demais empresas para definir o risco permitido para si – nos casos do risco permitido, delimitando as condutas dos trabalhadores dentro do legalmente aceitável (pela prática do ramo negocial e pelas considerações da jurisprudência). Os programas de *compliance* oferecem às empresas a oportunidade de definir os espaços de liberdade de atuação e assim evitar as zonas cinzentas criminosas.¹⁹¹

Isso quer dizer que, além de ter relevância para a responsabilidade por omissão na esfera do cumprimento do dever de garante nos casos em que a lei o exige, *criminal compliance* poderia servir para trazer ao conhecimento dos funcionários quais são as normativas e os entendimentos jurisprudenciais que apontam os limites de permissão de certos riscos, desta forma tendo relevância para as responsabilidades de delitos comissivos também.

Importante ter em conta, contudo, que, assim como a empresa pode definir o risco permitido de forma adequada, também pode fazê-lo de forma insuficiente. Relembrando as funções do tipo penal, na forma já discutida em tópico anterior, cabe ter em conta que as disposições e regras do *código de conduta* carregarão consigo a mesma função: de informar o conteúdo da norma de proibição e materializar o princípio da legalidade. Neste caso, se o programa de *compliance* é incapaz de informar adequadamente o risco permitido para o trabalhador, é preciso ter em conta a possibilidade de erro por parte do funcionário que cometa algum crime nestas condições. Ante o exposto, na esfera dos delitos comissivos, para os funcionários de baixa e média hierarquia importará a análise acerca de como *compliance* pode gerar contribuições na esfera da teoria do erro ao analisar as atividades em grupo nas corporações e atuar dentro delas.¹⁹²

Dessa forma, por meio das delimitações expressas no *código de conduta*, caso ele seja devidamente aplicado, é possível que se evite o cometimento de um delito. Protege-se o trabalhador, pois ele terá consciência acerca da realização do tipo penal, das consequências dos seus atos e do quanto o cometimento de um delito é indesejável dentro da corporação. E somente com o conhecimento da ameaça de perigo, por

¹⁹⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, p. 306.

¹⁹¹ Ibid. p. 306.

¹⁹² Detalhar a questão extrapolaria os limites deste trabalho, contudo o questionamento é importante e pode trazer contribuições para o debate ora empenhado, em especial ao limitar as responsabilidades penais individuais com base na real possibilidade de se incorrer em erro no interior de um agrupamento. Cf.: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance**. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

parte do possível autor da conduta, é que se pode propor evitar um dano por meio de medidas de proteção. Neste caso específico, a precisão das previsões do *código de conduta* e a efetividade de um programa de *compliance* estão diretamente vinculadas à sua capacidade de proteção do trabalhador, reforçando como *compliance* pode ser instrumento de proteção das esferas de liberdade e dos direitos dos trabalhadores.

Quanto ao (2) alcance da aceitação permitida, Sieber assim o descreve:

... em quase todos os programas correspondentes se posiciona a menção expressa às finalidades pretendidas e aos valores protegidos nas informações (circulares) aos funcionários. Aí se veiculam frequentemente as premissas em detalhes, por exemplo, sobre a aceitação de presentes ou convites para almoço por empregados ou a concessão de subsídios ou convite a consumidores. Estas premissas são comunicadas aos empregados no âmbito dos programas de *compliance* em parte por meio de eventos de formação.¹⁹³

Neste caso específico, previne-se que o empregado extrapole os limites da aceitação permitida, delimitando no *código de conduta* o que pode e o que não pode ser aceito, evitando a responsabilização frente aos delitos em que há aceitação e o oferecimento de benesses. Tal como no caso anterior, a proteção do trabalhador dependerá, diretamente, da precisão das previsões do *código de conduta* e da própria efetividade do programa de *compliance* que o protege.

Em ambos os casos, o *treinamento dos funcionários*, elemento básico dos programas de *compliance*, é *essencial* para que os mecanismos de proteção se efetivem. Cita-se, por exemplo, o treinamento acerca do que seja o tipo penal de corrupção ativa para que o trabalhador compreenda (1) a definição do risco permitido e (2) a aceitação voluntária nos casos de corrupção, não correndo risco de incorrer nas condutas imputáveis pela lei anticorrupção (12.846/2013) e pelo Código Penal (em especial os crimes de corrupção).

Adiante, um programa de *compliance* seria também efetivo, vinculando-se à responsabilidade penal empresarial, para (3) reprimir um possível ambiente incitador de crimes dentro da empresa¹⁹⁴ por meio das diretrizes valorativas traçadas por *compliance* que induziriam a empresa a manter um ambiente de respeito à ética e às leis. Trata-se da própria ideia de cultura corporativa. Neste caso, de acordo com Ulrich Sieber:

... as violações às normas seriam favorecidas por meio de um clima de erosão normativa, por meio de técnicas de neutralização interna da empresa para a amenização dos efeitos das infrações normativas, por meio tanto da pressão aos empregados para as descobertas de 'soluções inovadoras', quanto das oportunidades de co-

¹⁹³ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, p. 306.

¹⁹⁴ Sobre isso, ver mais em TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v.11, jul./set., 1995. p.22.

metimento de delitos. Os programas de *compliance* têm por finalidade a comunicação confiável dos valores da empresa, de tal forma que trazem elevado significado para a evitação da criminalidade empresarial.¹⁹⁵

Ainda nesta esfera, para que seja efetivo o programa de *compliance* é necessário que esteja bem clara para os funcionários a sua situação jurídico-penal em relação às instruções internas da empresa. Neste sentido, são três as situações que os funcionários necessitam tomar conhecimento através do treinamento: (a) se a instrução é legal, sua execução está justificada; (b) já se a instrução é legal, mas está eivada de erro que gere delito e o inferior hierárquico reconhece o erro ou o erro era evidente, então sua execução será antijurídica; por fim, (c) se a instrução é ilegal, também será o ato que a executar, ensejando responsabilidades penais. A instrução que se dirija ao cometimento de crime ou contravenção deve ser considerada nula¹⁹⁶ e isso deve constar dos regramentos do código de ética e ser informado aos trabalhadores por meio dos treinamentos. O trabalhador, ao seu turno, diante do ora exposto, deve se recusar a cumprir a ordem antijurídica e se submeter ao sistema de proteção inerente ao programa de *compliance*. Para os casos de dúvida razoável ou de erro não identificável da instrução que gera um crime, o empregado que cumpriu as ordens, a princípio, não será responsável, sendo aplicável uma das disposições dos artigos 20, 21 ou 22 do Código Penal.

Para a realização de tudo isso, é essencial que o *código de ética e de conduta* seja bem redigido e a postura dos superiores hierárquicos deve ser indubitável no sentido de não restar dúvida sobre a empresa não querer delitos na sua atividade (*tone at the top*). Ao mesmo tempo, o *treinamento dos funcionários*, que vise assentar esses valores no âmbito da atividade laboral, é essencial nestes casos, pois somente com treinamento é possível desconstruir conceitos pré-estabelecidos e construir uma cultura organizacional que aspire manter determinados padrões éticos. Acrescenta-se, ainda em relação a este ponto, a necessidade de diálogo entre estes mecanismos de proteção e aqueles relativos à organização do sistema de denúncia de investigações, em especial com a possibilidade de denúncia anônima por meio de *hotlines* (linhas internas de denúncia) e proteção do *whistleblower*. Desta forma, haveria um ambiente de reprovação a crimes dentro da empresa – o contrário de um ambiente que os incita – e conseqüentemente mais uma ferramenta protetora dos trabalhadores dentro da mesma, assim evitando que eles estejam relacionados ao cometimento de delitos.

¹⁹⁵ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, pp. 307 e ss.

¹⁹⁶ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010. p.153.

4.3.4 Sugestão de *lege ferenda*: a normativa do Estado no incentivo à construção de uma cultura de *compliance* voltada à proteção dos trabalhadores

A partir da observação dos mecanismos, algumas ideias adicionais, decorrentes delas, se desenvolvem. No que se refere à obrigatoriedade de observação das prescrições de *compliance*, é sugerido que, dentro da adoção de parâmetros legais de organização mínima, a previsão de *compliance* exigido pelo Estado esteja acompanhada de normativas “adicionais” focando em questões específicas que protejam os indivíduos empregados.

Quando há a expressa regulação acerca das exigências, observa-se neste tipo de modelo um respeito maior ao princípio da legalidade e às garantias inerentes à defesa em processos criminais, ambas as questões previstas constitucionalmente. O ganho, neste caso, não se restringe à eficiência, ainda que possa agir nela, mas se empenha mais em prover validade, legitimidade e segurança jurídica ao sistema. O sistema, também, não é estático e sem critério: é somente sugerido que se adotem algumas medidas, todas sendo medidas pela capacidade que elas têm de evitar a vulneração dos trabalhadores.

Assim, para que os programas de *criminal compliance* obrigatoriamente ajam como instrumento de proteção dos trabalhadores, os parâmetros legais poderiam ser dotados, pelo próprio Estado, de “*adicionais*” direcionados para questões que protejam os indivíduos empregados também, de modo a evitar que eles cometam o delito e/ou sejam responsabilizados injustamente. Casos típicos poderiam ser, inclusive, a obrigatoriedade de os programas de *compliance* proibirem certas delegações de funções que signifiquem mera transferência de responsabilidade ou comprovada infração a uma garantia fundamental. Um exemplo disso seria a proibição de que uma mesma pessoa cumule, dentro de uma empresa obrigada pelo art. 9º da Lei 9.613/98, as funções de realizar negócios (operações) e comunicar as operações ao COAF. Se a empresa tem estrutura organizacional mínima, faz sentido que a pessoa responsável pela comunicação de operações tenha essa responsabilidade sem cumular com outra comercial. A previsão seria importante porque se destinaria a evitar o conflito entre o direito de não autoincriminação e o dever de informar da lei de lavagem. Assim, seria possível mitigar os problemas que a sobreposição de normas penais e administrativas cria atualmente.

Desta forma, a empresa, além de se valer de *compliance* para a prevenção de delitos e minoração de penas, usá-lo-ia como instrumento de proteção do trabalhador ao simplesmente seguir os parâmetros legais impostos pelo Estado, que, por sua vez, mudaria seu paradigma: da expansão penal para a proteção dos trabalhadores. Esta previsão seria importante porque, vez que há a previsão legal que diminui ou exige a responsabilidade da corporação, as ações internas poderiam passar a gerar falta disciplinar do empregado quando descumpridas¹⁹⁷, justamente ao contrário da situação

¹⁹⁷ Para que este ponto se tornasse realidade, seria necessária a contribuição do Direito do Trabalho para a resolução desta problemática. Contudo, vale ressaltar o fato de que uma previsão como esta faria com que a proteção do trabalhador pudesse ser grande ao ponto de, em certas situações, retirar do Direito

anterior, em que o empregado receptor da responsabilidade penal poderia receber "abonos" por parte do empregador para assumir dita responsabilidade. Seria o caso de as obrigações de *compliance* se caracterizarem como uma espécie de "instrumento de proteção individual" para diminuir o risco penal.

Assim, a partir do tratamento dado na direção de se proteger o funcionário, ficaria clara qual a real intenção da empresa empregadora em relação à ética empresarial, ao seu empregado e à prevenção de delitos. Entretanto, é necessário ressaltar que como o risco penal é bastante complexo, não se pode levar ao extremo essas medidas, tanto no sentido de o Estado não despenalizar em excesso a ponto de retirar eficácia das normas quanto no sentido de as empresas amarrarem a própria margem de discricionariedade na atuação de seus funcionários e, conseqüentemente, delas mesmas. Também por isso se sugere que as medidas sejam já previstas em lei, pois, neste caso, o Estado já delimitaria qual a abrangência e o rigor dessas normas, de modo a não deixar que elas venham a infringir os direitos fundamentais – com especial foco na personalidade e na intimidade dos trabalhadores –, pois a proteção dos direitos fundamentais sim é algo que tanto legitima quanto limita ambos o Estado e o próprio programa de *compliance*.

Concomitantemente, poderia o Estado sugerir também a tipificação dos crimes relacionados às relações de trabalho em legislação referente à responsabilidade empresarial e *criminal compliance* nos moldes do pedido por Matus Acuña quando da promulgação da *Ley 20.393/2009*.¹⁹⁸ Haveria aí mais um meio alternativo de proteção do empregado, ainda que por meio do pedido estatal e não do programa de *compliance* na empresa, mas certamente possibilitando a melhoria¹⁹⁹, ou ao menos a integridade nas condições de trabalho, buscando o respeito ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ao final, instituídas todas as disposições aqui desenvolvidas, ao traçar as diretrizes e fazê-las cumpridas de modo correto, mais do que "servir como elemento de limitação da responsabilidade do empregado da empresa"²⁰⁰, um programa de *compliance* poderia até mesmo ter utilidade para a obtenção dos padrões constitucionais de projeto democrático e emancipatório.

Penal e trazer para o Direito do Trabalho a competência para avaliar e sancionar suas condutas caso fosse feita uma regulação legislativa coerente, eficaz e coesa. Deste modo haveria maior respeito à subsidiariedade do Direito Penal e aos direitos fundamentais próprios dos funcionários ao evitar a intervenção penal.

¹⁹⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho [artículos de revistas]. 2009. *Publicado em: Ius Et Praxis*, v.15 n.2, pp. 287-306.

¹⁹⁹ Sobre melhoria nas condições de trabalho por meio do fluxo de informações dos programas de *compliance*, ver: LOCKE, Richard; FEI QIN; BRAUSE, Alberto. **Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike**. Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2006 e COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org). **Manual de compliance**. Preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo. Editora Atlas, 2010. p. 32.

²⁰⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Op. cit., nota 10, passim.

CONCLUSÃO

Durante a leitura deste trabalho, alguns dos problemas envolvendo a aplicação de *criminal compliance* no ordenamento jurídico brasileiro foram discutidos.

Desde o início, buscou-se apontar os problemas referentes (a) às condições de trabalho nos séculos XX e XXI, o gerencialismo e a excessiva especialização; (b) a influência da ideologia de gestão nos diversos espaços, do ambiente de trabalho à política, bem como a relação destas duas condições de trabalho (“a” e “b”) à forma de *compliance*; (c) as características do momento econômico (capitalismo financeiro na era da globalização e da instantaneidade do mundo digital) e seus incentivos ao cometimento dos crimes econômicos; (d) as consequências do momento para as condições do desenvolvimento nacional, do capitalismo periférico dependente e combinado; (e) a proximidade entre as questões anteriores (“a”, “b”, “c” e “d”), a padronização internacional do direito penal econômico e a adesão brasileira; e (f) os problemas e sugestões para a internalização desta regulação.

Neste momento, buscou-se analisar a natureza das decisões tomadas em situação de concorrência, sob a pressão dos lucros a serem obtidos. Neste ponto, tentou-se trabalhar com a perspectiva de como as dinâmicas de grupo influenciariam as decisões individuais. Desde a perspectiva criminológica do colarinho branco clássica, iniciada por Sutherland, já se diz há muito tempo que a atividade econômica incentiva certo tipo de criminalidade. Esta leitura, contudo, foi apresentada na sua forma atualizada, uma vez que contemporaneamente se considera a própria empresa como fonte das condições de incentivo de cometimento de crimes econômicos. Ao se ter isso em conta, buscou-se leitura atual do que seja a empresa e qual sua influência nos comportamentos dos sujeitos históricos concretos. Para além de se afirmar que existe criminalidade de empresa, buscou-se relacioná-la com a sua própria funcionalidade para o sistema, analisando de perto as questões nacionais brasileiras neste contexto em que lei, ordem e a funcionalidade do capitalismo financeiro apresentam discursos contraditórios entre si.

A leitura empreendida se escorou em constatações sociológicas e de medicina social centradas nos aspectos negativos do gerencialismo e do crescimento da ideologia de gestão. Para tentar compreender a problemática atual da criminalidade de empresa, buscou-se caminhar de forma diferente na crítica ao direito penal: discutir o fenômeno da *compliance* é importante porque não se trata mais do controle penal

dos corpos, mas propriamente do controle das mentes (ideal de gestão) com repercussões penais jogadas aos “bodes expiatórios”. A mensagem sustentada pelos programas de gestão de que todos precisam se sacrificar pela empresa porque “esse é o verdadeiro prazer de ocupar os espaços e aproveitar as oportunidades”, esconde suas consequências no limite de uma intervenção penal, quando as consequências dos sacrifícios são jogadas para “aquele que não experimentou corretamente sua individualidade” e agiu de forma “antinormativa”, quando, em verdade, o que se nota é a própria concretização da expectativa da condicionante econômica. Em última instância esta é uma crítica tanto ao modelo de gestão quanto ao capitalismo financeiro que incentiva esse tipo de conduta.

Passando à discussão da regulação jurídica do contexto em si, na primeira esfera de consequências penais, buscou-se apresentar um panorama geral da questão da responsabilidade penal empresarial como pressuposto para a discussão de *criminal compliance*. Justificadas as razões de necessidade da tutela sancionatória sobre as empresas e sua adequação a parâmetros materiais de constitucionalidade, os resultados apontaram para o progressivo uso da responsabilidade penal empresarial, com consequente aumento do uso de atribuição de autorresponsabilidade para as empresas. Neste modelo, *criminal compliance* passa a ter valor fundamental.

Chega-se então ao “bônus” conseguido pelas empresas para seguir as regras de ação conforme o direito: a junção do direito comercial com o direito penal em matéria de crimes de empresa. É aqui que *compliance* e a autorregulação regulada têm papel primordial. Se a empresa tem a capacidade de criar cultura própria a ponto de influir tão fortemente nos sujeitos, poderia o direito direcionar a ela o dever de criar “cultura antidelito” por via de metarregulação (aqui, a sobredita autorregulação regulada)? A resposta que as legislações de diversos países dão em matéria de direito penal econômico tem sido positiva.

Nesta esfera, tem-se notado que a atual tentativa de regulação tem partido do pressuposto de não se dar somente desde a perspectiva do “porrete” do direito penal, sob o argumento de que as empresas não trabalham somente com a possibilidade de seguir as leis e não funcionam sob a lógica da coação, mas sim do lucro. Desde esta perspectiva de “escolha racional” adotada pelas corporações, *compliance* se inseriria em uma lógica de incentivos aos que aderem à legalidade e em medidas de dissuasão aos que são descobertos não aderindo.

Por essa razão, nota-se cada vez mais o recurso à criminologia atuarial que deseja transformar escolhas penais em análises de custo-benefício como fazem as empresas. Os limites de apropriação da esfera política pelo ideário de gestão e índices de qualidade e eficiência ultrapassariam os limites inicialmente colocados, adentrando esferas em que a violência aplicada sobre um sujeito não é uma relação concreta, mas uma abstração numérica.

Ocorre que, por mais que empresas efetivamente trabalhem, normalmente, explorando os espaços em que o cumprimento ou descumprimento compense por razões de variáveis econômicas, essa constatação não é suficiente. A explicação é parcial e há muito mais a ser buscado para explicar o fenômeno da criminalidade de empresa,

principalmente a necessidade de avaliar se as medidas tomadas pelo Estado não passam de reafirmação do cinismo operado pelo sistema ao se comprometer com o cumprimento de leis, mas desde que não interfiram nos negócios, casos em que as leis podem “existir para não ser cumpridas”. Ademais, diante da falta de análise do comportamento do Estado e do cinismo do sistema, a criminologia atuarial e o ideário da escolha racional desconsideram que a regulação será utilizada, não raramente, para favorecer empresas com maior capacidade de se adaptarem a ela, além de que o pressuposto de eficiência geral do Estado é falho. As inconsistências foram devidamente diagnosticadas ao longo do trabalho, especialmente com a crítica ao sistema brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro, aos pressupostos de eficiência de *compliance* e à aplicação da normativa referente por parte do Estado.

Adentrando enfim nas questões relacionadas a *compliance* no Brasil, os problemas descritos de maior interesse para este trabalho se referem principalmente a três questões: (1) a carência de comprovação de eficiência dos programas de *compliance* no Brasil, apesar de sua defesa sustentada no “potencial preventivo de *compliance*”; (2) o reforço punitivo da regulação por meio do direito penal e; (3) a organização e adesão a estes programas de *compliance*, que não raramente são cosméticos (“de fachada”) e direcionados à delegação dos deveres para eximir a alta hierarquia da responsabilidade criada com o ponto anterior (2). Em face a todas estas questões, levantou-se a possibilidade de sugestão da hipótese do presente trabalho como alternativa à regulação de *compliance* no Brasil.

Especificamente o ponto (2) chama atenção em face do já anteriormente exposto, porque, como já se expôs, a pressão do grupo pela aferição das vantagens econômicas não raramente se oporia à pressão da punição legal. Nesta esfera, sujeitos concretos tomariam decisões com comportamentos direcionados por ambos os vetores ao mesmo tempo.

Para os trabalhadores das hierarquias inferiores, o conflito com a lei se daria especialmente influenciado por dois fatores possíveis: (1) o da ideologia de gestão agindo para que eles aproveitem as oportunidades dos espaços de afirmação do comportamento proibido pela norma, ou seja, dialeticamente, aqueles espaços em que o comando real é “cometa esse crime, desde que as instâncias de controle não possam te pegar”, ainda que formalmente se leia “não cometa esse crime”, especialmente quando as infrações signifiquem oportunidades de lucro e crescimento. Este contexto é expandido em especial na empresa por meio de autoafirmações de “ética da corporação” ou de “prática do meio”; e (2) pelo poder hierárquico corporativo (controle social informal), que o direito penal tem o hábito de negar a força sob o argumento de que só a coação física (controle social formal rígido) pode justificar certa conduta (por isso a necessidade de ir além do domínio dos corpos nessa esfera), mas que em realidade, no contexto do capitalismo financeiro e dos modelos de gestão, termina por ter efeito igualmente poderoso de ordem que se sobreponha à norma penal estatal muitas vezes (o poder das corporações supera o medo do Estado). No mínimo, para os sujeitos, se a ordem é dada de cima, a responsabilidade só pode ser de cima (“só estava

cumprindo ordens”). E cumprir ordens no capitalismo financeiro, via-de-regra, significa o que de mais básico existe no sistema: superar a escassez dos meios de sobrevivência.

A partir do exposto, seria necessário apontar os impactos das posturas assim derivadas. Isso foi o que se pretendeu fazer a partir da discussão de cada lei específica: lei antilavagem, lei anticorrupção, lei de crimes ambientais e sua relação com a padronização da regulação e os problemas da internalização. Neste momento, afigurou-se necessário passar por discussões como o fenômeno da captura de agências reguladoras e, finalmente, em como essa busca irrefletida pela gestão de riscos cai na supressão dos espaços de liberdade dos trabalhadores, que não são, de fato, os protagonistas da situação.

O reforço penal individual da tutela de *compliance* termina por criar paradoxos insuperáveis em face da realidade do sistema de produção, principalmente quando não se tem a comprovação de sua eficiência e o legislador ainda assim reforça seus limites de controle e punição. Neste momento, a mudança do parâmetro de observador da análise traria conclusões duras: a análise que discute *compliance* a partir da perspectiva dos sujeitos concretos (trabalhadores) observa que sua regulamentação atual estaria sendo, enfim, instrumento de criação de “bodes expiatórios”, sacrificando os trabalhadores e seus direitos para manter uma pretensa “moralidade dos negócios”. Os sacrifícios dos trabalhadores e seus direitos aparecem tanto com a atribuição de responsabilidade penal, que vem delegada dos extratos superiores, quanto por meio da infração de direitos fundamentais para aumentar o controle de *compliance* nas atividades de monitoramento e investigação de irregularidades.

A partir do exposto, buscou-se apontar que o atual modelo de tutela da questão penal em *criminal compliance* referenda modelo de capitalismo (e de política criminal) que atua contrário à Constituição por estar distante de suas garantias. A consequência imediata da crítica exposta é a de que, pelas razões expostas, tornar-se-ia necessário “empurrar” a adaptação brasileira de *compliance* de volta aos seus limites legítimos, ou seja, passando a se submeter à Constituição e proteger os direitos dos trabalhadores, sendo os direitos fundamentais, sociais e liberais, os limites absolutos da atuação de *compliance*. Isso significa, em termos penais, admitir a busca por eficiência e construir o pouco desenvolvido vetor de garantia no estudo de *compliance* em matéria penal, o que seria até mesmo manifestação da regra constitucional da proporcionalidade.

Para sugerir uma alternativa a esta problemática, levantou-se a hipótese de legitimação dos programas de *criminal compliance* a partir da função de proteção dos espaços de liberdade e dos direitos dos trabalhadores. O que se propôs foi que *compliance* tivesse como *elemento legitimador* não somente a prevenção de delitos, algo que é aparentemente possível a depender do contexto, mas *principalmente* a proteção dos trabalhadores. Se é verdade que um programa efetivo de *compliance* sempre interessará primeiramente à própria empresa, é também certo que se mostra interessante para seus empregados, por lhes permitir a defesa, com recurso a mecanismos de prevenção de riscos puníveis, frente às possíveis consequências penais.

A construção de *compliance* a partir da perspectiva do trabalhador significaria sua proteção para atingir seus objetivos de política criminal, porque jogaria finalmente para o sistema de gestão o ônus da organização contra o delito. Isso geraria o potencial, nunca antes visto, de construção de responsabilidades penais tendo em conta contextos maiores e as posições concretas dos sujeitos na estrutura social. Em face da realidade, seria possível reorientar os vetores de política criminal envolvendo *compliance*, atribuindo as responsabilidades penais àqueles que realmente podem prevenir delitos, mas não em razão de responsabilidade objetiva ou de expansão de todas as formas de atribuição de responsabilidade e sim em razão da construção de um vetor de garantia àqueles que se encontram desprotegidos.

Deste modo, *compliance* se justificaria como instituto jurídico não só pela sua capacidade de prevenção, mas também pela capacidade de organização das empresas e proteção dos trabalhadores. Enfim, é observando *compliance* sob a perspectiva de proteção dos direitos e dos espaços de liberdade dos trabalhadores que se chega a um parâmetro de legitimidade que o justifique. Ainda quando um programa de *compliance* não for eficiente na prevenção de delitos futuros, ele seria legítimo porque ao invés de impor, retiraria dos sujeitos concretos o peso da repercussão penal a partir do novo referencial, que inclusive se justifica sob a própria perspectiva da política criminal: não faz sentido punir aquele que não pode evitar os crimes da empresa considerada como um todo; por isso o peso passa à empresa, a responsável pelo programa de *compliance* ineficiente.

Essa constatação termina por aportar um pressuposto que esteve bastante claro ao longo do trabalho: a obsessão com a punição dos indivíduos somente tem criado distorções no sistema. O aprimoramento da regulação exige, necessariamente, o abandono do moralismo e a busca pela ênfase no compromisso corporativo com boas práticas. Por isso, inclusive, a previsão legal de responsabilidade penal autônoma e própria da empresa é medida necessária para o aprimoramento da matéria e regulação de *compliance* no Brasil. Sob a perspectiva do trabalhador, este aprimoramento é essencial para evitar a irresponsabilidade organizada dentro da empresa e a consequente criação de bodes expiatórios, que sempre aparece quando há, somadas, a irresponsabilidade organizada dentro da empresa mais a ênfase na punição penal dos indivíduos, principalmente quando alavancada pelo moralismo.

Afastando o modelo de prevenção meramente individualista que permite a delegação ilimitada dos deveres, *criminal compliance* serviria para finalmente haver o reconhecimento dos trabalhadores das corporações como sujeitos concretos de posições sociais e deveres concretos. Por isso é que se disse que uma análise da legitimidade de uma regulação específica de *compliance* com referência à Constituição deve ser bastante aprofundada, indo além da contenção das distorções da internalização da regulação internacionalmente padronizada e buscando, com efeito, garantir coesão social e desconcentração de poder como forma de atingir pacificação social a partir das possibilidades regulatórias. O que se tem proposto aqui é a defesa de: (a) a verificação e proteção de direitos fundamentais, aptas a (i) conflitar com os impulsos

econômicos na formação da política criminal envolvendo *compliance* e (ii) traçar limites objetivos para as responsabilidades penais e investigações internas de *compliance*, limites estes estendidos a todos os sujeitos nas empresas; (b) o retorno do direito trabalho enquanto ponto de contato entre a abstração jurídica e o mundo real, do trabalhador, sendo ele aplicável a todos que recebem ordens e apto a impor limites aos deveres (i) no recebimento de ordens e (ii) na prática das investigações e vigilância internas de *compliance*; (c) o recurso ao direito de empresa, que, com suas previsões de governança e seus institutos particulares, auxilia no direcionamento de *compliance* e na elucidação dos deveres da alta hierarquia, dotada de poder de mando; (d) o uso das normas profissionais de classe que limitam a responsabilidade ao delinear os riscos específicos de cada profissão; e (e) a observância do direito constitucional não só por ser o topo da hierarquia das normas, mas principalmente porque é o que evidencia a questão política (inclusive de axiologia político-criminal) envolvida e o momento histórico em que ela se insere, assim (i) trazendo de volta a *questão política* (para além da discussão atuarial da eficiência preventiva, própria da cultura de gestão) para o centro da discussão sobre *compliance* e (ii) trazendo balizas confiáveis para os limites de garantia e eficiência, principalmente porque tutela em maior ou menor intensidade todos os quatro limitadores anteriores.

Finalmente, a proteção aos trabalhadores se daria, por sua vez, por meio de mecanismos de proteção específicos, na forma descrita no último capítulo do trabalho. Ressalta-se, contudo, que este rol de mecanismos é meramente exemplificativo, uma vez que, ainda que se trate do objeto da pesquisa, desde uma perspectiva científica, dialética e crítica do problema, é impossível que se queira elencar *todos* os mecanismos possíveis neste trabalho.

Os mecanismos encontrados na pesquisa partiram sempre da verificação prévia dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Dito isso, a verificação dos direitos fundamentais e o vetor de proteção dos trabalhadores (como vetor de garantia) produziram como mecanismos: (a) os mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir de critérios essenciais de imputação de responsabilidade penal no âmbito corporativo, que se subdividem em (I) evitar a irresponsabilidade organizada na empresa e (II) limitar o sistema de delegação de funções e responsabilidades; (b) os mecanismos de proteção dos trabalhadores decorrentes da reorganização dos sistemas internos de denúncias, investigações e medidas disciplinares, que se subdividem na (I) constituição dos direitos do empregado como a limitação da atuação de controle de *compliance* e (II) na proteção do *whistleblower*; (c) mecanismos de proteção dos trabalhadores a partir da informação fornecida pelo código de conduta e ética e pelo treinamento, que se subdividem em (I) definição do risco permitido, (II) alcance da aceitação voluntária e (III) repressão a um possível ambiente incitador de crimes dentro da empresa para beneficiá-la; e, por fim, (d) a sugestão de *lege ferenda* empenhada pelo trabalho, de que a normativa do Estado incentive a construção de uma cultura de *compliance* voltada à proteção dos trabalhadores, ou seja, que as medidas adotadas pelo Estado se direcionem a garantir o cumprimento dos mecanismos anteriores, deste modo (I) exigindo que os programas de *compliance* obrigatoriamente ajam

como instrumento de proteção do trabalhador por meio da redação de parâmetros legais de *compliance* que contenham "*adicionais*" direcionados para questões que os protejam e, (II) concomitantemente, incluindo os crimes relacionados às relações de trabalho (especialmente os casos de redução à condição análoga de escravo) na legislação referente à responsabilidade empresarial e *compliance*.

Encaminhando a conclusão, disso se denota que as posturas doutrinárias apresentaram baixo potencial de rendimento para o enfrentamento dos problemas atuais em matéria de direito penal econômico: as posturas clássicas, defensoras do direito penal liberal tradicional e de um garantismo tipicamente nacional, escoradas em critérios como "bem jurídico" e contenção da expansão do direito penal terminaram não tendo a utilidade pretendida no tom da crítica que se quer adotar. Em síntese, estas barreiras foram, até aqui, insuficientes, tanto para atingir o ápice da crítica, quanto para influenciar a prática dos tribunais.

A crítica que se entende por poderosa consistiu em notar que as ações de questionamento da lógica do sistema vêm acompanhadas de uma reação prévia e avassaladora, normalmente por vias políticas. Por isso, a dogmática jurídico-penal seria incapaz de frear essa reação violenta e cumprir os desejos de contenção. Isso não significa o cinismo de se legitimar qualquer ação estatal, mas exatamente o contrário: é o enfrentamento de rediscutir as orientações político-criminais à luz dos referenciais jurídico-políticos que permitem alguma mobilidade e resistência na realidade, em oposição às condicionantes político-econômicas. Por isso, são essenciais a Constituição da República e a disputa política, cabendo ao Direito a função de garantir o mínimo de emancipação previsto pela Constituição. Aqui, considerando os potenciais de governança, *compliance* e direitos dos trabalhadores, caso eles sejam orientados, a partir de valores constitucionais, a buscar coesão social e desconcentração de poder, é possível que o mínimo emancipatório seja atingido. Por isso também os direitos importam. E, ao final, essa é a justificativa para o fato de o trabalho ter se amparado na Constituição o tempo todo para construir suas hipóteses, ainda que se reconheça a limitação do rendimento deste referencial. Foi justamente no limite do rendimento que se tentou trabalhar aqui.

Portanto, antes de se afirmar a ausência de culpabilidade de empresa ou o "*societas delinquere non potest*", buscou-se justamente o momento positivo da construção de um parâmetro de organização interna de empresas que atribuísse a elas o dever de prevenção e protegesse os trabalhadores dentro de sua estrutura. Se há aplicação de sanções que são verdadeiras penas, então que se construa um critério específico de culpabilidade de empresa. E que ele seja um que se preocupe com (para evitar) a exploração dos trabalhadores nesta estrutura de auto-organização. Provocativamente, trata-se justamente da escolha política (político-criminal) que conflita com os padrões regulatórios do capitalismo globalizado atual, aquela que "só é possível porque não é de fato realizada". Propor padrões adequados à realidade nacional continua sendo papel do trabalho científico (e crítico). E a preocupação em afastar a exploração dos trabalhadores norteou este trabalho durante toda sua elaboração.

REFERÊNCIAS

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Un problema del Derecho Penal? *In: Caballero Castillo/Ruiz Solís (coord.). Cuestiones de Derecho penal, proceso penal y política criminal*. 7º CONADEPC. Lima (Perú), 2010.

ABBI. **Função de Compliance**. São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 05 de setembro de 2012.

ALENCAR, Matheus de. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de *Compliance* e suas consequências para o meio empresarial. *In: SANTOS, Alfredo José dos; HENTZ, Luiz Antônio Soares (org.). Direito, Empresa e Mercado de Capitais*. Franca (SP): Legis Summa, 2014.

_____. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**. São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III). E-book.

_____. Os programas de *criminal compliance* como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial. *In: SAAD-DINIZ, Eduardo; CASAS, Fábio; COSTA, Rodrigo de Souza (org.). Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1. Ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. *In: SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). El sistema moderno del Derecho penal*. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Segunda edición. Buenos Aires: BdeF, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. *In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Navarra: Aranzadi, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. *Prefácio de Maria Thereza Rocha de Assis Moura*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BALBUS, Isaac D. Commodity form and legal form: an essay on the relative autonomy of the Law. *In: Law & Society Review* 11, 3 (Winter), pp.571-88, 1977.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. Uma Investigação sobre os Problemas da Autoria e da Participação no Direito Penal Brasileiro. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesar. **Dos delitos e das penas**. Ed. Redendo Castigat More, 2002.

BÉZE, Patrícia Mothé Gioche. **Novas tendências do concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Volume 1: parte geral. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2 ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>>, com acesso em 26/02/2017.

_____. Lavagem de Dinheiro na APn 470/MG. In: **Revista dos Tribunais**, n. 933, pp. 383-400. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. **A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptao>>, com acesso em 26/02/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em out. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 14 set. 2017.

_____. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em 27 ago. 2017.

_____. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em 27 ago. 2017.

_____. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art6>. Acesso em set. 2017.

____. Decreto n. 8420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em set. 2017.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em dez. 2016.

____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> com acesso em set./2016.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**: a degradação do trabalho no Século XX. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. [Reimpr.]. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. A construção da personalidade jurídica na prevenção de crimes através da responsabilidade penal de pessoas jurídicas: legitimação e eficácia. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo**: o papel do direito penal na crise financeira. São Paulo: LiberArs, 2015.

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

CARNEIRO, Ricardo. **Impasses do desenvolvimento brasileiro**: a questão produtiva. Texto para Discussão. IE/UNICAMP, Campinas, n. 153, nov. 2008.

CIGÜELA SOLA, Javier. Collective Organizations as Meta-subjects. From Collective Guilt to Structural Responsibility Paradigm. In: **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** 4/2016, pp. 242-247. Disponível em: <www.zis-online.com>, com acesso em: 28/01/2017.

COFFEE JR., John C. “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. In: **Michigan Law Review**, n. 386, 1981.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance**. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

DAVIN, João. O branqueamento de capitais – breves notas (o caso português). In: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArs, 2013.

DE LA CUESTA, José Luis; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. O direito penal das pessoas jurídicas: a reforma do código penal de 2010. In: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo, SP: LiberArts, 2013.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminas**: RBCCrim, v.11, jul./set., 1995.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*: RBCCrim, v. 22, n. 108, maio/jun., 2014.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed. rev. São Paulo: Global, 2008.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal juvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito penal econômico. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n.30, 1-27, ago.-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>, com acesso em 02/02/2017.

GAMA, Paulo Calmon Nogueira da. O fenômeno da captura das agências reguladoras – federalização indevida de causas judiciais relacionadas aos setores regulados. *Direito Processual Civil*. **R. CEJ**, n. 26, p. 63-68, jul./set. 2004.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.

_____. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. Tradução: Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. Resenha de: MORAES, Maria Regina Cariello. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social**. *Rev. bras. saúde ocup.*, São Paulo, v. 37, n. 126, Dec. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572012000200010&lng=en&nrm=iso>. Com acesso em 02 Mar. 2017. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0303-76572012000200010>>.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. *Criminal Compliance*, controle e lógica atuarial: a relativização do *Nemo Tenetur se Detegere*. *In: Direito*. UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol.1, N.1 (jan./jul. 2014). Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. *In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*. Propuestas globales contemporáneas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

_____. **Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial**. Esbozo de um sistema de responsabilidade penal de las personas jurídicas. Lima: Ara, 2010.

_____. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica. *In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). Teoría del Delito en la Práctica Penal Económica*. Madrid: La Ley, 2013.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derechos de los trabajadores. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC; José L. **O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo, SP: LiberArts, 2013.

GRECO, Luís. **Cumplicidade através de ações neutras**: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Um panorama da imputação objetiva**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Luís ... [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *In*: GRECO, Luís ... [et al.]. **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HIRSCH, Joachim. Globalización del capital, Estado nacional y la crisis del universalismo político. **Ensaio FEE**, v:20, n. 1, pp. 22-34. Porto Alegre, 1999.

KRAWIEC, Kimberly D. **Cosmetic compliance and the failure of negotiated governance**. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2674&context=faculty_scholarship>, com acesso em 20 de agosto de 2017.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance. *In*: **Vanderbilt Law Review**, vol.:52, 1999.

_____. Ilusões de *compliance* e governança. Tradução de Leonardo Simões Agapito e Matheus de Alencar. *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArts, 2016.

LOCKE, Richard; FEI QIN; BRAUSE, Alberto. **Does Monitoring Improve Labor Standards? Lessons from Nike**. Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper No. 24. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2006.

MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**: Consolidação e perspectivas. São Paulo. Editora Saint Paul, 2008.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho [artículos de revistas]. 2009. *Publicado en: Ius Et Praxis*, v.15 n.2.

_____. La certificación de los programas de cumplimiento. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

MORALES ROMERO, Marta M. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

MURPHY, Diana E. **The Federal Sentencing Guidelines for Organizations**: A Decade of Promoting Compliance and Ethics. United States Sentencing Commission (USSC). Selected articles, pp.697-719, 2002. Disponível em: <http://www.ussc.gov/Guidelines/Organizational_Guidelines/Selected_Articles/Murphy1.pdf>, com acesso em 24/02/2015.

NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología, y responsabilidad penal de personas jurídicas. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. El cumplimiento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. México D.F.: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013.

NOGUEIRA, Gabriela do Nascimento. **A aplicabilidade das regras prudenciais dentro das instituições financeiras para prevenção ao crime de lavagem de dinheiro**. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à

obtenção do grau Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos obrigados pela lavagem de dinheiro**: o dever de informação. Tese de Doutorado. Orientador: Professor. Dr. Pierpaolo Cruz Bottini. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 2016.

OLIVEIRA, José Carlos; AGAPITO, Leonardo Simões; ALENCAR, Matheus de. O modelo de “autorregulação regulada” e a teoria da captura: obstáculos à efetividade no combate à lavagem de dinheiro no Brasil. **Questio Iuris** (Impresso), v. 10, p. 365-388, 2017.

OLIVEIRA, José Carlos de; PEREZ FILHO, Augusto M.; WOOD, Stephen Q. Agências reguladoras e o fenômeno da captura. *In: Revista Pensar*, Fortaleza. v. 17. p. 195-209. jan/jun. 2012.

ORSI, Omar G.; RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás (org.). **Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción**. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

POLAINO-ORTS, Miguel; BELÉN LINARES, María. Gobernanza Corporativa y criminal compliance en la legislación española tras la reforma de 2015. *In: SAAD-DINIZ*, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação: 2. Ed. revisada, atualizada e amplificada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. *In: PRADO*, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PREVITALI, Fabiane Santana; FAGIANI, Cílon César. Organização e controle do trabalho no capitalismo contemporâneo: a relevância de Braverman. *In: Caderno EBAPE.BR*, v. 12, nº 4, artigo 1, pp. 756-769. Rio de Janeiro, Out./Dez. 2014.

RAGUÉS VALLÉS, Ramón. La Doctrina de la Ignorancia Deliberada y su Aplicación al Derecho Penal Económico-Empresarial. *In: SILVA SÁNCHEZ*, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Org.). **La teoría del delito em la práctica penal económica**. España: La Ley, 2013.

RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *business judgment rule* para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. vol. 937/2013. Nov., 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Imputación en la empresa y conductas neutrales. *In: SILVA SÁNCHEZ*, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **La teoría del delito em la práctica penal económica**. Madrid: La Ley, 2013.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no direito ambiental brasileiro**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. 3.ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. **Governança corporativa**. Fundamentos, desenvolvimento e tendências. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *In: Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, jan., 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance e regulação bancária na Resolução do BC. *In: Jornal Valor Econômico*, 12.09.2017, disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaõ/5115300/compliance-e-regulacao-bancaria-na-resolucao-do-bc>>, com acesso em 14/09/2017.

_____. Corrupção e compliance no Brasil. *In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 108, p. 415-441, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67992>>. Acesso em: 21 Mai. 2014.

_____. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. *In: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*. REVISTA DIGITAL. Ano IV – Número 18. Abril a Junho de 2013. Rio de Janeiro: IAB, 2013. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-14941.pdf>>. Acesso em: 12 Mai. 2014.

_____. O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470. *In: Revista dos Tribunais*, n. 933. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? *In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.) Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. *In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

_____. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 226, p. 13-14, set., 2011.

SABADINI, Patricio Nicolás. Avanços e retrocessos em matéria de lavagem de dinheiro. A perspectiva argentina. In: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArs, 2013.

SANTOS, Humberto Souza. Autoria mediata por meio de dependência estrutural econômico-profissional no âmbito das organizações empresariais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 117, ano 23, pp. 91-138. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.-dez., 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 81, p. 325-386, 2005.

SCAFF, Fernando Facury e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. ISSN 1809-2829. *CONJUR*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorruptao-carater-penal>>, com acesso em 01/06/2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O (ainda necessário) debate acerca do conceito material de lavagem de dinheiro. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza [orgs]. **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArts, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 222, p. 02, mai., 2011.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra de; Et al. (coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArs, 2013.

SILVA, Germano Marques da. **Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes**. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Marcial Pons: Madrid, 2013.

- _____. **La expansión del derecho penal.** Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en Derecho Español. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance.** Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.
- _____. Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; VARELA, Lorena. Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y Compliance.** Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Circulares do BC e lavagem de dinheiro. Jornal **Valor** Econômico, p. E2, 08 abr. 2013.
- _____. Criminal compliance: limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56, 2012.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *'compliance'*. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 54. São Paulo, 2014.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de compliance e atribuição de responsabilidade individual na criminalidade empresarial.** Tese de Pós-Doutoramento apresentada ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Direito, na Área de Especialização em Direito Penal Econômico. Orientadora: Maria João Antunes. Portugal, Coimbra, 2016.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; ALENCAR, Matheus de; e outros. Aspectos controvertidos dos acordos de leniência no Direito brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 165-197, jan./jun. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. **Quaestio Iuris** (Impresso), v. 10, nº.02, 2017.
- _____. **Curso de direito penal** [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: avanços e desafios. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 22, n. 256, pp. 4-5, mar., 2014.

SPINELLI, Mário Vinícius Claussen. **Street-level corruption**: fatores institucionais e políticos da corrupção burocrática. Tese (Doutorado em Administração de Empresas). Fundação Getúlio Vargas (FGV). Orientadora: Professora Maria Rita Garcia Loureiro. São Paulo, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Apreciação crítica dos fundamentos da culpabilidade a partir da Criminologia**: contribuições para um Direito penal mais ético. Tese de Doutorado (Doutorado – Direito) – Universidade de São Paulo. Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador: Alvinho Augusto de Sá. São Paulo, 2009.

_____. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 86/2010, Set. – Out. pp. 36-60, São Paulo: IBCCrim, 2010.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.) **Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Teoria do crime culposo**. 3ª Edição, integralmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

THOMPSON, Edward Palmer. **Senhores e caçadores**: a origem da lei negra. (1924) Tradução de Denise Bottmann. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. **Manual de Derecho penal económico**. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

_____. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v.11, jul./set., 1995.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 7, n. 28, out./dez., 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ŽIŽEK, Slavoj. Contra os Direitos Humanos. Tradução de Sávio Cavalcante. *In*: **Mediações**. v. 15, n.1, p. 11-29, Jan/Jun. Londrina, 2010.

_____. **Disparities**. New York, USA: Bloomsbury, 2016.

_____. **The parallax view**. Cambridge, Massachusetts, USA: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2006.

ANEXO: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA (STF, STJ E TRF-4, DE 2013 A 2016)

JUSTIFICATIVA

Trata-se de recorte de jurisprudência que visa apurar o que os tribunais dizem sobre: (1) a responsabilidade penal da pessoa jurídica desde o RE 548.181 do PR, quando se definiu que não há mais a necessidade de concurso necessário entre pessoa física e jurídica; e (2) *compliance* em decisões criminais.

Os tribunais escolhidos foram o STF e o STJ, pela proeminência da 3ª instância na jurisprudência; e o TRF-4, por estar mostrando maior preocupação com as matérias desde a Operação Lava-Jato.

O recorte escolhido vai de 09/2013 a 08/2016. Exceção: TRF-4 na busca por responsabilidade penal da pessoa jurídica, diminuiu-se o prazo em um ano (09/2014-08/2016) por razões de serem vários os casos e só se observar a mudança mais concreta no parâmetro de julgamento da matéria a partir de setembro de 2014.

Os termos utilizados pela pesquisa de jurisprudência foram: “compliance”; “programa de cumprimento”; “programa de integridade”; “programa de conformidade” para *compliance*. Para questão ambiental, ainda: “responsabilidade penal” + “pessoa jurídica” ou “empresa”.

As perguntas que se buscou responder foram: qual solução dada? Qual relevância de *compliance* na solução?

Para fins de pesquisa, os termos “comissão por omissão” e “omissão imprópria” foram usados livremente como sinônimos, porque os tribunais e a doutrina se revezam no uso dos termos.

As tabelas utilizadas foram as seguintes:

Processo	
Relator	
Órgão julgador	
Data do julgamento	
Autor	
Réu	
Ementa	
Acórdão	

Trecho de relevância*	* Esta linha é facultativa. Ela não aparece em casos repetitivos ou casos que não desenvolvam a fundamentação sobre compliance ou responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para estes só haverá descrição da relevância na tabela específica
-----------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	

TABELAS QUANTITATIVAS

As tabelas quantitativas tentam apontar algum critério para a utilização de *compliance* e da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Elas resumem o trabalho feito de forma bastante útil. Interessante nelas: olhar os números e a incidência de casos e os comentários acerca de cada tribunal especificamente para apurar o que foi discutido e o que se concluiu a partir dos dados e análise específica dos casos. No total foram 20 casos analisados: 12 sobre repercussões para responsabilidades individuais a partir de *compliance* e da RPPJ e 8 somente sobre o critério de RPPJ.

TABELA QUANTITATIVA GERAL:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM – 7 casos NÃO – 5 casos
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR – 2 casos ABSOLVER – 3 casos OUTROS – 2 caso
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Ausência de autor culpável para transferir a culpabilidade para a empresa – 2 casos IRRELEVANTE PARA O CASO – 3 casos
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Ausência de autoria – 2 casos Não há nexo de causalidade entre conduta e resultado – 1 caso Tipicidade a partir da infração de dever de <i>compliance</i> em posição de <i>gatekeeper</i> . – 1 caso Dolo por cegueira deliberada ao não implementar <i>compliance</i> – 1 caso IRRELEVANTE PARA O CASO – 0 casos
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	PROVAS A PARTIR DOS DADOS ORIUNDOS DOS DEVERES DE COMPLIANCE – 4 casos JULGADOS SOBRE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NÃO VERSAM SOBRE CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO – 1 casos

TABELA QUANTITATIVA STF:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM – 1 caso NÃO – 4 casos
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	OUTROS – 1 caso
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	PROVAS A PARTIR DOS DADOS ORIUNDOS DOS DEVERES DE COMPLIANCE – 4 casos
Comentário:	<p>No STF só se viu a alusão ao termo “<i>compliance</i>”, desde 2013, nas ferramentas de pesquisa comuns, em decisões monocráticas, nunca coletivas, quando se decidiu por conceder ao MPF o direito de quebra de sigilo bancário para fins de obter prova. Neste contexto, sempre pediam ao mesmo tempo os dados referentes a cadastro e análise de <i>compliance</i>, dando a indicar que o órgão tem indícios de que as informações provenientes dos deveres de <i>compliance</i> poderão ser úteis em uma investigação. Compliance ganha uma relevância maior para fins de provas no contexto dos deveres de instituições financeiras previstos pelos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98.</p> <p>Já a responsabilidade penal da pessoa jurídica apareceu uma vez em acórdão, em trancamento de Habeas Corpus para afirmar que é possível a dupla imputação, mesmo que desde 2013 ela não seja mais considerada necessária. A afirmação importante é que sujeitos com poder de mando podem ser igualmente responsabilizados, mas se trata de afirmação abstrata, sem especificar no caso concreto se a responsabilização foi por comissão por omissão, se foi crime de infração de dever porque houve um cometimento com infração a normas técnicas, ou ainda se foi um delito comissivo de domínio, normal, em que o sujeito tem sua conduta típica clássica (no STJ será mais fácil ver isso, principalmente na forma de comissão por omissão). A única coisa afirmada é que os sujeitos com poder de mando podem ser responsabilizados com a pessoa jurídica. Nas decisões monocráticas apareceu a mesma questão algumas vezes, pelo que sempre adotaram a mesma posição do acórdão, sendo pouco relevante trazer algo igual e que não foi fruto de discussão.</p>

TABELA QUANTITATIVA STJ:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM – 4 casos NÃO – 1 caso
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR – 0 casos ABSOLVER – 3 casos OUTROS – 1 caso
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Ausência de autor culpável para transferir a culpabilidade para a empresa – 2 casos IRRELEVANTE PARA O CASO – 1 caso
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Ausência de autoria – 2 casos Não há demonstração do nexo de causalidade entre conduta e resultado – 1 caso IRRELEVANTE PARA O CASO – 0 casos
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	JULGADO SOBRE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NÃO VERSA SOBRE CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO – 1 caso
Comentário:	<p>Ao aparecer que <u>não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em se imputar a pessoa física de forma abstrata quando existe “pluriautoria”</u> (concurso múltiplo de agentes) nos casos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, <u>podemos levantar a tese de que há possibilidade de imputar agente em abstrato no modelo misto ou de transferência em abstrato</u>, semelhante ao Direito Penal da Espanha na já revogada LO 05/2010.</p> <p>Não apontou critério de responsabilização da Pessoa Jurídica e não apontou relevância de compliance para as responsabilidades individuais. As discussões das responsabilidades individuais não citavam em momento algum a presença ou ausência de programas internos para evitar delitos como essencial ou mesmo relevante para as apurações.</p> <p>Há ainda outros casos que não discutem o critério de imputação. Nestes, somente reafirmam que a empresa pode ser responsabilizada em separado de pessoas físicas, assim adotando o entendimento do STF, e por isso não considerei sequer necessário copiar.</p> <p>Em geral, quando se falou de responsabilidade individual relacionada à responsabilidade penal da pessoa jurídica, foi caso de absolvição. Somente perderam os Habeas Corpus aqueles que, em matéria de defesa, alegavam não poder haver dupla imputação, ou não haver especificado a conduta em caso de pluralidade de autores. Disso se conclui que a especificação do que cada um dos coautores fez não foi exigida, o que se exigiu especificado foi como o(s) autor(es) contribuiu(íram) para o resultado, sendo necessário apontar qual a ação ou omissão penalmente relevante e com nexo causal comprovado.</p>

	A busca pela <u>responsabilidade</u> nos crimes ambientais se mostrou mais na busca da omissão ou da comissão com infração de um dever extrapenal, bem como em concurso de agentes, afastando o modelo comum de comissão de uma lesão a bem jurídico individual.
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA QUANTITATIVA TRF4:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM – 2 casos NÃO – 0 caso
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR – 2 casos ABSOLVER – 0 casos OUTROS – 0 casos
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Ausência de autoria – 0 casos IRRELEVANTE PARA O CASO – 2 casos
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Ausência de autoria – 0 casos Tipicidade a partir da infração de dever de <i>compliance</i> em posição de <i>gatekeeper</i> . – 1 caso Dolo por cegueira deliberada pela não implementação de <i>compliance</i> – 1 caso IRRELEVANTE PARA O CASO – 0 casos
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	JULGADO SOBRE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NÃO VERSA SOBRE CRITÉRIO DE IMPUTAÇÃO – 0 caso
Comentário:	<p>O termo <i>compliance</i> apareceu mais de uma vez em citação de exemplo de cegueira deliberada: o <i>compliance officer</i> que se cega deliberadamente responde com dolo.</p> <p>Há citação de <i>compliance</i> dentro de contextos específicos, mas se referindo ao programa de <i>compliance</i> do banco em determinada situação, sem que tenha repercussão alguma para a responsabilidade penal ou o delito em si. São situações em que o programa de <i>compliance</i> conversou com algum cliente, o que ajudou a constatar quem era o dono da conta de fato, ou apresentou o perfil do cliente etc., mas só parte da narrativa. Por isso, estes casos não foram citados aqui.</p> <p>O tribunal interpretou o dolo por cegueira deliberada de forma ampla. Curiosamente, não fundamentou na decisão a relação entre o dever administrativo e o crime, somente apontou as condutas com relevância para o injusto e usou compliance para justificar o dolo, especificamente na modalidade da cegueira deliberada. Assim, o dolo por <i>cegueira deliberada</i>, que já foi defendido como necessário para garantir as boas práticas de <i>compliance</i>, não esteve associado a um delito que envolvesse <i>compliance</i> em concreto, mas sim, somente,</p>

	<p>em abstrato, estabelecendo associação automática (e de legitimidade duvidosa) entre ausência de medidas de <i>compliance</i>, falta de conhecimento da origem ilícita de bens ou valores negociados e cegueira deliberada na prática dolosa de lavagem de dinheiro. Em síntese, <u>a fundamentação não se centrou na ideia de que a não implementação de <i>compliance</i> geraria a infração de um dever que poderia fundamentar a responsabilidade pela prática de lavagem de dinheiro porque ele seria um delito de infração de dever; nem mesmo que poderia fundamentar a responsabilidade na forma de comissão por omissão, entendendo o crime como delito de resultado e que a falta de <i>compliance</i> pode ativar a responsabilidade porque o obrigado administrativo da lei seria garante (art. 13, §2º, CP) e <i>compliance</i> teria aptidão para evitar crimes, ainda que esta última ideia esteja embutida na interpretação utilizada pelo Tribunal. O que se viu, em verdade, foi que a fundamentação pensou na ausência de implementação de <i>compliance</i> como a própria caracterização do dolo por cegueira deliberada, diferente do caso defendido no livro, que trata de quando se impede que o programa de <i>compliance</i> já estruturado informe as irregularidades, caso de verdadeira cegueira deliberada</u>. Com isso, o TRF-4 ampliou a interpretação de cegueira deliberada e se desincumbiu da fundamentação acerca da relevância da infração do dever administrativo para a atribuição de autoria.</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA QUANTITATIVA ESPECÍFICA, SOMENTE PARA PESSOAS JURÍDICAS (TRF-4):

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM – 6 casos NÃO – 2 casos
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR – 5 casos ABSOLVER – 1 caso
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a culpabilidade da empresa à do agente físico em concreto. – 5 casos Não analisou – 1 caso
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto. – 4 casos DOLO (somando dois pontos: que a autodenúncia da empresa afastou o dolo e que o sujeito concreto que transfere o dolo e a culpabilidade foi absolvido por falta de dolo, estendendo a solução à PJ) – 1 caso Não discutiu, deixando como equiparação com indivíduo – 1 caso
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO – 7 casos SIM – 1 caso

3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	Tentou equiparar a culpabilidade da empresa à de um indivíduo, mas não se baseando na sua capacidade de organização para evitar delitos como critério principal. – 1 caso
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO – 8 casos SIM – 0 casos
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	Critério pouco convincente, deixando a culpabilidade em aberto e não discutindo a culpa, beirando responsabilidade objetiva. – 1 caso
Comentários	<p>Apesar de não citar <i>compliance</i>, apontou a autodenúncia como fator relevante para a apuração do dolo, o que pode gerar, futuramente, a utilização de existência de programa de <i>compliance</i> como defesa para descaracterizar o elemento volitivo, uma vez que o programa incentiva a autodenúncia e <i>whistleblowing</i>. Transfere-se a discussão da ação e culpabilidade de empresa para o dolo, uma vez que a jurisprudência se mantém presa no finalismo, preocupada com a vontade, e no modelo de heterorresponsabilidade penal para pessoas jurídicas. O mesmo vale para a questão da culpabilidade na esfera de demonstrar o conhecimento ou não de uma matéria e sua capacidade para agir em conformidade ao direito, algo que os decisores discutem em matéria de culpabilidade da empresa, mesmo que normalmente transferindo a culpabilidade do agente concreto para a empresa.</p> <p>Há casos em que não houve apreciação do mérito em matéria de defesa, casos que também não estão registrados porque são inúteis para o objeto de pesquisa.</p> <p>Há processo contra pessoa jurídica de Direito Público, especificamente um município, afastando a ideia de que o Estado não pode processar o Estado, mas criando precedente político perigoso.</p> <p>Quando se tentou dissociar totalmente a RPPJ da responsabilidade individual, o critério adotado foi pouco convincente, uma vez que não apontaram ação e culpabilidade próprias da empresa (relacionar a responsabilidade da empresa à do indivíduo continua sendo melhor que a responsabilidade objetiva).</p> <p>A relevância de <i>compliance</i> não apareceu, contudo é possível imaginá-la. Isso porque não houve discussão acerca da relevância de um programa de <i>compliance</i> para a RPPJ, deixando a questão em aberto (a relevância de <i>compliance</i> pode ou não existir, e, principalmente, pode ser ainda construída). Pelos critérios adotados pelo Tribunal, já é possível imaginar sua relevância em: (a) descaracterizar o dolo a partir de autodenúncia e organização contrária ao delito; (b) detalhar o conhecimento do fato criminoso dentro da empresa e sua organização buscando evitá-lo, discutindo a culpabilidade da empresa; (c) detalhar a comunicação por meio de <i>compliance</i>, assim demonstrando que não haveria como um</p>

	<p>determinado agente com poder de mando tomar a decisão do fato delituoso.</p> <p>A análise aponta para um critério adotado pelos tribunais que se amolda ao que foi defendido neste livro: mantém-se o modelo de transferência, mas agora aceitando uma transferência em abstrato quando não se encontra o agente concreto. Seria algo semelhante ao instituído pela LO 05/2010 na Espanha. Com isso, é possível imaginar a importância de <i>compliance</i> em processos futuros (semelhante à relevância que tinha no modelo espanhol entre 2010 e 2015, na forma do já exposto neste livro). Como a jurisprudência ainda não se decidiu assim, nada impede também que se passe a adotar o critério de autorresponsabilidade, até porque ele condiz mais com o modelo constitucional de RPPJ.</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

CASOS CONCRETOS

STF:

Processo	Inq 2116 / RR - RORAIMA
Relator	Min. MARCO AURÉLIO
Órgão julgador	Decisão Monocrática
Data do julgamento	18/05/2016
Autor	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu	ROMERO JUCÁ
Ementa	<p>DECISÃO</p> <p>INQUÉRITO - DILIGÊNCIAS - AFASTAMENTO DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS E FINANCEIROS PARA FINS PENAIIS - ADMISSIBILIDADE. INQUÉRITO - DESMEMBRAMENTO - PROVA - DADOS BANCÁRIOS - AFASTAMENTO - FORMALIDADE LEGAL. INQUÉRITO - COMPARTILHAMENTO AUTOMÁTICO - DESCABIMENTO.</p>
Acórdão	Decisão Monocrática
Trecho de relevância	<p>"e) para agilizar a análise dos dados bancários objeto da quebra de sigilo ora requerida, requer que a Procuradoria-Geral da República seja autorizada a cobrar diretamente aos bancos o cumprimento da decisão judicial, nos exatos termos em que proferida, solicitando o encaminhamento dos documentos suporte das transações financeiras realizadas no período de quebra do sigilo bancário, bem como aqueles relacionados a cadastros e análise de compliance;" [grifo nosso]</p>

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-

2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	Dados oriundos dos deveres de <i>compliance</i> das instituições financeiras sendo usados como meio de prova.

Processo	Inq 3595 / RJ - RIO DE JANEIRO
Relator	Min. DIAS TOFFOLI
Órgão julgador	Decisão Monocrática
Data do julgamento	01/08/2014
Autor	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu	LUIZ LINDEBERG FARIAS FILHO
Ementa	Decisão Monocrática
Acórdão	Decisão Monocrática

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	Dados oriundos dos deveres de <i>compliance</i> das instituições financeiras sendo usados como meio de prova.

Processo	Inq 3552 / RS - RIO GRANDE DO SUL
Relator	Min. MARCO AURÉLIO
Órgão julgador	Decisão Monocrática
Data do julgamento	24/10/2013
Autor	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu	ELISEU LEMOS PADILHA
Ementa	DECISÃO INQUÉRITO - DILIGÊNCIAS - DEFERIMENTO EM PARTE.
Acórdão	Decisão Monocrática

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-

3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	Dados oriundos dos deveres de <i>compliance</i> das instituições financeiras sendo usados como meio de prova.
-----------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Processo	Inq 3152 / SP - SÃO PAULO
Relator	Min. DIAS TOFFOLI
Órgão julgador	Decisão Monocrática
Data do julgamento	19/09/2013
Autor	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus	LUIZ ROBERTO DEMARCO ALMEIDA; PROTÓGENES PINHEIRO DE QUEIROZ; PAULO FERNANDO DA COSTA LACERDA; PAULO MAURÍCIO FORTUNATO PINTO.
Ementa	Decisão Monocrática
Acórdão	Decisão Monocrática

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	Dados oriundos dos deveres de <i>compliance</i> das instituições financeiras sendo usados como meio de prova.

Processo	HC 128435 / TO - TOCANTINS
Relator	Min. ROSA WEBER
Órgão julgador	STF - Primeira Turma
Data do julgamento	20/10/2015
Paciente	NEILDO AVELINO DA SILVA; JEREMIAS DEMITO; FRANCISCO MIGUEL HENDGES; JONAS DEMITO; JOSÉ CARLOS CÉSAR DA SILVA; MARCOS ZINGLER WILKELMANN
Autoridade Coatora	STJ
Ementa	EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME AMBIENTAL. EXPLOSIVOS ARMAZENADOS IRREGULARMENTE. AUTORIA COLETIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA PESSOA JURÍDICA. ARTIGOS 2º E 3º DA LEI 9.605/98. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. (...)
Acórdão	A Turma julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto

	Barroso. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 20.10.2015.
Trecho de relevância	“4. Na dicção dos arts. 2º e 3º da Lei 9.605/96, possível a responsabilização penal dos administradores da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais. 5. A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser averiguada no curso da instrução criminal.”

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	Somente a extinção de HC sem julgamento do mérito em que se discutiu que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em se imputar ao mesmo tempo pessoas físicas e jurídicas. A dupla imputação não é necessária, mas é possível ainda.
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-

STJ:

Processo	AgRg no REsp 1580693 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2016/0034975-4
Relator	Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Órgão julgador	STJ - T6 - Sexta Turma
Data do julgamento	05/04/2016
Embargante	IVAN RECK RAZZERA; MARIO RAZZERA E COMPANHIA LTDA.
Embargado	MPF
Ementa	AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA SUPERADA COM A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA CONSIDERADA IRRELEVANTE. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. DELITOS DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.176/91 E DO ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.605/98. BENS JURÍDICOS

	DISTINTOS. CONSUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO DE CRIMES. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RECORRENTE QUE NÃO IMPUGNA O FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. (...)
Acórdão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	Somente a extinção de recurso em que se discutiu que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade em se imputar a pessoa física de forma abstrata em coautoria nos casos de responsabilidade penal da pessoa jurídica.
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-

Processo	RHC 50470/ES RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2014/0201842-0
Relator	Min. GURGEL DE FARIA
Órgão julgador	STJ - T5 - Quinta Turma
Data do julgamento	17/09/2015
Recorrente	ALCEBÍADES CARLOS DA CRUZ; JOSÉ HERCULANO DA CRUZ FILHO; JOÃO BATISTA DA CRUZ; DULCE MARIA DA CRUZ BOTELHO
Recorrido	MPES
Ementa	PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. IMPUTAÇÃO DE CRIME AMBIENTAL A SÓCIOS OU ADMINISTRADORES DE PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE ESPECIFICAR OS DANOS AMBIENTAIS E A ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO GESTOR INCRIMINADO. DUPLA IMPUTAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. (...) 4. Tendo em vista que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientais é

	<p>prescindível, uma vez que viola o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal (RE n. 548.181/PR, relatora Ministra Rosa Weber, DJe 30/10/2014 - Informativo n. 714/STF), a ação penal deve prosseguir somente para a pessoa jurídica acusada. (...)</p>
Acórdão	<p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.</p>
Trechos de relevância	<p>“Sobre esse prisma, o Ministério Público Federal em seu parecer, bem salientou a seguinte lição (fl. 203 – grifos acrescidos):</p> <p>É certo que o artigo 2º da Lei 9.605/98 responsabiliza expressamente os administradores de pessoas jurídicas cujas atividades tenham acarretado danos que configurem crime contra o meio ambiente. [...] Com efeito, STF já firmou entendimento segundo qual a responsabilidade por crime ambiental é, por expressa previsão legal, atribuível aos dirigentes da pessoa jurídica (HC 85.190, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ 8.12.05).</p> <p>É necessário, entretanto, que os dirigentes tenham o domínio do fato, no sentido de, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixa de impedir a sua prática, nos termos definidos pela lei supra referida.”</p> <p>(...)</p> <p>“Por fim, tendo em vista que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a necessidade de dupla imputação nos crimes ambientais é prescindível para o curso do processo criminal, uma vez que viola o disposto no art. 225, §3º, da Constituição Federal (RE n. 548.181/PR, relatora Ministra Rosa Weber, DJe30/10/2014 - Informativo n. 714/STF), entendo que a ação penal deve prosseguir somente para a pessoa jurídica JOSÉ HERCULANO DA CRUZ E FILHOS S/A, haja vista que não se discute no presente recurso a responsabilidade que lhe é atribuída.”</p>

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	ABSOLVER
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Não há autoria.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Não há autoria.

3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-
-----------------------------------------------------------------------------------	---

Processo	REsp 1329837 / MT RECURSO ESPECIAL 2012/0126025-5
Relator	Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
Órgão julgador	STJ – T6 – Sexta Turma
Data do julgamento	08/09/2015
Recorrente	COMPENSADOS SORGATO LTDA
Recorrido	MPMT
Ementa	RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. LEI N. 9.605/1998. RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOA JURÍDICA. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. CARGA DE MADEIRA. QUANTIDADE E ESPÉCIE DE MADEIRA TRANSPORTADA DISSONANTE DA GUIA FLORESTAL. INDÍCIOS DE PRÁTICA DE DELITO AMBIENTAL. INDEVIDA RESTITUIÇÃO. LAUDO TÉCNICO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. (...)
Acórdão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	Julgado sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica que estipula questão processual (transação penal de um não estende necessariamente aos demais).

Processo	RHC 43354 / PA RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2013/0403927-8
----------	------------------------------------------------------------------------

Relator	Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
Órgão julgador	STJ - T6 - Sexta Turma
Data do julgamento	04/08/2015
Recorrente	SÉRGIO LUIS POMPÉIA
Recorrido	MPPA
Ementa	RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INICIAL QUE NÃO DEMONSTROU O MÍNIMO NEXO CAUSAL ENTRE O ACUSADO E A CONDUTA IMPUTADA. CONSIDERAÇÃO, APENAS, DA CONDIÇÃO DO RECORRENTE DENTRO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE MENÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO IMPUTADO. CONFIGURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO QUE ABRANGE A PESSOA JURÍDICA INDICADA NA DENÚNCIA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. INCIDÊNCIA. (...) 5. Este relator entende que, uma vez que a inicial acusatória se refere ao recorrente e à empresa por ele dirigida, de forma conjunta, e tendo em vista que este Superior Tribunal adota a teoria da dupla imputação, ou imputação simultânea, segundo a qual se admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício (REsp n. 969.160/RJ, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 31/8/2009), o trancamento da ação penal em relação ao recorrente abrange a pessoa jurídica indicada na inicial (ponto em que ficou vencido). (...)
Acórdão	Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que ficou vencido apenas no que se refere à extensão do trancamento à pessoa jurídica. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Marcos Vidigal de Freitas Crissiúma pelo recorrente, Sérgio Luís Pompéia.

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	ABSOLVER
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	IRRELEVANTE PARA O CASO
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Não comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do imputado e o resultado.

3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-
-----------------------------------------------------------------------------------	---

Processo	RHC 34957 / PA RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2012/0274046-1
Relator	Min. LAURITA VAZ
Órgão julgador	STJ – T5 – Quinta Turma
Data do julgamento	19/08/2014
Recorrente	MARIA DAS MERCÊS DOS SANTOS
Recorrido	MPF
Ementa	RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DESCABIMENTO. ART. 34 DA LEI 9.605/98. CRIME DO MEIO AMBIENTE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA EVIDENCIADA. RECORRENTE DENUNCIADA APENAS POR INTEGRAR O QUADRO ASSOCIATIVO DE EMPRESA QUE TERIA PROMOVIDO A PESCA PROIBIDA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO MÍNIMA DE SUA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. (...)
Acórdão	Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	ABSOLVER
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Não há autoria.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Não há autoria.
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-

TRF-4:

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5017473- 86.2015.4.04.7000/PR
Relator	Des. Fed. MÁRCIO ANTONIO ROCHA
Órgão julgador	TRF – 4ª Região – Sétima Turma

Data do julgamento	23/02/2016
Apelante	ANTONY SANTOS MENEZES, SIDNEI SCARAVONATTI
Apelado	MPF
Ementa	PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA. VARAS ESPECIALIZADAS. LEGALIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUEBRA DE SIGILO. ART. 10º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DEMONSTRADOS. OPERAÇÃO SUSTENIDO. (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	“Neste tópico da denúncia constam os nomes de três pessoas vinculadas às instituições financeiras nas quais NEUDIMAR fazia tais movimentações vultuosas. Segundo constou na peça inicial MARLI PORTELA, ANTONY SANTOS MENEZES e SIDNEY SCARAVONATTI, não só deixaram de comunicar irregularidades ao Coaf, como aconselharam NEUDIMAR sobre como realizar movimentações sem que os órgãos de controle tivessem ciência. Além disso tais pessoas forneciam dados de contas abertas em nome de laranja para NEUDIMAR, violando desta forma o sigilo bancário. Após a instrução processual, o MPF pugnou pela condenação de ANTONY SANTOS MENEZES e SIDNEY SCARAVONATTI e pela absolvição de MARLI PORTELA”.

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	IRRELEVANTE PARA O CASO
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Tipicidade a partir da infração de dever de <i>compliance</i> em posição de <i>gatekeeper</i> .
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5037295-95.2014.4.04.7000/PR
Relator	Des. Fed. CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Sétima Turma
Data do julgamento	17/11/2015

Apelante	ANTONIO COLLOCA; ELISABETE DE OLIVEIRA NERY; GUSTAVO RICARDO COLLOCA; MAURO KANEGAE; MPF.
Apelado	OS APELANTE
Ementa	PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO CURAÇÃO. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. OPERAÇÕES DÓLAR-CABO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. AFASTAMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUÍZA NATURAL. INOCORRÊNCIA. EXTRATERRITORIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. DUPLA INCRIMINAÇÃO. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO E À AMPLA DEFESA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. IMPREESTABILIDADE DA PROVA. VIOLAÇÃO À RESERVA DE JURISDIÇÃO. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NÃO DEMONSTRADA. RÉUS ABSOLVIDOS. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. TIPICIDADE. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL DA LEI 7.492/86. PROGRESSÃO CRIMINOSA. CRIME ÚNICO. LAVAGEM DE DINHEIRO. ORIGEM ILÍCITA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO. GESTÃO FRAUDULENTA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. OPERAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SEM AUTORIZAÇÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. PLAUSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. INÚMERAS OPERAÇÕES. PERCENTUAL APLICADO JUSITIFICÁVEL. MULTA. PROPORCIONALIDADE LEGAL OBSERVADA. QUANTUM FIXADO. REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO. VALOR MÍNIMO. REPARAÇÃO DOS DANOS. REGRAMENTO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA. PERDIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM ILÍCITA DE BENS/VALORES APREENDIDOS. MANUTENÇÃO DA CONSTRICÇÃO. (...)
Acórdão	Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sétima Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, <i>ex officio</i> , (a) extinguir a punibilidade de Antonio Coloca, nos termos do art. 107, inc. I, do Código Penal; (b) extinguir a punibilidade de parte das condutas perpetradas por Gustavo Ricardo Colloca, com apoio nos artigos 109, inc. IV c/c 107, inc. V, do CP; (c) dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar Mauro Kanegae pelo delito catalogado no art. 16, da Lei nº 7.492/86, extinguindo a punibilidade da conduta, face ao reconhecimento da prescrição, condicionada ao trânsito em julgado para a acusação e, por maioria, (d) dar parcial provimento ao recurso de Gustavo Ricardo Coloca, Elisabete de Oliveira Nery e Mauro Kanegae para absolvê-los da conduta descrita no art. 1º, da Lei nº 9.613/1998, vencido parcialmente o Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, que afastou a fixação de valor mínimo para a reparação do dano, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Trecho de relevância	“ANTONIO COLLOCA, GUSTAVO RICARDO COLLOCA e ELISABETE DE OLIVEIRA NERY, ao transacionarem com inúmeras pessoas, sem terem sequer ideia ou exigirem comprovação da origem dos recursos ou da atividade das pessoas em benefício das quais operavam, fecharam deliberadamente os olhos para a procedência dos valores que movimentavam, deixando de exercer políticas como compliance (observância às regras de prevenção e combate à lavagem) e know your customer (conheça seu cliente) assumindo o risco de lavar dinheiro.” [grifo nosso]
----------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA:

1. Há relevância para a responsabilidade individual?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	IRRELEVANTE PARA O CASO
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Tipicidade: a partir da infração de dever de <i>compliance</i> em posição de <i>gatekeeper</i> , apurou a conduta e, com a cegueira deliberada em <i>compliance</i> , o elemento pessoal, no caso, o dolo. Interpretou a política de <i>compliance</i> e a de <i>know your client</i> (que faz parte de <i>compliance</i> também) como um dever administrativo de repercussões penais. Curiosamente, não fundamentou na decisão a relação entre o dever administrativo e o crime, somente apontou as condutas com relevância para o injusto e usou <i>compliance</i> para justificar o dolo, especificamente na modalidade da <i>cegueira deliberada</i> . Assim, o dolo por <i>cegueira deliberada</i> que já foi defendido como necessário para garantir as boas práticas de <i>compliance</i> , não esteve associado a um delito que envolvesse <i>compliance</i> em concreto, mas somente em abstrato. Em síntese, a falta de <i>compliance</i> configurou o dolo na conduta que tinha relevância para a lavagem, neste caso, o dolo por <i>cegueira deliberada</i> .
3. Se não houve relevância para a responsabilidade individual, qual a relevância?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001564-97.2013.4.04.7121/RS
Relator	Des. Fed. LEANDRO PAULSEN
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Oitava Turma
Data do julgamento	29/06/2016

Apelante	CELSO SILVA GALIMBERTI; SANTILHO GALIMBERTI CIA LTDA - EPP
Apelado	MPF
Ementa	DIREITO PENAL. EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINE-RAIS SEM A COMPETENTE AUTORIZAÇÃO (ART. 55, LEI 9.605/98). USURPAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA DA UNIÃO (ART. 2º, LEI 8.176/91). AUSÊNCIA DE DOLO. DÚVIDA RAZOÁVEL. CONCURSO FORMAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. (...) 3. É cabível a persecução criminal contra a pessoa jurídica que comete crime contra o meio ambiente definido no art. 55 da Lei 9.605/98, com supedâneo no art. 3º da Lei 9.605/98, quando o delito for cometido por decisão de seu representante legal (extração de areia sem regular licença do DNPM e FEPAM).
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM RESSALVA DE FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA PELO DES. FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS.
Trecho de relevância	<p>"A situação fática retratada nos autos aponta que a empresa Santilho Galimberti Cia Ltda mantinha, nas datas de 1º de fevereiro de 2011 (1º e 2º fatos da inicial) e 24 de julho de 2013 (3º e 4º fatos da denúncia) em área rural do Município de Osório, extração de areia. É legítima a atribuição da prática de crime ambiental à empresa Santilho Galimberti & Cia. Ltda. Assim estabelece o artigo 3º da Lei 9.605/98:</p> <p><i>"Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.</i></p> <p><i>Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato."</i></p> <p>Celso Silva Galimberti é o sócio administrador da empresa, tendo o controle final do fato, dominando finalisticamente o decurso do crime e decidindo sobre sua prática, interrupção e circunstâncias, devendo responder pela impugnação, também nos termos do art. 2º da Lei 9.605:</p> <p><i>Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la."</i></p>

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001646-37.2013.4.04.7216/SC
Relator	Des. Fed. MÁRCIO ANTONIO ROCHA
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Sétima Turma
Data do julgamento	03/05/2016
Apelante	MPF
Apelado	CYSY MINERACAO LTDA
Ementa	PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA. Ausente a prova do dolo da pessoa jurídica e de seu representante legal (corréu absolvido), não é cabível a condenação pelo crime previsto no art. 55 da Lei 9.605/68, haja vista que esse dispositivo legal não prevê hipótese de responsabilização criminal na modalidade culposa
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	“Com efeito, a comunicação espontânea do fato à autoridade e a promoção do PRAD para a recuperação da área degradada evidenciam a ausência de dolo, especialmente tratando-se de pequena extrapolação da área permitida, no contexto em que a empresa possuía regular autorização para a exploração mineral. Ausente a prova do dolo da pessoa jurídica e de seu representante legal (o corréu já absolvido), não é cabível a condenação pelo crime previsto no art. 55 da Lei 9.605/68,

	haja vista que esse dispositivo legal <u>não prevê</u> hipótese de responsabilização criminal na modalidade culposa (ao contrário de vários outros tipos penais da referida lei, <i>v.g.</i> , os artigos 54 e 56, nos quais há parágrafos cominando pena “ <i>Se o crime é culposo</i> ”).”
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	ABSOLVER
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	NÃO ANALISOU.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	DOLO.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5019176-05.2013.4.04.7200/SC
Relator	Des. Fed. MÁRCIO ANTONIO ROCHA
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Sétima Turma
Data do julgamento	12/04/2016
Apelante	MARINO RESTAURANTE E BAR LTDA - ME
Apelado	MPF
Ementa	PENAL. CRIME AMBIENTAL. ART. 64 DA LEI Nº 9.605/98. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	<p>“A autoria está consubstanciada no Contrato Social da empresa, no qual, devido à decisão judicial exarada no dia 27 de outubro de 2010, Beniamino figura como sócio administrador do restaurante denunciado (evento 07, desp 1).</p> <p>Neste sentido, as testemunhas de acusação ouvidas foram incontroversas sobre a culpabilidade da empresa ré, representada por seu sócio proprietário Beniamino Enrico Zermini, que tentou se ocultar para não responder pela prática de crime ambiental.”</p>

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Transferência do agente concreto. Heterorresponsabilidade.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5009725-87.2012.4.04.7200/SC
Relator	Des. Fed. LEANDRO PAULSEN
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Oitava Turma
Data do julgamento	24/02/2016
Apelante	CLAUDEVANIR APARECIDO DA SILVA; TAKLA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.
Apelado	MPF
Ementa	DIREITO PENAL. CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/98 SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO - ARTIGO 39. ATERRAMENTO DE CORPO D'ÁGUA - ARTIGO 63. EXTRAÇÃO DE ARGILA E SAIBRO SEM AUTORIZAÇÃO - ART. 55. CRIME CONTRA ORDEM ECONÔMICA (ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91). CONCURSO FORMAL ENTRE O CRIME DO ART. 55 DA LEI 9.605 E DO ART. 2º DA LEI 8.176/91. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. (...) 4. É cabível a persecução criminal contra a pessoa jurídica que comete crime contra o meio ambiente definido no art. 55 da Lei 9.605/98, com supedâneo no art. 3º da Lei 9.605/98, quando o delito for cometido por decisão de seu representante legal.
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Trecho de relevância	<p>“No caso em exame, não há qualquer causa de exclusão de culpabilidade (imputabilidade, potencial de consciência sobre a ilicitude do fato, exigibilidade de conduta adversa). Claudenanir praticou tanto o delito que violou o meio ambiente (lavra de saibro e argila sem autorização), como aquele que protege o interesse econômico da União (apoderar-se, mediante usurpação, de matéria-prima da União), tendo domínio do fato e sabedoria sobre sua antijuridicidade.</p> <p>No tocante à atribuição da autoria do crime ambiental à empresa Takla Empreendimentos Imobiliários Ltda oportuno transcrever, primeiramente, o que estabelece o artigo 3º da Lei 9.605/98:</p> <p><i>“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.</i></p> <p><i>Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”</i></p> <p>A autoria, por parte da empresa acima mencionada, quanto à prática do delito previsto no artigo 55, da Lei 9.605/98, resta clara nos autos. Indubitavelmente, a empresa atuada praticava a extração de saibro e argila no terreno onde deve ser implementado o loteamento. A prática reiterada e constante, em grande volume, de extração de saibro restou bem demonstrada na persecução penal.</p> <p>Comprovado, pois, que a extração mineral irregular foi realizada no âmbito de loteamento de terrenos urbanos a cargo da Takla Empreendimentos Imobiliários, deve ser mantida a condenação da referida empresa às penas do artigo 55 da Lei 9.605/98, notadamente a multa imposta no decreto condenatório.”</p>
----------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto. Quase não discutiu a conduta da empresa, somente estabeleceu o nexo de causalidade entre o resultado e as atividades dela. Para evitar a responsabilidade objetiva, fez menção anteriormente ao administrador, de modo a operar a transferência.

2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5002465-42.2011.4.04.7119/RS
Relator	Des. Fed. CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI
Órgão julgador	TRF – 4ª Região – Sétima Turma
Data do julgamento	08/09/2015
Apelante	DAGOBERTO BARCELLOS S/A; DALVI MELO DIAS; OLDAIR NASCIMENTO DE BARCELLOS
Apelado	MPF
Ementa	PENAL E PROCESSUAL. EXTRAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS EM DESACORDO COM A AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. JUSTA CAUSA. TIPICIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DO DELITO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA DURANTE O PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LICENÇA AMBIENTAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	“A autoria, por parte da empresa acima mencionada, quanto à prática do delito previsto no artigo 55, da Lei 9.605/98, resta clara nos autos. (...) Indubitavelmente, a empresa autuada praticava e pratica a extração de substância mineral calcário e cal, de jazida própria. O processo consiste na britagem da rocha e a seguir o material é encaminhado a um sistema de moagem (fl. 09 do IPL). A empresa contava com as respectivas Licenças de Operação (mais precisamente quanto aos fatos aduzidos na denúncia, LO números 7037/2007-DL; 7044/2007-DL, emitidas em 06/11/2007, e com validade até 05/11/2011 e 7053/2007-DL) para a realização de tais atividades, as quais, entretanto, não estavam sendo rigorosamente seguidas. Tal circunstância restou bem demonstrada

	<p>quando da análise da materialidade dos tipos penais objetos da presente.</p> <p>Destaco, para o exame da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a exigência da Lei 9.605/98 no sentido de 'que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado' (art. 3º), a fim de demonstrar a existência de dolo no crime ambiental. No caso, resulta evidente que a empresa deu causa ao delito ambiental, sobressaindo comprovada a autoria do delito pela pessoa jurídica, representada pelos corréus da presente.</p> <p>Além disso, não se pode dar crédito à versão de que a empresa ré, do ramo da extração de minérios desde a década de 50, cuja atividade é intimamente ligada com aspectos ambientais atinentes à poluição atmosférica e degradação da área - conseqüência lógica da própria extração - não tivesse conhecimento (na pessoa de seu representante) da necessidade de rigorosa obediência às licenças concedidas, antes de qualquer tipo de intervenção no meio-ambiente. Se não tinha tal conhecimento, era-lhe exigível que o tivesse, dada sua atividade social. Presente, portanto, o dolo (ainda que eventual) necessário à tipificação material do delito capitulado no artigo 55 da Lei 9.605/98."</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5002088-71.2011.4.04.7119/RS
Relator	Juiz Federal RONY FERREIRA
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Oitava Turma
Data do julgamento	15/07/2015
Apelante	IVAN RECK RAZZERA; MARIO RAZZERA E CIA LTDA

Apelado	MPF
Ementa	PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGO 55 DA LEI 9.605/98 E ARTIGO 2º DA LEI 8.176/91. EXTRAÇÃO MINE-RAL. SÚMULA 711 DO STF. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENÚNCIA. APTIDÃO. INDEFERIMENTO DE PROVA. AUSÊN-CIA DE NULIDADE. TIPICIDADE. CONCURSO FORMAL. AU-SÊNCIA DE <i>BIS IN IDEM</i> . MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima in-dicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Fe-deral da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	<p>“Destaco, para o exame da responsabilidade penal da pessoa jurídica, exigência da Lei 9.605/98 no sentido de 'que a infração seja cometida por decisão de seu represen-tante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado' (art. 3º), a fim de demonstrar a existência de dolo no crime ambiental. No caso, resulta evidente que a empresa MARIO RAZZERA & CIA LTDA deu causa ao delito ambiental, sobressaindo com-provada a autoria do delito pela pessoa jurídica, represen-tada pelo corréu da presente, Sr. IVAN RECK RAZZERA.</p> <p>Além disso, não é crível que a empresa ré, do ramo da extração de minérios desde a década de 80, cuja atividade é intimamente ligada com aspectos ambientais atinentes à poluição atmosférica e degradação da área - consectário lógico da própria extração - não tivesse conhecimento (na pes-soa de seu representante) da necessidade de rigorosa obedi-ência às licenças concedidas, antes de qualquer tipo de inter-venção no meio-ambiente.</p> <p>Se não tinha tal conhecimento, lhe era exigível que o tivesse, dada sua atividade social. Presente, portanto, o dolo (ainda que eventual) necessário à tipificação material do delito capitulado no artigo 55 da Lei 9.605/98.”</p>

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a conduta da em-presa à do agente físico em concreto.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da em-presa à do agente físico em concreto.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO

4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000082-91.2011.404.7119/RS
Relator	Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Oitava Turma
Data do julgamento	11/03/2015
Apelante	ELTON REGIS CORDERO SPODE; INDUSTRIA DE CALCARIOS CACAPAVA LTDA; MARCELO CORDERO SPODE
Apelado	MPF
Ementa	PENAL. ART. 2º, <i>CAPUTE</i> § 1º, DA LEI Nº 8.176/91. USURPAÇÃO. ART. 55, <i>CAPUT</i> , DA LEI Nº 9.605/98. CRIME AMBIENTAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO. (...) 5. O sujeito ativo dos delitos cometidos no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: a pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa. Figurar formalmente no estatuto/contrato social ou outro documento como administrador ou gerente constitui indício de que o indivíduo exerce essa função. É preciso, porém, que essa condição se confirme no curso da ação penal por algum elemento de prova. 6. Os elementos probatórios constantes dos autos não permitem realizar um juízo seguro quanto à autoria dos fatos delitivos, razão pela qual se impõe a absolvição do acusado. 7. " <i>O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação</i> " (STF, RE 548181, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 06/08/2013). (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação criminal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	"A ré INDÚSTRIA DE CALCÁRIOS CAÇAPAVA LTDA. é acusada da prática do crime previsto no art. 55, <i>caput</i> , da Lei nº 9.605/98, pela realização de extração de calcário sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença. A possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica está respaldada pelo art. 3º da Lei nº 9.605/98:

	<p><i>Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.</i></p> <p><i>Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.</i></p> <p>No caso, embora não tenha sido possível, por ausência de prova suficiente, esclarecer quem (pessoa física), atuando como representante legal da empresa, praticou ou teve o domínio quanto à prática da conduta delitiva em questão, é certo que a conduta foi praticada, estando devidamente comprovada a materialidade do fato, como já esclarecido (item 3.1).</p> <p>O interesse ou benefício da pessoa jurídica com o ato delitivo é inequívoco. A extração de calcário constitui a atividade-fim da empresa, cujo objeto social é "realizar pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento dos recursos minerais no território nacional, e industrialização, comercialização, importação e exportação de produtos minerais [...]".</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	Não apresentou critério convincente. Na esfera do injusto, tratou de estabelecer causalidade entre atuação da empresa e resultado. Em matéria de culpa, nada discutiu, beirando responsabilidade objetiva. Na culpabilidade, por outro lado, fez menção de que só não houve autor em concreto identificado e processado porque não havia provas. Isso deixou subentendido

	que (1) uma tomada de decisão por agente capaz foi o que justificou a responsabilidade da empresa e que um agente tomador dessa decisão pela empresa, em abstrato, foi o “transferidor” da culpabilidade para a empresa. Por outro lado, caberia também entender que (2) foi justamente a falta de organização na tomada de decisão o que se entendeu por culpabilidade, uma vez que não há clareza na decisão. A princípio, entende-se aqui que a primeira interpretação (1) condiz mais com o conteúdo da decisão.
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Processo	EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0000574-90.2009.404.7200/SC
Relator	Juiz Federal DANILO PEREIRA JÚNIOR
Órgão julgador	TRF - 4ª Região - Quarta Seção
Data do julgamento	09/10/2014
Apelante	MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS
Apelado	MPF
Ementa	<p>PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIME AMBIENTAL. ART. 48 DA LEI 9.605/98. MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. IMPEDIR/DIFICULTAR REGENERAÇÃO DE VEGETAÇÃO. DOLO.</p> <p>1. Tratando-se de ente público (Município), que tem ao seu dispor todos os instrumentos e meios necessários para obter informações, não há falar em desconhecimento quanto aos exatos limites em que compreendida reserva ambiental, sobretudo quando se trata de área de preservação permanente (manguezal).</p> <p>2. Hipótese em que o Município alegou ausência de dolo na conduta de providenciar a pavimentação e manutenção servidão existente em área de manguezal - sem que tenha tomado as cautelas de que se deve cercar o órgão que invista dinheiro público na realização de obras em área potencialmente protegida pelas normas que visam à preservação do meio ambiente -, tendo o ora embargante, portanto, agido, pelo menos, com dolo eventual, assumindo o risco de impedir ou dificultar a regeneração natural área ambientalmente relevante, revelando-se hígida, portanto, sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98.</p> <p>3. Embargos infringentes e de nulidade desprovidos.</p>
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trechos de relevância	“Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos pelo MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS em face de

acórdão (fls. 261-262 e 267-290) proferido pela 7ª Turma deste Tribunal que, por maioria, negou provimento à sua apelação criminal. Referido julgado restou assim ementado:

CRIME AMBIENTAL. ART. 48 DA LEI 9.605/98. RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DESVINCULADA DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. HERMENÊUTICA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. FACILIDADE DE FIGURAR COMO RÉU. IMPEDIR/DIFICULTAR REGENERAÇÃO DE VEGETAÇÃO. DESÍGNIO AUTÔNOMO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO. CULPABILIDADE E MOTIVOS. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA. REDUÇÃO DA MULTA. 1. De acordo com recentes entendimentos dos Tribunais Superiores, a teoria da dupla imputação, segundo a qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica não poderia ser dissociada da pessoa física atuante em seu benefício, não encontra suporte jurídico, já que não há tal exigência no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Logo, é possível a responsabilização, em isolado, da pessoa jurídica envolvida na prática de crime ambiental. 2. A responsabilização criminal de pessoa jurídica de direito público encontra farto suporte jurídico, decorrente: 2.1) do princípio da legalidade, na medida em que, ao atribuir a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas pela prática de ilícito ambiental, o art. 225, § 3º da CF e o art. 3º da Lei 9.605/98 não fizeram distinção alguma entre as pessoas de direito público e as de direito privado; 2.2) das regras de hermenêutica jurídica, tendo em vista a orientação de que não compete ao intérprete distinguir o texto legal quando, podendo, o legislador não o fez; 2.3) do princípio da isonomia, porquanto não se justifica tal isenção em detrimento das pessoas jurídicas de direito privado, precipuamente levando em conta que é obrigação constitucional dos entes públicos a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2.4) do princípio da eficiência, eis que o meio ambiente será melhor salvaguardado se os entes públicos puderem, também, ser responsabilizados criminalmente, mormente porque não é incomum que tais entidades atuem como sujeitos ativos de delitos ambientais; 2.5) do fato de que, embora tenham sido criadas para defender o interesse público, as entidades em tela muitas vezes cometem arbitrariedades, devendo existir instrumento apto a coibir agressões a direitos que deveriam ser, por aqueles mesmos, garantidos; 2.6) da possibilidade de aplicação de pena, em simetria ao que ocorre na esfera cível, isto é, imposição de pagamento em pecúnia ao ente público, assegurada ação regressiva contra a pessoa física que causou o dano. 3. Portanto, na hipótese, a Prefeitura Municipal de Florianópolis pode figurar como ré. 4. Via de regra, na construção/edificação em área proibida, o delito previsto no art. 64 da Lei 9.605/98 absorve o crime do art. 48 da mesma lei, por aplicação do princípio da consunção. Po-

rém, se configurado o desígnio autônomo de impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, torna-se cabível a responsabilização criminal pelo crime previsto no art. 48. 5. Materialidade e autoria demonstradas, já que há provas suficientes de que o Município de Florianópolis promoveu calçamento de servidão situada em área especialmente protegida. 6. O dolo também ressaltado. Tendo em vista se tratar de ente público, que tem ao seu dispor todos os instrumentos e meios necessários para obter informações, não há justificativa para que o Município desconhecesse os exatos limites da reserva ambiental. Além disso, inobstante pudesse haver confusão sobre os limites da Reserva Extrativista, o local onde foi construída a servidão era também área de preservação permanente (manguezal), característica de fácil percepção, por meio de simples vistoria. 7. Presentes todos os elementos do tipo, impõe-se a condenação do município, pelo cometimento do delito previsto no art. 48 da Lei 9.605/98. 8. Inviável valorar negativamente a vetorial 'culpabilidade' por não ter o réu promovido a regeneração do local, pois tal peculiaridade se confunde com o próprio tipo penal, sendo especialmente determinante para verificar a presença do elemento subjetivo. 9. Não tendo sido suficientemente comprovado que o delito se deu com o intuito de obtenção de votos para futura eleição, insta afastar a reputação negativa da elementar 'motivos'. 10. Permanecendo apenas duas circunstâncias judiciais prejudiciais e, não havendo outras causas modificadoras da pena, torna-se necessária a redução da multa imposta ao ente público. (TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000574-90.2009.404.7200, 7ª TURMA, Juíza Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, D.E. 17/07/2014, PUBLICAÇÃO EM 18/07/2014)

(...)

Assim, em sendo o Município de Florianópolis uma pessoa jurídica, não cabe a aplicação da pena de reclusão, pois é impossível a imposição de pena corporal, mas sim a substituição por pena de multa. Considerando que a maioria das circunstâncias judiciais é desfavorável ao Município e que o crime foi muito grave, já que levou dezenas de pessoas pobres a serem processadas e condenadas criminalmente por impedir a regeneração da área de preservação permanente, tenho que deva ser fixada uma multa elevada, a fim de desestimular a reincidência da administração pública e não estimular a ocupação de áreas de mangue e de reservas extrativistas. Desta forma, fixo a pena de multa em 120 dias multa, com valor unitário em cinco salários mínimos vigentes na data do fato delituoso, corrigido monetariamente. Com efeito, a gravidade do fato delituoso, bem como a capacidade financeira do Município indicam que se deva fixar uma multa exacerbada, a fim de desestimular a reincidência e ensinar o Município a impedir as construções em cima de reservas naturais e vegetação de mangue.

	<p>Quanto ao crime do artigo 48 da Lei 9.605/98, impedir a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, novamente a culpabilidade é exacerbada, já que o Município se recusa a promover a desocupação do local, entendendo que existem outros locais mais importantes a serem regenerados. Assim, o descaso do ente público é notório e o crime permanente está a ocorrer até o presente momento, eis que há impedimento à regeneração do mangue. Os <u>antecedentes</u> são favoráveis, eis que não há condenação. A <u>conduta social</u> a princípio é adequada, já que se trata de ente público. A personalidade não pode ser avaliada, já que é uma pessoa jurídica. Os motivos do crime foram talvez a facilitação da invasão com o objetivo de obter votos para uma futura eleição, o que é extremamente reprovável. As <u>circunstâncias</u> foram muito graves, já que a prefeitura tentou regularizar a invasão calçando a rua e aprovando lei municipal e acabou provocando a condenação criminal de várias pessoas, que estão a impedir a regeneração da área de preservação permanente. As <u>consequências</u> do crime também são muito prejudiciais, pois dezenas de moradias foram construídas ao redor da servidão e tais moradias todas estão a impedir a regeneração do mangue e prejudicando o ecossistema local. O <u>comportamento da vítima</u> não teve qualquer influência.</p> <p>Desta forma, em havendo quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, culpabilidade, circunstâncias, motivos e consequências, tenho que deva ser fixada multa pecuniária no valor de cento e vinte dias multa, cujo valor unitário será de cinco salários mínimos, já que o crime foi extremamente grave e o Município réu possui boa situação financeira. Com efeito, multa menor sequer iria fazer cócegas nos cofres municipais, não tendo o efeito pedagógico de desestimular novas invasões em reservas naturais ou em áreas de mangue. O Município deve ser estimulado a não impedir a regeneração das áreas de mangue irregularmente ocupadas, promovendo a recuperação das invasões das reservas naturais.”</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	NÃO
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	-
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	-
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	-
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	SIM
3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	Tentou equiparar a culpabilidade da empresa à de um indivíduo, mas não se baseando na sua capacidade de organização para evitar delitos como critério principal.

3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-

Processo	APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000311-60.2011.404.7213/SC
Relator	Des. Fed. LEANDRO PAULSEN
Órgão julgador	TRF – 4ª Região – Oitava Turma
Data do julgamento	10/09/2014
Apelante	FÁBIO GUNTHER; GUNTHER & CIA LTDA ME; JEANE CRISTIE PEIXE GHUNTER
Apelado	MPF
Ementa	DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL (ART. 69-A DA LEI Nº 9.605/98). AUSÊNCIA. INÉPCIA. DENÚNCIA. COMPROVAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (...)
Acórdão	Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo da defesa, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
Trecho de relevância	<i>A tipicidade, da mesma maneira, está configurada, pois, ao inserir dados falsos no sistema DOF e emitir nota fiscal de devolução do carvão que haviam recebido de fornecedor do Estado do Paraná (simulando a devolução do produto) os réus incorreram no delito tipificado no art. 69-A da Lei n. 9.605/1998 (...) No que diz respeito à pessoa jurídica, como constou do precedente do Superior Tribunal de Justiça acima transcrito, 'A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.' (REsp 610.114/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 19/12/2005, p. 463).</i>

TABELA ESPECÍFICA SÓ PARA PESSOA JURÍDICA:

1. Há relevância da responsabilidade individual para punir a PJ?	SIM
2. Consequência: usado para condenar ou absolver?	CONDENAR
2.1. O que discutiu sobre culpabilidade?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
2.2. O que discutiu sobre autoria e injusto?	Equiparou a conduta da empresa à do agente físico em concreto.
3. Falou sobre responsabilidade própria da empresa (autorresponsabilidade)?	NÃO

3.1. Se sim, qual o critério para apontar sua culpabilidade própria?	-
3.2. Se não, houve ao menos menção a programas de prevenção (<i>compliance</i>)?	NÃO
4. Se não houve relevância da responsabilidade individual e de <i>compliance</i> , qual o critério?	-