

DIMENSÕES CONTEMPORÂNEAS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL



FAUZI HASSAN CHOUKR
CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ - ORGS

DIMENSÕES CONTEMPORÂNEAS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

FAUZI HASSAN CHOUKR

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ - ORGS

DIMENSÕES CONTEMPORÂNEAS DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

FAUZI HASSAN CHOUKR

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ - ORGS

1ª Edição
Campinas, 2021



Editora

Liana Aureliano

Conselho Editorial

Carlos Alonso Barbosa de Oliveira

Eduardo da Rocha Azevedo

Frederico Mazzucchelli

Fernando Novaes

João Manuel Cardoso de Mello

Liana Aureliano

Luiz Gonzaga Belluzzo

Sônia Draibe

Direitos de publicação reservados à:
Promoção do Ensino de Qualidade S/A.

Rua Alan Turing, nº 805

Barão Geraldo – Campinas – SP

Caixa Postal 6016

Cep: 13083-898

Telefones:

0800 770 7872 | (19) 3754 8500

facamp.com.br

Dimensões Contemporâneas da Atividade Empresarial

Capa, Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

FACAMP

Ficha catalográfica

Elaborada por Marília Pereira Santos CRB/8 - 10174

D582 Dimensões contemporâneas da atividade empresarial / Fauzi Hassan Choukr, Carlos Eduardo Adriano Jupiassú [organizadores]. - Campinas: Editora FACAMP, 2021.

272 p.

ISBN: 978-65-99129-1-3 (livro digital)

1. Direitos humanos e empresas. 2. Responsabilidade penal – pessoa jurídica. 3. Compliance. I. Choukr, Fauzi Hassan. II. Jupiassú, Carlos Eduardo Adriano. III. Faculdades de Campinas. Programa de Pós-Graduação.

CDD: 341.481

SUMÁRIO

06 APRESENTAÇÃO

09 AUTORES

15 PARTE I

DIMENSÕES PENAIS

- 16 Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção
- 44 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e Direito Penal Internacional
- 57 Responsabilização criminal da atividade empresarial por graves violações de direitos humanos ligados ao meio ambiente
- 73 O papel transformativo das corporações no processo penal: ideias sobre *compliance* e vitimização corporativa
- 90 Sistemas alternativos de investigação e sanções para crimes corporativos no Brasil

184 PARTE II

DIMENSÕES CIVIS

- 185 Responsabilização da atividade empresarial por violações de direitos humanos
- 200 Empresas transnacionais e violação de direitos humanos: a justiça universal como alternativa possível
- 224 Transformações no direito contemporâneo em face de graves violações de direitos humanos: tendências de *compliance* empresarial

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO ENCONTRO INTERNACIONAL **RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EM GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS**

APRESENTAÇÃO

A presente Obra traduz um esforço comum dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Instituições Faculdades de Campinas e Universidade Estácio de Sá, com apoio da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP) em adensar as discussões sobre o atual e relevante tema da responsabilização empresarial por graves violações de direitos humanos, abordando suas dimensões penais, civis e administrativas.

Para tanto foi realizado na sede da FACAMP, na cidade de Campinas/SP, no dia 26 de abril de 2019 o encontro científico com o mesmo objetivo, no qual os temas “A responsabilidade individual na atividade empresarial em casos de graves violações de direitos humanos”, “A relação entre as esferas administrativa e judicial penal na responsabilização da atividade empresarial por graves violações de direitos humanos” e “compliance, atividade empresarial e graves violações de direitos humanos” foram abordados pelos docentes que participam da presente Obra, enriquecidos as discussões com os debates ali travados.

No momento em que o Código Penal brasileiro é objeto de reforma para ampliar a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, da mesma forma, o processo legislativo de reforma do Código de Processo Penal passou a receber a sugestão de toda uma forma específica para o processo penal tendo a pessoa jurídica como ré, as reflexões que compuseram o encontro científico mencionado e a obra que ora se apresenta ganham dimensões diferenciadas, servindo para contribuir com o debate político-jurídico.

Ademais, é importante destacar que desde o Decreto Nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, uma nova e significativa gama de reflexos

das consequências da atividade empresarial se apresenta, ligando, indissociavelmente, a proteção aos direitos humanos à atividade empresarial e, nesse sentido, redimensionando a própria essência da atividade econômico-empresarial.

Certamente não se dá aqui o esgotamento de qualquer dos aspectos enfocados. Ao contrário, a ideia central está ligada mais a evidenciar temas a serem aprofundados e novos aspectos a serem considerados pois a construção efetiva da fruição dos Direitos Humanos não é um dado acabado, mas um processo incansável e perene. Ligá-la à atividade empresarial é uma de suas etapas, talvez das mais árduas a serem percorridas porquanto, em essência se trata de uma aproximação dos Direitos Humanos com a *lex mercatória*, a evidenciar que a elevação da abordagem jurídica depende, em última análise, da superação de valores eminentemente materiais. Uma estrada longa, que só foi percorrida em seus primeiros passos.

Campinas, janeiro de 2021.

AUTORES

Fauzi Hassan Choukr

Pós- Doutorado pela Universidade de Coimbra (2012/2013). Doutorado (1999) e Mestrado (1994) em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College; 1996) e em Direito Processual Penal pela Universidade Castilla la Mancha (2007). Coordenador do PPGD da FACAMP - Faculdades de Campinas. Pesquisas concentradas nos seguintes temas: direitos fundamentais e sistema penal; internacionalização de direitos e globalização econômica; justiça de transição. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo (desde 1989)

Carlos Eduardo A. Japiassú

Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1992), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997), doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002) e fez estágio pós-doutoral na University of Warwick (2009). Atualmente é Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Associado IV da Universidade Federal do Rio de Janeiro e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Estácio de Sá. É professor conferencista do Curso de Master Droit de l'Exécution de Peines et Droit de l'Hommes, organizado pelas Universidades de Bordeaux IV, de Pau et des Pays de l'Adour e École Nationale de Administration Penitentiaire (ENAP), em Agen, na França. É pesquisador convidado do Research Center on International Cooperation Regarding Persons Sought for Corruption and Asset Recovery in G20 Member States, localizado na Beijing Normal University, em Pequim, China. É Vice-Presidente da Association Internationale de Droit Penal (AIDP), Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da AIDP, Vice-Presidente do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos (CIPF) e membro do Conselho Diretor do Siracusa International Institute, em Siracusa/ Itália. É membro da Comissão Especial de Estudos do Direito Penal da Seção do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi Conselheiro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-

CP), vinculado ao Ministério da Justiça (2008-2012), foi Secretário-Geral (2014-2019) e Secretário-Geral Adjunto (2004-2014) da AIDP, foi professor convidado da Loyola University, de Nova Orleans, Estado Unidos e prestou consultoria técnica ao Fundo Monetário Internacional (FMI), em matéria de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (2006).

Jânia Maria Lopes Saldanha

Realizou Estágio Sênior nos anos de 2014-2015 (foi bolsista CAPES BEX 2417-14-6) no IHEJ - Institut des Hautes Études sur la Justice - Paris. Doutorado em Direito da UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Integração Latino-Americana da UFSM. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora associada do Programa de Pós Graduação em Direito na área “Direitos emergentes da sociedade global” da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria e professora do Departamento de Direito da mesma Universidade. Professora convidada de tempo integral, após seleção pública, da Université Sorbonne-Nouvelle ? Paris 3, da Catédra Simón Bolívar, do IHEAL ? Institut des Hautes Études de l’Amérique Latine para o ano 2016-2017. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Escola de Direito da UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Foi coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Professora visitante e pesquisadora da USP - Universidade de São Paulo, no CEPEDISA - Centro de Estudos e Pesquisa em Direito Sanitário (Ano de 2018). Pesquisadora associada do Institut des Hautes Études sur la Justice. Coordenadora do CCULTIS - Centro de Culturas jurídicas comparadas, internacionalização do direito e sistemas de justiça. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, justiça de transição na América latina, sistemas de justiça nacionais, regionais, transnacionais e internacionais, internacionalização do direito, diálogos judiciais, regulação da mundialização na sociedade em rede, controle de constitucionalidade e convencionalidade, direito comparado e culturas jurídicas. Avaliadora ad hoc da Capes. Avaliadora ad hoc da Fondation Maison Sciences de l’Homme, de Paris.

Claudia Cristina Barrilari

Advogada em São Paulo. Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Graduada em Direito e mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Secretária da Comissão de “Criminal Compliance” do Instituto dos Advogados de São Paulo.

José Antonio Siqueira Pontes

Possui graduação em Bacharelado em direito pela Universidade de São Paulo (1997), mestrado em Filosofia Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo (2002) e doutorado em Filosofia Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo (2006). Atualmente é professor doutor tempo integral na FACAMP - Faculdades de Campinas. Membro do programa de pós-graduação em direito da FACAMP; editor-chefe da Revista DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea. Tem experiência na pesquisa em Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas aplicados: Direito e Economia; Direito anti-corrupção; Compliance empresarial. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Interfaces jurídicas do regime de conformidade

Eduardo Saad Diniz

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e do Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (FDRP/PRO-LAM/USP). Senior Fellow Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research, The Wharton School, Universidade da Pensilvânia, EUA; Livre-Docente em Criminologia pela FDRP/USP (2018) Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2006-2010) e Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha (2017); Bolsista Produtividade CNPQ-PQ2 (2017-2020) Bolsista FAPESP na Universidade da Pensilvânia, EUA (2017); Bolsista Doutorado Sanduíche DAAD/Capes na Universidade de Regensburg, Alemanha (2009-2010); Especialização em Vitimologia pela Universidade de Sevilha, Espanha (2011). Foi Professor Substituto de Criminologia e Medicina Legal da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp-Franca (2011). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2001-2005 - Bolsista FAPESP-IC). Coordenador

do Grupo de Pesquisa CNPQ “Violação de direitos humanos no âmbito corporativo” desde 2014. Consultor em compliance, criminologia econômica e direito penal econômica. Vice-Coordenador dos Programas de Especialização (lato sensu) em “Ciências Criminais” e em “Ética Empresarial”. Professor do Master em Compliance da Universidad Castilla La Mancha (UCLM), Espanha e de especializações em todo o país. Autor de livros, artigos científicos e consultor em compliance, direito penal econômico e Food Law, no Brasil e no exterior.

Artur de Brito Gueiros Souza

Possui graduação em Direito pela UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1989), mestrado em Ciências Jurídicas pela PUC - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1997), doutorado em Direito Penal pela USP - Universidade de São Paulo (2006) e pós-doutorado em Direito Penal pela Universidade de Coimbra (2016). É Professor Associado de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ e Coordenador do Centro de Pesquisa em Crimes Empresariais e Compliance Prof. João Marcello de Araujo Jr. (CPJM) da UERJ. É membro do Ministério Público Federal (MPF), ocupando o cargo de Procurador Regional da República. Tem experiência na área de Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Direito Penal Econômico e Criminal Compliance, Direito Penal Internacional e Criminologia empresarial e econômica. É autor dos livros O MPF e os direitos dos presos estrangeiros, Novas tendências do Direito Extradicional, Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos e Questões atuais de dos crimes contra a vida e organizador do livro Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas; é coautor do livro Direito Penal - Volume Único, além de autor de diversos capítulos de livros e artigos científicos.

Daniel Pacheco Pontes

Possui graduação em Direito (2001) e curso de pós graduação estrito senso, doutorado em direito penal, pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente é professor doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal,

atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Parte Geral; Teoria do Delito; Culpabilidade; Sanções Penais e Política Criminal.

Cecilia Choeri da Silva Coelho

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora visitante na Santa Clara University (SCU), no Vale do Silício, Califórnia. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, 2017). Cursos em Cybersecurity por Harvard (2019) e pela Universidade da Califórnia, Berkeley (2019), e em Direito Penal Econômico e Compliance pela Universidade de Coimbra (2016). Pós graduada em Direito Público e Privado pela EMERJ (2013). Graduada em Direito (UERJ, 2008) e em Ciências Econômicas (PUC-Rio, 1999). Advogada e Professora.

Dr. Daniel Guimarães Zveibil

Graduado em Direito pela PUC/SP (2001), Mestre (2006) e Doutor (2017) em Direito Processual pela USP. Desde o ano de 2002 até 2006 foi auxiliar de ensino informal na Faculdade de Direito da PUC-SP, na área de Direito Processual Civil. Foi assistente do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino no Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2003-2004). Participou do grupo de estudos do Prof. José Ignacio Botelho de Mesquita, o qual publicou estudos na área de Direito Processual em periódicos e livros (2008/2013). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), e membro fundador do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Professor de Direito Processual Civil no Damásio Educacional, em Processo Civil. Professor convidado na Pós lato sensu do Mackenzie, em Processo Civil. Extensão no Instituto Sedes Sapientiae (2018/2019) em “Fundamentos da Psicanálise e sua Prática Clínica”. É Defensor Público do Estado de São Paulo.

Dr. Evandro Fernandes de Pontes

Professor de Direito Societário e Mercado de Capitais no Insper/SP. Doutor em Direito Comercial (2013), Mestre em Direito Comercial (2009), MBA pela BSP (2008), Graduado em LETRAS (2004) e em DIREITO pela Universidade de São Paulo (1996). Foi pesquisador visitante (visiting scholar) na Faculdade de Direito da Universidade da Virgínia (EUA) durante o

ano acadêmico de 08/2001 a 05/2002. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial e Societário. Diretor Executivo do Instituto de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários.

Msc. Flávio Boechat Albernaz

Mestre em Direito pela PUCSP; Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

Antonio Sestito Neto

Bacharelado do curso de Direito da FACAMP e pesquisador de iniciação científica e do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (Compliance) do programa de pós-graduação em direito da FACAMP

Clara Coelho Mangolin

Bacharelada do curso de Direito da FACAMP e pesquisadora de iniciação científica e do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (Compliance) do programa de pós-graduação em direito da FACAMP

Mariana Bernardi Esteves

Bacharel em direito pela FACAMP, advogada, especialista em direito empresarial pela FGV e pesquisadora do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (Compliance)

Parte I

DIMENSÕES PENAIS

CRIMINOLOGIA DO DESVIO NO AMBIENTE CORPORATIVO: A EMPRESA COMO CAUSA E COMO CURA DA CORRUPÇÃO

Artur de Brito Gueiros Souza¹
Cecilia Choeri da Silva Coelho²

RESUMO

O trabalho discorre sobre o crime corporativo, em especial a corrupção, apresentando os fatores de sua ocorrência, as suas principais classificações criminológicas, bem como os mecanismos de prevenção do desvio organizacional.

ABSTRACT

This text discusses corporate crime, especially corruption, presenting the factors of its occurrence, its main criminological classifications, as well as the mechanisms of prevention of organizational deviation.

PALAVRAS-CHAVE

Criminologia. Crime corporativo. Corrupção. Compliance.

KEY-WORDS

Criminology. Corporate crime. Corruption. Compliance.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Corporações e organizações criminosas. 3 Tipologia da criminalidade empresarial. 4. Crimes ocupacionais e crimes corporativos. 5. Explicando a criminalidade empresarial. 6. Crimes corporativos e corrupção. 7. A variável individual no crime corporativo. Liderança tóxica ou narcisista. 8. Fatores externos da corrupção empresarial. 9. Fatores internos. A cultura corporativa. 10. A empresa como cura. Programas de *compliance*. 11. Bibliografia básica.

1 Pós-Doutor em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra; Professor de Direito Penal da UERJ; Procurador Regional da República.

2 Doutoranda de Direito Penal da UERJ; Professora de Direito Penal; Advogada.

1. INTRODUÇÃO

O pensamento criminológico há muito tem se dedicado a compreender aspectos relacionados às infrações de natureza econômica³. No entanto, as tentativas de explicar os atos criminosos dessa categoria parecem ser orientadas pelas teorias e técnicas desenvolvidas para os atos praticados por indivíduos enquanto agentes econômicos, não necessariamente no ambiente empresarial. Somente recentemente a Criminologia passou a se preocupar de forma sistemática com a etiologia daquele fenômeno quando os crimes se dão em um ambiente corporativo. Trata-se, portanto, de uma nova abordagem – o comportamento da corporação, entendido como algo diferente da mera soma das condutas dos indivíduos.

Pode-se atribuir a dificuldade encontrada para analisar o crime corporativo à sua própria complexidade. Como bem nota Jay S. Albanese, diferentemente do comportamento de indivíduos, é muito mais difícil atribuir motivos, qualidades e características relevantes para entes coletivos. A ação do criminoso individual é comumente descrita a partir das principais variáveis criminológicas – sexo, idade e raça, ou seja, as “*big three*” –, além de outras que, de toda sorte, não teriam similar em termos organizacionais⁴.

Para refletir sobre essa realidade – desvio no ambiente corporativo – é preciso partir de parâmetros relacionados tanto ao crime organizado como aos crimes organizacionais. Além disso, a investigação das causas para a corrupção empresarial não pode prescindir da consideração de fatores macro, como a globalização e o ambiente regulatório, de fatores em nível médio, como as características estruturais e culturais das organizações, e de microfatores, como a interação social entre os indivíduos. Deve-se, ainda, recorrer às teorias criminológicas que explicam particularmente o desvio de natureza econômica no contexto de organizações complexas.

Essas e outras questões serão abordadas nas páginas que se seguem – ressaltando-se, naturalmente, as limitações de espaço de um pequeno

3 Cf. BONGER, Williem Adriaan. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Mass & Van Suchtelen, 1905. SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*. New York: Dryden, 1949. No Brasil: LYRA, Roberto. *Economia e crime*. Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia., 1933.

4 ALBANESE, Jay. S. *Corporate criminology: Explaining deviance of business and political organizations*. In *Journal of Criminal Justice*, Vol. 12, pp. 11-19. New York: Pergamon Press Ltd., 1984, p. 11. Sobre as principais variáveis criminológicas: DeLISI, Matt; VAUGHN, Michael G. *Correlates of Crime*. In *The Handbook of Criminological Theory*. Piquero, Alex R. (Ed.). Chichester: Wiley Blackwell, 2016, pp. 18-36

artigo científico. Ao final, espera-se aclarar alguns conceitos, contribuindo, assim, ao debate de tão relevante tema.

2. CORPORAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O interesse dos estudiosos pelo desvio nas corporações, mais especificamente a corrupção empresarial, intensificou-se quando se passou a perceber sua proximidade com as organizações criminosas. Embora não se possa falar que a adoção de práticas corruptas seja necessária para a consecução e perenidade de tais organizações, observou-se que a corrupção muitas vezes atua como um “facilitador” das atividades ilícitas, na medida em que o pagamento de propina impede ou dificulta a função identificação e repressão por parte das agências formais de controle.

Wim Huisman e Vande Walle chamam a atenção para essa relação, denominando de *upperworld* e *underworld* no que diz respeito às atividades ilegais. Entre os anos 60 e 70 do século passado, a Criminologia teria construído a imagem das organizações criminosas associadas com as “máfias”, tomando-as, portanto, como um fato do submundo e separado da Sociedade. Porém, com o desenvolvimento de uma visão mais holística das organizações criminosas, em particular com fundamento em pesquisas empíricas, ocorreu a desmistificação daquele estereótipo, tomando-o em sua complexidade, com foco na constatação de pontos de interseção entre as esferas ilegal e legal.⁵

Com efeito, empresas e organizações criminosas podem interagir de diferentes formas. Em geral, os contatos entre a associação criminosa e a economia formal seriam limitados e somente no interesse do submundo – surgindo uma oportunidade, ela tentará corromper para manter seus “negócios”. No entanto, como a conexão entre os dois mundos é muito próxima, a corrupção é mais difícil de se identificar. Em situações extremas, a organização criminosa pode vir a se incorporar à economia formal, com as atividades ilícitas se mesclando com negócios legais. Exemplifica-se esse quadro com a constatação de que corrupção e lavagem de dinheiro passaram a ser vistas como mecanismos do *upperworld* utilizados por organizações criminosas para

5 HUISMAN, Wim, & VANDE WALLE, Gudrun. *The Criminology of corruption*. In G. de Graaf, P. von Maravic, & P. Wagenaar (Eds.), *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*. Leverkusen: Barbara Budrick Publishing, 2010, p. 115.

facilitar ou garantir a continuidade de suas atividades lucrativas (*underworld*) sem serem identificados. O papel desempenhado pelas casas bancárias ao longo de décadas – quicá séculos –, basicamente “esquentando” dinheiro proveniente de atividades criminosas, constitui-se um dado histórico dessa estreita relação.⁶

Na ponta oposta, é recorrente a referência ao conceito de organização criminosa elaborado por Cyrille Fijnaut *et alii*. Segundo os autores, considera-se que há uma organização criminosa, entre outros requisitos, quando o grupo é capaz de esconder seus crimes de uma forma relativamente eficaz, particularmente demonstrando sua disponibilidade para usar violência física ou eliminar pessoas por meio de corrupção⁷.

3. TIPOLOGIA DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Além do registro dos vínculos entre corporações e organizações criminosas, deve ser feita referência às tipologias do crime de colarinho branco, crime ocupacional e crime corporativo. Como definido por Edwin Sutherland, crime de colarinho branco é aquele cometido por uma pessoa respeitável ou de elevado status social no curso de sua ocupação profissional. Em razão de tal status, grande parte das atividades prejudiciais desenvolvidas por homens do colarinho branco historicamente foram tratadas fora da seara criminal, em leis civis ou regulamentos administrativos, com consequências mais brandas para o ofensor. Ademais, tais condutas dificilmente eram detectadas; se detectadas, dificilmente eram processadas; e, se processadas, dificilmente resultavam em condenações criminais.⁸

É interessante observar que Sutherland considera o crime de colarinho branco como sendo uma forma de crime organizado. Esclarece-se que a expressão *crime organizado* não se confunde – no pensamento daquele Autor – com a expressão *organização criminosa*, tal como a que foi exposta no item anterior. Com efeito, crime de colarinho branco como crime organizado significa algo como “crime planejado ou planejado”. Conforme suas palavras,

6 *Ibid.*, p. 117.

7 FIJNAUT, Cyrille; BOVENKERK, Frank; BRUINSMA, Gerben; BUNT, Henk van de. *Organized Crime in the Netherlands*. 1 ed. The Hague: Springer 1998, p. 26-27.

8 SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Criminality*. In *American Sociologia Review*, 5. 1940, *passim*.

os crimes de colarinho branco não são só deliberados, mas também organizados. A organização para o crime pode ser formal ou informal. As organizações formais para o crime das corporações se encontram, geralmente, na concorrência desleal, como demonstram os acordos de cavalheiros, os *pools*, muitas das práticas das associações de comércio, os acordos de patentes e os cartéis. A organização informal para os crimes das corporações consiste em obter consenso entre os homens de negócios, aqueles que, de comum acordo, defendem na aparência a livre concorrência e a livre iniciativa, mas que também consensualmente praticam a concorrência desleal. Eles não estão dispostos a suportar o fardo da concorrência nem a permitir que o sistema econômico se autorregule segundo as leis da oferta e da procura, mas a adotar o método de planejamento e manipulação industrial.⁹

Ao lado dessas categorias também existem as tipologias do crime ocupacional e do crime corporativo. No primeiro, encontra-se um número ao qual pertence as infrações cometidas pelo empregado ou dirigente fazendo-se valer das facilidades propiciadas pelo ambiente corporativo, como, por exemplo, furto de bens de propriedade da empresa, uso ilegal da rede de computadores, entre outras condutas que, em geral, ocorrem contra os interesses da organização. Note-se que esses comportamentos criminais podem coincidir ou divergir dos comportamentos ocupacionais desviantes, entendidos estes últimos como atividades anti-éticas, ou mesmo ilegais, mas que não constituem necessariamente ilícitos penais, como ingerir bebida alcoólica no trabalho.

Nesse sentido, com base em pesquisas criminológicas, Daniela Wilks afirma que a lista de comportamentos desviantes é longa, incluindo (1) mau uso de informação e fraude (revelar informação confidencial, falsificar dados e documentos); (2) mau uso de recursos (e.g., carro, equipamento) e tempo (e.g., perder tempo, usar o horário de trabalho para benefício próprio); (3) vandalismo, sabotagem e destruição da propriedade; (4) furtos e comportamento relacionados (e.g., furto de propriedade, pirataria de produtos, abuso de descontos e brindes); (5) desrespeito pelas regras de higiene e segurança; (6) diminuição de produção (qualidade e quantidade); (7) uso de álcool e outras drogas; agressões verbais (e.g., discutir com clientes e colegas, bullying); (8) ações físicas inapropriadas (e.g., atacar

9 SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime...*, cit., p. 282.

colegas, assédio sexual); (9) insubordinação (e.g., desobedecer, ignorar, não-cooperar); práticas disruptivas (e.g., esconder ou trocar chaves, trocar os sinais).¹⁰

O segundo tipo sob consideração é o crime corporativo ou empresarial, ou seja, aquele cometido por uma corporação ou um membro da corporação no interesse dessa última. Nesse sentido, Raymond Paternoster e Sally S. Simpson consideram que o crime corporativo (*corporate crime*) consiste em atos ilegais praticados por empresas ou seus representantes, empreendidos para se atingir determinados objetivos da organização.¹¹ Segundo, ainda, os Autores, tais atos podem violar normas civis, administrativas ou penais e, assim, abrangem uma variedade de comportamentos, como, por exemplo, (1) ações fraudulentas, (2) corrupção, (3) formação de cartel, (4) uso de informação privilegiada (*insider trading*), (5) violações dos direitos do trabalhador, consumidor, fornecedor, além de (6) concorrência desleal.¹²

Os crimes corporativos englobariam, ainda, outras condutas que, de alguma forma, envolveriam agências estatais, como, por exemplo, os chamados crimes de estado (*state crimes*), crimes corporativos estatais (*state-corporate crimes*) e crimes organizados estatais (*state-organized crimes*).¹³ Em que pese a atualidade e importância destas últimas tipologias, dar-se-á ênfase, nesse trabalho, a questão do crime corporativo, ainda que envolva relações com agentes do Estado.

4. CRIMES OCUPACIONAIS E CRIMES CORPORATIVOS

A noção do crime ocupacional tem particular relevância no que se refere ao desvio no ambiente corporativo. Trata-se da infração do empregado de uma organização, que abusa de sua posição de poder ou confiança para obter ganhos pessoais. O conceito se divide em três subcategorias:

10 WILKS, Daniela. *Comportamentos desviantes nas organizações: más pessoas vs más organizações*. In *Infrações Econômicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. Cruz, José Neves et al (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 238.

11 PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime*. In *Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 37.

12 *Idem, ibidem*.

13 HUISMAN, Wim, & VANDE WALLE, Gudrun. *The Criminology of corruption*. In G. de Graaf, P. von Maravic, & P. Wagenaar (Eds.), *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*. Leverkusen: Barbara Budrick Publishing, 2010, p. 124-126.

(1) o crime ocupacional propriamente dito, que envolve atividades ilegais cometidas para obtenção de ganho financeiro individual, no contexto de uma ocupação legítima; (2) o desvio ocupacional, que se refere à violação das regras relacionadas ao trabalho, como a perseguição ou assédio sexual contra outro empregado; e (3) o *workplace crime*, i.e., infração comum cometida no local de trabalho, mas não com ele necessariamente relacionado, como estupro ou homicídio.

Para o escopo do presente texto, tem-se que a primeira modalidade – crime ocupacional propriamente dito –, seria a de mais difícil verificação, uma vez que a conduta do indivíduo se mistura e se camufla com as atividades normalmente desenvolvidas pela corporação. As demais, ao contrário, destoam das práticas e objetivos normalmente adotados em um espaço empresarial. Ou seja, a prática de uma subtração no interior da empresa ou a falsificação de um atestado médico para justificar faltas não se confundiria com as atividades praticadas pelos empregados em nome ou em benefício da empresa.

Nesse contexto, a corrupção empresarial se apresenta como um crime ocupacional propriamente dito, uma vez que os motores da atuação do dirigente ou empregado são a obtenção de ganhos empresariais por meio de suas atividades laborais. Em razão desse elemento, é importante que se jogue luz sobre o espaço empresarial em que tais crimes são cometidos. Considerando que a função que exerce o sujeito é o meio pelo qual ele pratica sua conduta criminosa, seria possível dizer que as condições em que essa atividade laboral acontece têm relevância para a decisão de delinquir? Ou, ao contrário, seria possível afirmar que a atuação e motivação pessoal do indivíduo – como um “lobo solitário” – explicariam a conduta antissocial na sua totalidade?

Como se observa, cada vez mais os pesquisadores das infrações que ocorrem nas empresas consideram que, mesmo no crime ocupacional, embora o agente tenha uma responsabilidade pessoal, os papéis exercidos pela esfera social e organizacional – como a estrutura, cultura e estilo de liderança da organização – também seriam relevantes. Assim, embora a corrupção possa ser considerada uma infração ocupacional, não se deve ignorar a importância do papel da organização, pois o ilícito seria uma falha tanto individual como institucional. Dessa maneira, mesmo quando

a iniciativa criminosa parta do empregado ou dirigente, o contexto organizacional criaria oportunidades para o desvio.

Na prática, não é fácil distinguir claramente entre crime ocupacional e crime corporativo, considerando-se tão somente a natureza da conduta que favorece mais ou menos a organização. Em seu trabalho sobre corrupção policial, Maurice Punch discorre sobre *organizational deviance*, situação em que a organização encorajaria ou seria conivente com o comportamento desviante. Para o Autor, uma vez inseridos em organizações, as pessoas mudariam de identidade. A isso se agrega que pressões, racionalizações e oportunidades para o desvio sempre têm relação com a natureza social do trabalho, as diferentes culturas e a estrutura da organização.¹⁴

Dessa forma, Punch observou que a corrupção policial se trata de um fenômeno frequente que pode ocorrer de forma cíclica ou episódica, e sua persistência indicaria que não se trata de alguns indivíduos isolados, porque o corpo de policiais muda ao longo do tempo e os novos policiais em geral são motivados e tendentes a obedecer as leis. Sendo assim, o Autor se pergunta – o que faz um *good cop* se tornar um *bad cop*? Segundo ele, não é suficiente recorrer à metáfora corriqueira de que são algumas “maças podres” (policiais corruptos) que contaminam as “maças boas” (o restante da corporação) e que, portanto, se esses poucos indivíduos forem afastados, as maçãs podres não mais contaminarão as boas. Não é suficiente porque, no que se refere à corrupção policial, por exemplo, uma unidade quase inteira pode se tornar rotineira e sistematicamente corrupta, o que indicaria a existência não só de maçãs podres, mas do que ele chama de “barris ruins”, “pomares podres” – quicá toda uma “indústria de frutas contaminadas”. Punch sopesa as justificativas para essa questão e, dentre elas, uma que parece também explicar os crimes cometidos no meio corporativo – a pressão por ganhar a qualquer custo. Isso não seria possível seguindo-se todas as regras – “*you can’t make omelettes without breaking eggs*” –, especialmente considerando a desilusão com o sistema de justiça criminal (advogados, juízes, promotores etc), que acomete grande parte da instituição policial.¹⁵

Além desse aspecto, há claras demonstrações de encorajamento e conluio,

14 PUNCH, Maurice. *Police corruption: apples, barrels and orchads*. In https://www.researchgate.net/publication/238402056_Police_corruption_apples_barrels_and_orchards.

15 *Idem*.

senão, ao menos, de negligência ou cegueira deliberada dos estratos superiores da corporação em relação aos desvios praticados pelos indivíduos que compõem os estratos inferiores da força policial. O mesmo pode ocorrer – e ocorre com frequência – dentro de outras organizações públicas e, também, em organizações empresariais. Normalmente, isso se dá por meio de controles internos precários e mesmo hostilidade a qualquer tipo de controle. Em geral, nas instituições públicas, assim como na organização empresarial, a resposta rotineira é o banimento das “maças podres”, mais isto resultaria em pouco ou nenhum aprendizado para a instituição, até porque os superiores demonstram tolerar o desvio dentro da sua própria organização, se eximindo de qualquer responsabilidade (*accountability*).

É nesse ponto que o crime ocupacional se cruza com o crime corporativo. O primeiro, ainda que originalmente decorra de interesses particulares do indivíduo, somente se concretiza com a aceitação, ainda que tácita, da corporação, que dela também se beneficia.

5. EXPLICANDO A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Em sua extensa obra, Edwin Sutherland defendeu que o motivo pelo qual se infringe as leis seria o processo de associação diferencial. Segundo sua hipótese, o comportamento criminal, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no meio do grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas.¹⁶ Vale dizer, trata-se de um processo de aprendizado, em que o ato antissocial vai acontecer quando o peso das definições favoráveis ao crime exceder o peso das definições desfavoráveis, o que demanda uma série de pressupostos apresentados pelo Autor.¹⁷

16 Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. In *Inovações no Direito Penal Econômico*. — (Org.). Brasília: ESMPU, 2011, p. 111.

17 São eles: (1) O comportamento criminoso é aprendido. Isso significa que o comportamento criminal não é inato, mas sim adquirido. E, assim, uma pessoa que não é treinado no crime não inventa o comportamento criminal. (2) O comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas num processo de comunicação. Esse processo de comunicação é geralmente verbal, mas pode também ser gestual. (3) A parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre em grupos próximos e íntimos. (4) Quando o comportamento criminal é aprendido, a aprendizagem inclui (4.a) técnicas para cometer o crime que podem ser simples ou complexa; (4.b) a direção específica dos motivos, racionalizações e atitudes. (5) A direção específica dos motivos e objetivos é aprendida a partir das definições de códigos legais favoráveis ou desfavoráveis. Assim, em alguns contextos sociais os indivíduos relacionam-se com pessoas que

Segundo Adán Nieto Martín, a teoria da associação diferencial possui potencial explicativo para a criminalidade empresarial. Segundo ele, o foco dessa orientação situa-se no interior da corporação, ressaltando-se a importância do ambiente coletivo ao qual pertence o indivíduo na aparição da delinquência. Com efeito – leciona Nieto Martín –, considerando que a conduta desviada é fruto da aprendizagem, as pessoas que integram uma organização aprendem como cometer determinadas infrações e como justificá-las. Por essa razão, deixam de lado seus valores prévios, de acordo com os quais era impensável realizar determinados comportamentos.¹⁸

Além dos aportes teorizados por Sutherland, outras tentativas de explicar sistematicamente a criminalidade empresarial surgiram, podendo-se citar algumas orientações. A primeira, formulada por Donald Cressey, baseou-se na importância da corporação para o crime. Segundo ele, a sofisticação da organização, em termos de planejamento e execução de uma infração, seria crucial para a compreensão do fenômeno. Dessa maneira, o importante seria entender a organização empresarial e não os crimes por ela concretizados, uma vez que é o tipo de configuração que ela possui que irá determinar as modalidades de crimes que serão cometidos. Com isso, sublinha-se a importância de estratégias de prevenção, bem como sugere-se a adoção de penas mais severas quando o desvio é cometido por ocupantes dos cargos superiores.¹⁹

definem os códigos legais como regras para serem cumpridas, enquanto noutros contextos os indivíduos têm pessoas cujas definições são favoráveis a violação da lei. (6) Uma pessoa se torna delinquente devido a um excesso de definições favoráveis à violação da lei em relação a definições desfavoráveis a violação da lei. Na visão de Sutherland, esse é o princípio base da sua teoria, pois ressalta as forças que se contrabalançam. (7) As associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade. Dá-se ênfase a forma como as associações variam, visto não serem estancas. (8) O processo de aprendizagem do comportamento criminal por associação com padrões criminais e anticriminais envolve todos os mecanismos envolvidos em qualquer outro tipo de aprendizado. Isso significa que o aprendizado do comportamento criminoso não se restringe ao processo de imitação. Uma pessoa que é seduzida, por exemplo, aprende comportamento criminoso por associação, mas esse processo não seria normalmente descrito como imitação. (9) Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, não é explicado por essas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminal também é uma expressão das mesmas necessidades e valores. Por exemplo, ladrões geralmente roubam para a finalidade de obter dinheiro, mas da mesma forma trabalhadores honestos trabalham para a mesma finalidade de ganhar dinheiro. (Cf. SUTHERLAND, Edwin H. ; CRESSEY, Donald R. ; LUCKENBILL, David F. *Principles of Criminology*. 11th Ed. New York: General Hall, 1992, p. 88-90) .

18 Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción al Derecho Penal Económico e de la Empresa*. In *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Nieto Martín et al. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 48.

19 Apud ALBANESE, Jay. S. *Corporate criminology: Explaining deviance of business and political organizations*. Journal of Criminal Justice, Vol. 12, pp. 11-19. New York: Pergamon Press Ltd.,

Por sua vez, Mary McIntosh teorizou no sentido de que a abordagem do crime empresarial exigiria conceitos organizacionais – o crime se torna mais frequente conforme as oportunidades para delinquir, de um lado, e as técnicas de prevenção existentes, de outro. Quanto mais efetiva for a estratégia para prevenção de crimes, os criminosos precisam se tornar mais organizados para terem sucesso. Assim, a partir da compreensão das formas como as organizações lidam com os problemas da violação da lei, seria possível identificar as condições sociais nas quais o ilícito irá florescer. Contudo, parece que a técnica criminosa rapidamente alcança e supera o nível de eficiência das estratégias de controle social. Para Albanese, a única solução de enfrentamento que a teoria de McIntosh apresenta seria a melhora da tecnologia de aplicação da lei para o combate eficaz ao crime organizacional, impedindo-se ao mesmo tempo que as estratégias criminosas atingissem o mesmo patamar.²⁰

A seu turno, Dwight Smith elaborou uma teoria mais geral do comportamento criminoso corporativo, extensível a todas as formas de criminalidade. Smith parte da premissa de que o crime organizacional tem o mesmo fundamento do empreendimento empresarial em um mercado legítimo – ambos têm necessidade de manter e estender sua fatia do mercado. Dessa forma, um banqueiro e um agiota se dedicam ao mesmo negócio, separados somente pelo que se convencionou como taxa de juros legítima. Assim, o agiota atuaria em um espaço no qual há demanda de empréstimo de dinheiro que os bancos não podem ou não querem satisfazer, deixando potenciais clientes sem atendimento para as suas necessidades.²¹

Além dessas teorias, cumpre mencionar as técnicas de neutralização de culpa, apresentadas por Gresham M. Sykes e David Matza. Segundo eles, o ato delituoso ocorre porque os seus autores encontram um modo de racionalizar o sentimento de culpa decorrente de “violar as leis que eles acreditam”, justificando, assim, a superação das barreiras morais ou culturais que impediriam a prática da conduta delituosa.²² No caso dos crimes empresariais, as principais técnicas seriam (1) a negação da responsabilidade

1984, p. 14-17.

20 *Idem*, p. 17.

21 *Idem, ibidem*.

22 SYKES, Gresham M.; MATZA, David. *Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency*. In *American Sociological Review*. Vol. 22, n. 6, 1957, p. 664 e segs.

(“me vi obrigado a fazer, porque foi uma ordem dentro da empresa”, “era prática comum lá dentro”), (2) atribuir o dano a conduta da própria vítima (“os acidentes de trabalho ocorrem na maioria dos casos pela imprudência do trabalhador”), (3) a conveniência ou racionalidade de burlar a lei (“a pressão fiscal era excessiva e não nos permitia competir”) e (4) a apelação a lealdades superiores (“tinha que incrementar as vendas da empresa e, dessa forma, garantir o emprego de muita gente”).²³

Outra orientação criminológica para a delinquência empresarial pode ser haurida da teoria da escolha racional (*rational choyce theory*) proposta por Gary Stanley Becker, prêmio Nobel de 1992.²⁴ Segundo a sua construção, os criminosos, em geral, não possuem motivação radicalmente diferente das outras pessoas. Em outras palavras, Gary Becker sustentou que o comportamento delitivo seria “racional” – na linha de uma tradição de pensamento que remontaria, dois séculos antes, a Bentham e Beccaria.²⁵ Dessa feita, aquele Autor desenvolveu estudos no sentido de que a racionalidade aplicada à criminalidade significaria que pessoas físicas ou jurídicas delinquiriam devido ao potencial retorno financeiro ou outras recompensas advindas do fato delituoso, realizando-se, pois, um “cálculo que levaria em conta a probabilidade de ser pego e condenado, assim como a severidade da sanção”.²⁶ Cuida-se de teoria explicativa da criminalidade econômica, em especial os ilícitos cometidos pelas empresas, onde – nas palavras de Nieto Martín – existe toda uma infraestrutura que permite analisar custos e tomar decisões, deixando-se de lado considerações morais. Por outro lado – ainda na lição de Nieto Martín –, a psicologia social assinala que a atitude frente ao risco (aversão ao risco), é menor quando tomamos decisões em grupo, o que supõe que, no marco de uma corporação, se a conduta delitiva é assumida conjuntamente, resulta mais fácil que apareça como “racional” uma decisão favorável ao risco que ela implica.²⁷

23 Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción...*, cit. p. 42.

24 BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. The Journal of Political Economy 76: 169-217.

25 Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura do compliance*. In *Quaestio Iuris*. Vol. 10, n. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1039.

26 BECKER, Gary S. *Crime and Punishment...*, cit., p. 390.

27 NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción...*, cit. p. 44.

Sob outra vertente, há quem também procure explicar o crime como uma “escolha”, embora rejeitando a premissa de que se trataria de uma escolha “racional”. Assim, para Neal Shover, indivíduos e grupos optam por cometer ou não crimes dentro de padrões que resultam dos arranjos institucionais e econômicos dados. Mudanças nessas configurações podem alterar as opções disponíveis e influenciar a decisão de cometer crimes. Dentre as variáveis apontadas pelo Autor, estariam (1) a oferta de incentivo, no sentido de condições que tornam o cometimento do crime atrativo; (2) a quantidade de pessoas predispostas a explorar tais incentivos; (3) a existência de oportunidade de ganhos com riscos baixos e fiscalização, tanto interna (consciência) como externa (institucional).²⁸

Em uma organização empresarial figuram como variáveis que influenciariam a decisão de delinquir: (1) a pressão por performance; (2) uma cultura organizacional que facilita o crime; (3) sinais de que a obediência às leis não é uma prioridade; (4) a percepção sobre o poder da vigilância, tanto interna quanto externa, dentre outras. Na verdade, para Shover, embora seja verdade que algumas organizações são mais predispostas à delinquência, o próprio contexto empresarial seria um facilitador ou estímulo por si só. Isso porque, a dinâmica da tomada de decisões em um contexto hierarquizado, com responsabilidades difusas, dificultaria a fiscalização, aumentando a predisposição individual ao desvio.²⁹

Para Nieto Martín, o contexto organizacional em que ocorre o crime econômico torna a tomada de decisão ainda mais consciente e informada, motivo pelo qual a teoria da eleição racional de Gary Becker teria um alto rendimento explicativo na análise da delinquência econômica.³⁰ Muitos Autores, no entanto, embora admitam a utilidade destas leituras baseadas em custo e benefício e nas características pessoas de gestores e empregados de organizações empresariais, consideram que estas respondem apenas parcialmente à questão. Nessa linha, Saad Diniz propõe que se supere tais leituras que ele chama de “reducionistas”. Assim, uma vez que as pesquisas

28 SHOVER, Neal; HOCHSTETLER, Andy; ALALEHTO, Tage. *Choosing White-collar Crime*. In *The Oxford Handbook of Criminology Theory*. Oxford University Press: New York, 2013. P. 475-493.

29 *dem*, p. 483.

30 NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*. In *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. (Dir.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 55.

criminológicas teriam como função primordial, na opinião do Autor, servir como parâmetro para iniciativas de política criminal, sugere-se priorizar o controle social da empresa, informando novos padrões e encontrando evidências do comportamento corporativo prossocial³¹.

A estrutura hierárquica da organização também desempenharia um importante papel nas chances de uma empresa delinquir. Em primeiro lugar, a complexidade da organização pode contribuir para o desvio e a fraude, pela maior dificuldade de controle e por gerar uma responsabilidade difusa. A complexidade pode se dar em razão de dispersão geográfica, multiplicidade de níveis hierárquicos ou divisão de trabalho especializado. Empresas que se organizam sob o sistema de descentralização de funções em subunidades autônomas que, em teoria, teriam como vantagem uma maior capacidade de se adaptar às necessidades de expansão e mudança dentro das organizações, tendem a enfrentar maior risco de violar regras. Em multinacionais muito descentralizadas, as filiais podem se sentir afastadas da matriz, justificando que pratiquem corrupção localmente para satisfazer necessidades específicas ou para se adaptar a práticas do lugar. Essa autonomia, além de tornar mais complexos e custosos os controles internos, pode até mesmo acabar por reduzi-los, dificultando o conhecimento de ilegalidades cometidas nas subunidades.

6. CRIMES CORPORATIVOS E CORRUPÇÃO

Pode-se afirmar que a corrupção é um dos principais crimes cometido no âmbito de organizações empresariais. Dessa forma, vale a pena analisar se teorias que explicam os ilícitos econômicos podem também ser estendidas para as práticas corruptas empresariais. Estas teorias possuem, via de regra, três vertentes explicativas: (1) motivação; (2) oportunidade e (3) operacionalidade do controle social. Motivação compreende um número de construções simbólicas que definem certos tipos de objetivos e atividades como apropriadas e desejáveis e outras como não. Oportunidades implicam um potencial curso de ações possibilitadas por um conjunto

31 SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance na perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZAO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.167-191. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329641000_SAAD-DINIZ_Eduardo_Compliance_na_perspectiva_da_criminologia_economica.

particular de condições sociais, que foram incorporadas simbolicamente no repertório de possibilidades comportamentais do sujeito. Para crimes corporativos, elas abarcariam situações objetivamente dadas ou condições encontradas por funcionários que ofereceriam potencial atrativo de enriquecimento dos cofres da empresa ou de alavancar outros objetivos corporativos por meios criminosos. Operacionalidade de controle é o oposto de oportunidade – os controles formal e informal servem como restrições ao cometimento de crimes. Portanto, enquanto a motivação é uma construção subjetiva de desejos psicológicos, oportunidade e controle tem raízes em condições sociais objetivas³².

Essas variáveis operariam em diferentes estágios: desde o nível micro (indivíduos), passando pelo nível organizacional até o nível institucional, representado pelo ambiente econômico e regulatório. A respeito do nível institucional, muitos criminólogos atribuem um efeito criminógeno à “cultura da competição”, entendida como um complexo de valores e crenças particularmente forte em sistemas sociais baseados no capitalismo industrial, em que grande importância é dada ao sucesso e riqueza. O esforço por ganho pessoal é, assim, visto como positivo, bem assim a concorrência é considerada como algo que produz valor econômico para a sociedade como um todo.³³

Nesse sentido, a demanda por êxito e fortuna pode ser tida como etiológica. Contudo, ela não explica porque algumas organizações são mais propensas a praticar atos de corrupção do que outras, estando ambas inseridas em um mesmo contexto socioeconômico. Surge daí a necessidade de se analisar as características das organizações para, então, observar seus efeitos no nível dos indivíduos. No nível da organização, a tensão entre a busca pelo sucesso, pelo atendimento de certas metas e a falta dos meios lícitos para tanto pode levar à procura por alternativas ilegais, como a corrupção. Especialmente quando uma organização se vê diante de uma redução nas oportunidades para o lucro ou mesmo de risco de descontinuar suas operações, os responsáveis podem passar a buscar meios ilícitos para

32 HUISMAN, Wim; VANDE WALLE, Gudrun. *The Criminology of corruption*. In *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*. G. de Graaf, P. von Maravic, & P. Wagenaar (Eds.) Leverkusen: Barbara Budrick Publishing, 2010, p.130.

33 *Idem.*, p. 131.

reverter a situação, como, por exemplo, oferecendo propinas para fechar acordos comerciais ou bater a meta da firma.³⁴

O que torna esse fator especialmente relevante é que ele não surge apenas em organizações que operam na marginalidade, mas também em setores da economia formal que passam por reveses e até mesmo em empresas rentáveis, quando estas estabelecem metas tão altas que, para serem atingidas, demandam “soluções criativas”. Em geral quem sofre os efeitos dessa pressão, de forma mais incisiva, seriam os indivíduos que ocupam o *middle management* das organizações, ainda que as condutas ilegais sejam, na prática, cometidas pelos diversos setores empresariais. Cuida-se daquilo que Nieto Martín denomina de “deslizamento do risco”, ou seja, o poder de quem está na cúpula de uma organização de transmitir seus problemas e riscos para outrem. Isso porque – como dito por Nieto Martín –, a pressão que se exerce sobre a alta direção da empresa se transfere rapidamente para os escalões inferiores. Assim, esse deslocamento do risco e da responsabilidade, dos altos dirigentes aos quadros médios seria um dos traços mais característicos de qualquer organização, servindo, igualmente, para explicar a etiologia das condutas delitivas empresariais.³⁵

Todavia, há características específicas de algumas corporações, relacionadas com a cultura empresarial – abaixo pormenorizada –, que demonstram sua maior ou menor aptidão para burlar a lei. Nesse sentido, algumas corporações dão aos seus empregados incentivos para aumentar sua performance, e isso pode se tornar motivação para fraude quando se prioriza lucro no curto prazo. Ademais, certas empresas impõem taxas de crescimento não realísticas sobre seu pessoal. Metas inatingíveis costumam levar à percepção de que a corrupção ou o pagamento de propina é a única forma de atingi-las.

7. A VARIÁVEL INDIVIDUAL NO CRIME CORPORATIVO. LIDERANÇAS TÓXICAS OU NARCISISTAS

Embora, no passado, estudos criminológicos tenham procurado justificativas psicológicas ou biológicas para o comportamento do criminoso

34 HUISMAN, Wim, & VANDE WALLE, Gudrun. *Op. cit.*, p. 130.

35 NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción...*, cit. p. 44.

comum, os estudos baseados no perfil do criminoso econômico ainda são raros.³⁶ O “preconceito” na seara dos criminosos de alto escalão parece operar em seu favor. Em geral, eles são considerados pessoas normais que, em razão de influências presentes no meio organizacional ou no ambiente político e econômico, decidem delinquir. Como observado por James William Coleman, é geralmente aceito que fatores psicológicos não desempenhariam um papel significativo na gênese do crime do colarinho branco e que esses criminosos seriam, de fato, psicologicamente normais.³⁷

Ainda assim, alguns aspectos do comportamento desses indivíduos merecem ser analisados, a fim de que se possa ter uma maior compreensão do fenômeno do crime econômico e, em particular, da corrupção. Em primeiro lugar, o empregado ou membro de uma organização desviante passa por um processo de socialização do desvio, em que atividades antiéticas e ilegais parecem ser parte de uma rotina normal de trabalho, fazendo com que este passe também a considerar o desvio como “normal”. Para que o indivíduo consiga conviver com a dicotomia entre sua moral individual e os valores da organização, esta lhe fornece justificativas que tornam seu comportamento aceitável em determinadas circunstâncias. Ou seja, o crime de colarinho branco e, em particular a corrupção, seriam condutas aprendidas no grupo, assim como são assimiladas as motivações favoráveis ao desvio. Trata-se, portanto, das já mencionadas teorias da associação diferencial e da neutralização de culpa, mediante as quais atitudes relacionadas ao desvio são aprendidas, racionalizadas e passadas adiante.³⁸

36 Cf. a hipótese proposta por Eugene Soltes: “Se o crime de colarinho branco é punível com pena de prisão, e os seus condenados são considerados ‘párias sociais’, por que as pessoas em posição de riqueza e privilégio arriscariam tudo para cometer tal crime?” (SOLTES, Eugene. *Why they do it? Inside the mind of the white-collar criminal*. New York: PublicAffairs, 2016, p. 44).

37 COLEMAN, James W. *Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime*. In *American Journal of Sociology*. V. 93, n. 2. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, pp. 406-439. In: <https://www.jstor.org/stable/2779590>.

38 A fim de superar suas barreiras morais e tornar seus desvios aceitáveis não somente pelos outros mas por eles mesmos, os criminosos econômicos em geral abraçam as já mencionadas técnicas de neutralização, negando a seriedade da ofensa ou a culpa do ofensor. Assim, negam que seu comportamento tenha resultado em algum dano, justificam que merecem o ganho, culpam as leis por serem injustas ou desnecessárias, argumentam que suas ações são movidas por objetivos superiores ou pelas expectativas de terceiros ou, ainda, transferem responsabilidade para os outros. (Cf. STADLER, William A; BENSON, Michael L. *Revisiting the Guilty Mind: The Neutralization of White-Collar Crime*. In *Criminal Justice Review*. <http://citeserx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1004.3609&rep=rep1&type=pdf>, p. 495- 496).

No que diz respeito à estrutura, a hierarquia entre os membros da organização e a forma como a liderança é exercida são também importantes elementos que se relacionam ao crime corporativo de várias formas. Em muitos casos, em razão de elementos de caráter narcisístico, os líderes das organizações percebem as regras como aplicáveis somente aos outros e não a eles. Como dito por Judith van Erp, traços de personalidade narcisista em líderes corporativos também foram empiricamente associados a crimes corporativos. Isso porque, como os líderes narcisistas demonstram excesso de confiança e apetite pelo risco — bem como falta de empatia e responsabilidade social —, eles podem estabelecer metas impossíveis ou se envolver em práticas ilegais, quando as práticas legais para atingir as metas são insuficientes. Além disso, um *celebrity* ou *superstar CEO* pode perceber a organização como uma extensão de si mesmo. Essa identificação organizacional pode levar a empresa a rejeitar a cautela e contratar empregados competitivos, que assumam riscos que podem chegar a atos antissociais. Assim, pessoas supervaidosas podem degradar uma liderança sadia, estimulando a violação de normas éticas ou legais, por intermédio do abuso da relação vertical nas organizações.³⁹

Por outro lado, como a hierarquia envolve autoridade, controle e obediência, o líder tem um importante papel ao influenciar o subordinado a desconsiderar sua responsabilidade social e participar de um crime organizacional. Por parte do empregado, pode não ocorrer, necessariamente, uma “obediência cega”, mas, sim, um processo de sedução ou de engajamento para com os ideias daquela liderança. Isso quer dizer que o subordinado pode vir a se identificar com a causa do seu líder, acreditando na virtude de suas ações. No limite, essa identificação exagerada pode ser explorada pela organização, surgindo assim uma “relação tóxica” que compromete a capacidade de tomar decisões de forma independente, uma vez que o indivíduo persegue o que ele observa ser o interesse da organização⁴⁰.

39 VAN ERP, Judith. *The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences*. Adm. Sci. 2018. V. 8, 3. In: <https://www.mdpi.com/2076-3387/8/3/36>.

40 *Idem, ibidem*.

8. FATORES EXTERNOS DA CORRUPÇÃO EMPRESARIAL

No que se refere especificamente ao fenômeno da corrupção empresarial, além dos aspectos já analisados — referentes aos crimes econômicos —, algumas explicações derivam de fatores políticos, judiciais e governamentais. Entre os dois primeiros, estão o ambiente democrático e a estabilidade política do país, bem como a eficiência ou não do sistema judicial. Dessa forma, acredita-se que a corrupção tem relação inversa com a democracia política. Isto porque as exigências democráticas promoveriam a competição em nível político, exigindo transparência das instituições e possibilitando uma maior regulação sobre a corrupção, por parte de empresas e cidadãos, inibindo-a. Em uma democracia, a liberdade de associação em grupos de interesse, bem como a liberdade de expressão e de imprensa estimulariam o monitoramento das autoridades e exposição pública de condutas ímprobas. Com isso, prevalece a percepção de que a corrupção em países democráticos apresenta-se menor do que em países não democráticos ou de democracia tardia.⁴¹

Ademais, tem-se que o sistema judicial exerce um importante papel de controle da corrupção. Um sistema judicial sólido, eficiente e confiável — com garantias ao cumprimento de contratos e ao direito de propriedade — ajudaria a promover um ambiente de estabilidade que permite o desenvolvimento regular da atividade econômica. Em um cenário instável e de desconfiança das instituições, as corporações podem buscar mecanismos escusos para contornar as dificuldades encontradas, uma vez que acreditam que o sistema judicial não lhes dá garantia de que será capaz de resolver eficiente e rapidamente eventuais conflitos de interesse. Por outro lado, um sistema legal complexo e de difícil cumprimento tenderia a levar as empresas a burlar normas de cumprimento, buscando meios “alternativos” de fazer negócios à margem da lei.⁴²

Sob outra vertente, o índice de corrupção teria relação com o grau de intervenção governamental na economia. Assim, o excesso de regulação aliado a um alto nível de discricionariedade na sua aplicação levaria as empresas a aceitarem pagar propinas para agentes públicos, como o objetivo de obter

41 RANA, Maria Paola. *Organized Crime and Corruption: a theoretical and empirical analysis*. Tese (Doutorado em Economia). Università degli Studi di Cagliari, 2013, p. 14

42 *Idem*, p. 15.

não somente privilégios como até mesmo serviços que deveriam ser naturalmente prestados pela administração pública, sem qualquer contrapartida. A complexidade e a falta de transparência das regras são também apontados como fatores que contribuiriam para a corrupção, especialmente no que se refere a excessiva carga tributária, chegando alguns estudiosos a suspeitar que a concessão de isenções fiscais seriam manipuladas para favorecer determinadas corporações que viessem a dar ou prometer vantagem indevida para os governantes.

Não se ignora existir quem sustente que “algum nível” de corrupção poderia ser desejável, uma vez que ela atuaria como uma espécie de óleo que lubrificaria o motor do crescimento econômico. Essa corrente sugere que o pagamento de dinheiro escuso aos burocratas os induziria a prover serviços públicos de forma mais rápida e eficiente, dando mais flexibilidade aos empreendedores para contornar regulações desnecessárias.⁴³ No entanto, prevalece no pensamento acadêmico o entendimento de que a corrupção gera efeitos adversos que corroem o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável no longo prazo. Para essa posição, que tem a seu favor uma gama de estudos empíricos, a corrupção faz reduzir o investimento, desvia recursos governamentais de saúde, educação e outros serviços essenciais, bem como diminui a produtividade e a qualidade da administração pública, além de outros efeitos socialmente deletérios, como bem exposto por Vito Tanzi. A propósito, este Autor lista algumas fontes de corrupção relacionadas às políticas governamentais, geralmente encontradas na literatura — restrições ao comércio, subsídios, discricionariedade de atuação dos agentes públicos sobre decisões relacionadas a gastos públicos e uso de bens públicos, controles de preços, abusos em processos de privatização de empresas públicas e financiamento privado de campanhas políticas.⁴⁴

43 LEFF, Nathaniel H. *Economic Development through Bureaucratic Corruption*. The American Behavioral Scientist, 1964, pp. 8-14. In: <https://doi.org/10.1177/000276426400800303>

44 TANZI, Vito. *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd, 2000, p. 97-112. Sobre as principais consequências do fenômeno da corrupção: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais*. In *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Japiassú, Carlos Eduardo A. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8-12.

9. FATORES INTERNOS. A CULTURA CORPORATIVA

Além dos aspectos já sublinhados, questões culturais podem influenciar os níveis de práticas corruptas em uma determinada empresa. Assim, condutas consideradas formas de corrupção em determinados contextos podem não ser em outros, o que gera dificuldade para a própria definição do que é corrupção empresarial. No Brasil, por exemplo, a corrupção é comumente entendida como resultado de tradições culturais, como a ausência de uma separação clara entre o âmbito público e o privado, com o consequente abuso de funções públicas para fins pessoais. Além disso, as práticas informais conhecidas em geral como “jeitinho brasileiro” são usualmente relacionadas a uma maior tolerância com a corrupção em sentido amplo⁴⁵.

Outra questão cultural bastante mencionada é a constatação de que muitas pessoas que estão nos cargos de cúpula das administrações públicas já foram integrantes (executivos, economistas, advogados) ou mantiveram relações estreitas com corporações privadas, particularidade que protegeria tais pessoas de serem rotuladas como “criminosas” pelas agências estatais de controle. Essa visão repercutiria também nos casos de corrupção, pois enquanto algumas formas de abuso de poder para obtenção de lucros privados são consideradas corruptas, outras que podem ter o mesmo risco de causar danos são consideradas aceitáveis — como o lobby — e acabam sendo normatizadas de forma a favorecer aquele que a exerce, em razão de sua posição dominante no processo regulatório. Esse fenômeno é muitas vezes chamado de *regulatory capture*. Outro fator cultural existente, e que também coloca em perigo a relação das empresas com as agências reguladoras é o chamado *revolving door*, algo como um mecanismo em que indivíduos mudam de cargos entre agências regulatórias e posições executivas (em companhias sujeitas a fiscalização, e atuam buscando interesses privados.⁴⁶

Ainda no que diz respeito a fatores culturais, outros aspectos teriam influência sobre o nível de corrupção numa organização. A cultura corporativa dita como a empresa é gerida e como as pessoas são promovidas. São

45 POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana pp 10,11.

46 HUISMAN, Wim; VANDE WALLE, Gudrun. *The Criminology of corruption*. In G. de Graaf, P. von Maravic, & P. Wagenaar (Eds.), *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*. Leverkusen: Barbara Budrick Publishing, 2010, p. 122.

os valores implícitos, atitudes e formas de fazer as coisas que prevalecem em uma empresa e, com frequência, reflete a personalidade, filosofia e o panorama étnico-cultural do fundador ou líder. Sobre o assunto, Paul Wong identifica cinco tipos diferentes de culturas corporativas que ele chama de “tóxicas”, as quais impactam negativamente na organização: cultura hierárquica autoritária; cultura conflitiva competitiva; cultura de *laissez-faire*; cultura corrupta desonesta; e cultura tradicional rígida.⁴⁷

Embora todas essas práticas criem defuncionalidades dentro da organização, somente na cultura corrupta desonesta a corrupção é, necessariamente, a ética principal da empresa; nas demais, a corrupção pode ser apenas um subproduto da sua cultura. Isso porque em culturas tóxicas focadas em ganância, poder e lucro com pouca consideração a questões legais e à ética, a aceitação da corrupção acaba por penetrar em todos os níveis da organização. Paul Wong cita a Enron como exemplo de organização que adotou diferentes culturas tóxicas. A falta de regulação e controle de comportamentos e práticas levou a uma cultura de busca do interesse e lucro próprio, onde contabilidade “criativa” e relatórios de lucros fraudados eram vistos como aceitáveis, sendo até os interesses dos *shareholders* considerados secundários. Transações e decisões impróprias eram aprovadas em todos os níveis. Enquanto a cultura principal era de desonestidade, atuava como fator secundário uma cultura hierárquica autoritária onde as práticas gerenciais não eram questionadas, e, ainda, uma cultura de *laissez faire*, em que se admitia “desculpas” para atos questionáveis. Ou seja, considerações éticas eram ignoradas pela organização como um todo, na busca por lucro.⁴⁸

Cumprir notar, ainda, que a cultura de uma organização não floresce em um ambiente de neutralidade. Fatores culturais externos também atuam sobre a cultura da organização, como o Governo, pois se os *policymakers* operam em uma cultura de corrupção, influenciando negativamente a já mencionada confiança generalizada nas instituições, as organizações que procuram fazer negócios com essas administrações tendem a aceitar conviver com aquela cultura a fim de ter sucesso em seus negócios.⁴⁹

47 WONG, P. T. P. *Lessons from the Enron debacle – Corporate culture matters*. In Nasreen Taher (Ed.). *Organizational culture: An introduction*. Hyderabad, India: ICFAI University Press, 2005, p.180-192. Disponível em: http://www.meaning.ca/archives/archive/art_lessons-from-enron_P_Wong.htm.

48 WONG, P. T. P. *Op. cit.* p.180-192.

49 BAMAUNG, David; CUDDIHY, John. *Corruption: the exposure and exploitation of human vulnerabilities*. In *Corruption in Commercial Enterprise: Law, Theory, and Practice*. Campbell, Liz;

10. A EMPRESA COMO CURA. PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Como visto ao longo da exposição, embora crimes corporativos sejam, em última instância, materializados por membros individuais de uma organização, eles têm raízes estruturais, uma vez que o contexto organizacional em que acontecem exerce um papel relevante, tornando-os possíveis e, até mesmo, “justificando-os”. Sendo assim, as decisões da empresa são mais do que a soma de escolhas e ações individuais, e as organizações são mais do que simplesmente o ambiente em que ações pessoais acontecem. Como dito por Ronald Kramer, crimes corporativos são crimes organizacionais, e sua compreensão requer uma análise ao nível organizacional.⁵⁰ Diante disso, ao se estudar, por exemplo, a corrupção empresarial, deve-se ter como foco principal a disfunção organizacional e o comportamento antissocial ou desvio da corporação — aquilo que Diane Vaughan denomina *dark side of the organization* —, o que contribui de forma importante para a sua compreensão e elaboração de estratégias de prevenção.⁵¹

Portanto, dentre os diversos fatores apontados ao longo do texto para o desvio no ambiente corporativo, aqueles relacionados com a sua organização e administração, bem assim a forma de liderança, gerenciamento e cultura organizacional, têm sido considerados como decisivos sob a perspectiva etiológica. Com efeito, são as organizações que dão aos indivíduos cargos, incentivos, redes de relacionamento, regras, rotinas, percepções, crenças que constroem oportunidades para o cometimento de infrações. Assim, tais caracteres podem explicar como comportamentos desviantes nas organizações são definidos, percebidos, normalizados, planejados e facilitados. Por outro lado — por paradoxal que possa parecer —, esses mesmos fatores podem ser direcionados para o controle e prevenção do ilícito. Nesse contexto, embora alguns afirmem que todas as organizações seriam patologicamente dispostas a “violiar a lei” no interesse de maximização de lucros, tem-se que isso não se constitui uma verdade absoluta.⁵²

Lord, Nicholas. New York: Routledge, 2018, p. 114.

50 KRAMER, Ronald C. *Corporate Crime: An Organizational Perspective*. In *White-Collar and Economic Crime: Multidisciplinary and Cross-National Perspectives*. Dailey, Timothy; Wickman, Peter. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 75-85.

51 VAUGHAN, Diane. *The Dark Side of Organizations: Mistakes, Misconduct, and Disaster*. In *Ann. Rev. Sociol.* Vol. 25, 1999, p. 271. Disponível: www.annualreviews.org.

52 TOMBS, S.; WHYTE, D. *Counterblast: Challenging the Corporation/Challenging the State*. The Howard Journal of Criminal Justice, 54(1), 2015, pp. 91-95.

Sendo assim, na linha do lecionado por Judith van Erp, tem-se que — em termos criminológicos — a corporação pode ser a *causa*, mas ela também pode também a ser a *cura* para o crime corporativo, oferecendo importantes oportunidades para prevenção, por meio de uma gama de sistemas formais e informais de controle social e administrativo que operam dentro da organização.⁵³ E é aqui que entram as estratégias dos programas de *compliance*. Embora venham sofrendo variadas críticas quanto à sua forma e até mesmo quanto à sua eficácia, programas e políticas de *compliance*, ética e integridade têm sido utilizados como importantes ferramentas nesse sentido.⁵⁴

Como se tentou descortinar nesse trabalho, a cultura organizacional tem papel de destaque para a ocorrência de crimes corporativos. Diante disso, é possível se concluir que os sistemas de controle formais não podem atuar sozinhos; a eles deve-se somar a busca pelo desenvolvimento de uma verdadeira cultura de integridade que seja compartilhada por todos, a partir da cúpula da instituição. Trata-se de transformar culturas tóxicas ou criminógenas em culturas saudáveis. São culturas organizacionais saudáveis — ou desintoxicadas —, dentre outras, as que estão abertas a inovações; que se ajustam a mudanças nas condições de mercado; que encorajam o desenvolvimento de seus funcionários; aquelas cuja liderança personifica os objetivos da organização, de forma que haja visões, valores e propósitos comuns conhecidos e compartilhados por todos; culturas orientadas pelo senso de comunidade e cooperação em que todos os funcionários são tratados como membros valiosos da organização; e, por fim — mas não menos importante —, aquelas em que há uma genuína atenção a cada membro, de forma que todos possam desenvolver suas potencialidades pessoal e profissionalmente.⁵⁵

A percepção otimista da corporação poder ser a cura de infrações econômicas, nelas incluídas a corrupção empresarial, também é defendida por Christine Parker. Para a Autora, sendo a organização empresarial uma en-

53 VAN ERP, Judith. *The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences*. Adm. Sci. V. 8,3, 2018 In: <https://www.mdpi.com/2076-3387/8/3/36>.

54 Sobre as dificuldades de mensurar a eficácia dos programas de *compliance*: SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. *Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los*. In Harvard Business Review. Disponível: <https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corriger/>.

55 WONG, Paul T. P. *Op. cit.*, p. 190.

tidade com seus próprios mecanismos de regulação, ela também tem uma moral própria. Assim — nas palavras de Parker — ao invés de procurar “levantar o véu” da corporação, desconsiderando sua personalidade jurídica, para responsabilizar os indivíduos que a compõem, cumpre assegurar que a própria organização se autorregule, de forma que valores sociais favoráveis venham a permear as suas atividades. A organização empresarial tem capacidade natural para gerir sua própria responsabilidade social, da mesma forma que a ética empresarial se sobrepõe a disseminadas técnicas de neutralização de culpa ou associações diferenciais de membros onde os fins de lucro justifiquem os meios ilícitos para alcançá-lo. Assim, para Parker, as organizações podem ser persuadidas a fazer o certo, uma vez que é do seu interesse manter sua legitimidade, evitando, por exemplo, uma publicidade negativa ou um escândalo de corrupção.⁵⁶

Em síntese, tem-se que as corporações devem ser estimuladas a adotar — de forma cada vez mais intensa —, programas de *compliance* e códigos de ética que tenham por objetivo primordial a prevenção de crimes empresariais, promovendo um ambiente organizacional que valorize a integridade e que consinta seus integrantes a agir em consonância com esses ideais. Acredita-se que esse é o melhor caminho para evitar a deletéria prática da corrupção empresarial, estabelecendo-se — a partir de mudanças do setor privado — uma nova, saudável e eficaz relação entre corporações e o poder público, com resultados positivos para toda a Sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, Jay. S. *Corporate criminology: Explaining deviance of business and political organizations*. In *Journal of Criminal Justice*, Vol. 12, pp. 11-19. New York: Pergamon Press Ltd., 1984
- BAMAUNG, David; CUDDIHY, John. *Corruption: the exposure and exploitation of human vulnerabilities*. In *Corruption in Commercial Enterprise: Law, Theory, and Practice*. Campbell, Liz; Lord, Nicholas. New York: Routledge, 2018.
- BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *The Journal of Political Economy* 76.

56 PARKER, Christine. *The open Corporation: effective self-regulation and democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002, p. 28 e ss.

- BONGER, Williem Adriaan. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Mass & Van Suchtelen, 1905.
- COLEMAN, James W. *Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime*. In *American Journal of Sociology*. V. 93, n. 2. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, pp. 406-439. In: <https://www.jstor.org/stable/2779590>.
- DeLISI, Matt; VAUGHN, Michael G. *Correlates of Crime*. In *The Handbook of Criminological Theory*. Piquero, Alex R. (Ed.). Chichester: Wiley Blackwell, 2016.
- FIJNAUT, Cyrille; BOVENKERK, Frank; BRUINSMA, Gerben; BUNT, Henk van de. *Organized Crime in the Netherlands*. 1 ed. The Hague: Springer 1998.
- HUISMAN, Wim, & VANDE WALLE, Gudrun. *The Criminology of corruption*. In G. de Graaf, P. von Maravic, & P. Wagenaar (Eds.), *The Good Cause: Theoretical Perspectives on Corruption*. Leverkusen: Barbara Budrick Publishing, 2010.
- KRAMER, Ronald C. *Corporate Crime: An Organizational Perspective*. In *White-Collar and Economic Crime: Multidisciplinary and Cross-National Perspectives*. Dailey, Timothy; Wickman, Peter. Lexington: Lexington Books, 1982.
- LEFF, Nathaniel H. *Economic Development through Bureaucratic Corruption*. *The American Behavioral Scientist*, 1964, pp. 8-14. In: <https://doi.org/10.1177/000276426400800303>
- LYRA, Roberto. *Economia e crime*. Rio de Janeiro: Rodrigues & Cia., 1933.
- NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*. In *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. (Dir.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán. *Introducción al Derecho Penal Económico e de la Empresa*. In *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Nieto Martín *et al.* Madrid: Editorial Dykinson, 2018.
- PARKER, Christine. *The open Corporation: effective self-regulation and democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime*. In *Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008.
- POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. *Corruption and Democracy in Brazil. The struggle for accountability*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana.
- PUNCH, Maurice. *Police corruption: apples, barrels and orchads*. In https://www.researchgate.net/publication/238402056_Police_corruption_apples_barrels_and_orchads.

- RANA, Maria Paola. *Organized Crime and Corruption: a theoretical and empirical analysis*. Tese (Doutorado em Economia). Università degli Studi di Cagliari, 2013.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance na perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZAO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.167-191. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329641000_SAAD-
- SHOVER, Neal; HOCHSTETLER, Andy; ALALEHTO, Tage. *Choosing White-collar Crime*. In *The Oxford Handbook of Criminology Theory*. Oxford University Press: New York, 2013.
- SOLTES, Eugene. *Why they do it? Inside the mind of the white-collar criminal*. New York: PublicAffairs, 2016.
- SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. *Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los*. In *Harvard Business Review*. Disponível: <https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corriger/>.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais*. In *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Japiassú, Carlos Eduardo A. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da Criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. In *Inovações no Direito Penal Econômico*. — (Org.). Brasília: ESMPU, 2011.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura do compliance*. In *Quaestio Iuris*. Vol. 10, n. 02, Rio de Janeiro, 2017.
- STADLER, William A; BENSON, Michael L. *Revisiting the Guilty Mind: The Neutralization of White-Collar Crime*. In *Criminal Justice Review*. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1004.3609&rep=rep1&type=pdf>.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*. New York: Dryden, 1949.
- SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Criminality*. In *American Sociologia Review*, 5. 1940.
- SUTHERLAND, Edwin H. ; CRESSEY, Donald R. ; LUCKENBILL, David F. *Principles of Criminology*. 11th Ed. New York: General Hall, 1992.
- SYKES, Gresham M.; MATZA, David. *Techniques of Neutralization: A theory of Delinquency*. In *American Sociological Review*. Vol. 22, n. 6, 1957.

- TANZI, Vito. *Policies, Institutions and the Dark Side of Economics*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd, 2000.
- TOMBS, S.; WHYTE, D. *Counterblast: Challenging the Corporation/Challenging the State*. *The Howard Journal of Criminal Justice*, 54(1), 2015.
- VAN ERP, Judith. *The Organization of Corporate Crime: Introduction to Special Issue of Administrative Sciences*. *Rev. Adm. Sci.* 2018, v. 8, 3. In: <https://www.mdpi.com/2076-3387/8/3/36>.
- VAUGHAN, Diane. *The Dark Side of Organizations: Mistakes, Misconduct, and Disaster*. In *Annu. Rev. Sociol.* Vol. 25, 1999, p. 271. Disponível: www.annualreviews.org.
- WILKS, Daniela. *Comportamentos desviantes nas organizações: más pessoas vs más organizações*. In *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. Cruz, José Neves *et al* (Coord.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- WONG, P. T. P. *Lessons from the Enron debacle – Corporate culture matters*. In Nasreen Taher (Ed.). *Organizational culture: An introduction*. Hyderabad, India: ICFAI University Press, 2005.

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS E DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Carlos Eduardo A. Japiassú

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal, como, de resto, o mundo, sofreu profundas transformações com a queda do muro de Berlim (1989), e fim da bipolaridade que marcou as relações internacionais entre após o final da Segunda Guerra Mundial.

Passou-se a assistir um incremento da do fenômeno de internacionalização do Direito Penal, como nunca antes ocorreu.

Este processo pode ser caracterizado a partir de duas grandes linhas mestras.

A primeira delas seria a criminalização dos conflitos armados e das graves violações dos direitos humanos.

Em paralelo, são encontráveis uma série de documentos relativos à repressão das atividades criminais organizadas.

No primeiro caso, assistiu-se ao surgimento de Tribunais Penais Internacionais, seja na modalidade *ad hoc* (como no caso de Ruanda e Antiga Iugoslávia), tribunais mistos (como nos casos da Corte Especial de Camboja, da Corte Especial de Serra Leoa e da Corte Especial de Timor Leste) e, sobretudo, com o permanente Tribunal Penal Internacional (TPI).

Ao lado disso, observa-se uma série de iniciativas internacionais em matéria relacionada com a atividade criminosa organizada, que seria a expressão do mundo globalizada.

Assim, podem ser destacadas a repressão, na esfera internacional, da criminalidade organizada transnacional, da lavagem de dinheiro, da corrupção e, genericamente, dos crimes transfronteiriços, como os diversos tráficos internacionais

O tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas geralmente tem sido debatido, no que se refere ao direito penal internacional, a partir dos crimes transnacionais.

Aqui, no entanto, pretende-se apresentar o estado da discussão no que se refere aos crimes internacionais em sentido estrito, as chamadas atrocidades ou graves violações aos direitos humanos e ao direito humanitário, verificando sua pertinência ou não.

Para tanto, inicialmente, apresentar-se-ão os crimes internacionais e sua classificação, para estabelecer qual o objeto da presente análise. A seguir, serão examinados os fundamentos da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, para, adiante, apresentar o estado da discussão do tema no direito penal internacional.

2. CRIMES INTERNACIONAIS

Inicialmente, cumpre estabelecer o que se entende por Direito Penal Internacional, que é o ramo do Direito que define os crimes internacionais, próprios ou impróprios, as regras relativas à aplicação territorial e extraterritorial do Direito Penal, a imunidade de pessoas especialmente protegidas, a cooperação penal internacional em todos os seus níveis, as extradições, as transferências de condenados entre países, a determinação da forma e dos limites de execução de sentença penal estrangeira, a existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais, bem como as demais questões jurídicas que envolvam a imputação criminal de fatos que possam surgir no plano internacional.¹

1 Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio: Lumen Juris, 2004, p. 17. A concepção ampla do Direito Penal Internacional abrange, com certeza, o chamado Direito Internacional Penal, isto é, os aspectos penais concernentes ao Direito Internacional. Na verdade, deve-se superar a dicotomia (“Direito Penal Internacional” e “Direito Internacional Penal”) ante a duvidosa praticidade dessa classificação, bem como a ausência de contornos claros de separação entre as duas disciplinas, o que recomenda, pois, a unificação metodológica de todos esses institutos jurídicos. A própria entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto reúne normas de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito de Execução Penal, Direito Internacional Público, dentre outros ramos, aconselha esta visão unitária sob o império da expressão “Direito Penal Internacional”. Nesse sentido, autores contemporâneos, como Bassiouni, Lombois e Koering-Joulin também adotam a terminologia “Direito Penal Internacional”. Sobre o assunto, Alicia Gil Gil assinala que o conceito de Direito Penal Internacional deve partir – tal como ocorre com o Direito Penal – do referencial do “bem jurídico a ser objeto de proteção”, quais sejam, os bens vitais que constituam a ordem internacional, passíveis de sofrer as mais graves formas de agressão. Em suma, a paz e a segurança internacional são os autênticos bens jurídicos internacionais e os principais objetos de proteção do Direito Penal Internacional. (GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional*. Madri: Tecnos, 1999, p. 29).

A noção de crime internacional não é fácil de ser estabelecida, havendo uma certa ambiguidade conceitual².

Schabas³ sustenta que o conceito de crime internacional tem sido tratado há séculos, já que se referia a delitos cuja repressão possuía uma certa dimensão internacional. Historicamente, talvez o mais exemplo tenha sido o da pirataria cometida em alto-mar. Essa espécie de crime necessitava, para ser objeto de processo e julgamento, necessitava de regras de jurisdição especiais e, sobretudo, de cooperação entre Estados. Como outros exemplos de infrações penais que possuem essas necessidades específicas, pode-se mencionar o tráfico de escravos, o tráfico de mulheres e de crianças, tráficos de entorpecentes, o apoderamento ilícito de aeronaves, o terrorismo e a lavagem de dinheiro.⁴

Já Cassese,⁵ por sua vez, menciona que crimes internacionais seriam as violações graves às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade Penal Internacional individual e, assim, diferenciam-se dos casos de responsabilidade dos Estados, dentro dos quais os indivíduos atuam. Considera, ainda, este autor que o conceito de crimes internacionais precisa, necessariamente, conter cumulativamente os seguintes elementos: violações do direito consuetudinário internacional, bem como de tratados internacionais; regras que pretendam proteger valores considerados importantes pelo conjunto da comunidade internacional e, conseqüentemente, afetem todos os Estados e indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.

Dessa maneira, considera que seriam crimes internacionais somente as seguintes figuras delitivas: crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura, agressão e algumas formas extremas de terrorismo

2 VERHAEGEN, Jacques. *Les crimes internationaux et le droit pénal interne*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 60, nºs 1/2, Toulouse: Èrès, 1989, p. 127.

3 SCHABAS, William A.. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 21.

4 *Idem, ibidem*.

5 CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.

(quando patrocinado pelo Estado ou, ao menos, tolerado por este).⁶

A expressão - crimes internacionais - pode ser tomada em, pelo menos, dois sentidos.

Diferentemente, Sorin Moisescu e Dorin Sabau⁷ afirmam que, no pensamento jurídico-penal romeno, a expressão adequada, ao invés de crime internacional, seria infração internacional. Esta consistiria em uma ação ou omissão contrárias ao direito internacional, cujo elemento essencial residiria em um evidente perigo à paz e à segurança internacional, as bases para a coabitação pacífica entre os Estados.

Esses autores também entendem haver duas classificações. Uma primeira referente aos crimes cometidos pelos representantes do Estado, que ofenderiam a ordem, a legalidade e a segurança internacional. Assim, seriam infrações internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Haveria, ainda, uma outra classificação que compreenderia as infrações internacionais cometidas por particulares, que seriam, por exemplo, a pirataria, o tráfico internacional de entorpecentes e falsificação de moeda. Assim, enquanto a primeira categoria teria, fundamentalmente, objetivos políticos, na segunda tal fato não ocorreria.

Outra questão que é mencionada é a da função precípua do direito, mais especificamente, do Direito Penal e, também, do Direito Penal Internacional, a proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade, das condições básicas para a realização pessoal de cada um dos indivíduos que a compõem.

A intervenção do Direito Penal deve, em regra, respeitar os limites dos princípios da legalidade e da proteção dos bens jurídicos,⁸ sob pena de sua aplicação tornar-se odiosa.

6 CASSESE, *op. cit.*, p. 24.

7 MOISESCU, Sorin; SABAU, Dorin. *Quelques considerations au sujet des crimes internationaux et le droit penal roumain*. Trabalho apresentado na "International Experts Conference on International Criminal Justice: Historic and Contemporary Perspectives", Siracusa: ISISC, 1994, (não publicado), p. 5.

8 Sobre a questão da proteção de bens jurídicos no Direito Penal e a controvérsia a esse respeito, vide GRECO, Luis. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v 12, fascículo 49, São Paulo: RT, p. 89-147.

Quanto ao Direito Penal Internacional, Alicia Gil Gil⁹ sustenta que existem delitos que violam bens jurídicos individuais, como a vida humana e a liberdade, e outros que ofendem bens jurídicos que fazem referência ao funcionamento do sistema. Em relação a esses últimos, também faz a seguinte distinção:

Há bens jurídicos coletivos que fazem a referência às circunstâncias indispensáveis para o desenvolvimento real e eficaz dos bens individuais. Entre eles, estariam a paz internacional, a existência de determinados grupos humanos ou o meio ambiente.

Da mesma maneira, os bens jurídicos institucionais que formalizam processos ou interfaces com outros bens jurídicos, de modo que estes, eventual ou constantemente, possam se tornar realidade e efetivados. Neste grupo, encontra-se o bem jurídico existência dos Estados, que adquire uma especial relevância no Direito Penal Internacional, já que os Estados são os principais sujeitos do direito internacional e, considerando que a ordem internacional é constituída pela comunidade dos Estados, este bem jurídico, mesmo não sendo individual, mas estando a serviço dos indivíduos, significa que não podem ser excluídas as bases de existência do sistema internacional e, como este não pode ser concebido se negar a existência dos Estados que o compõe, este bem jurídico passa a apresentar um duplo caráter.

Por fim, os bens jurídicos de controle dificilmente surgem no Direito Penal Internacional, devido ao estado primitivo de desenvolvimento em que se encontra o sistema internacional, no qual quase inexistem autoridades centrais ou de mecanismos independentes de exercício de poder. O Projeto de Código dos Crimes contra a Paz e a Segurança a Humanidade, conforme aprovado pela Comissão de Direito Internacional, previa, no artigo 19, crimes contra as Nações Unidas e contra pessoal associado, mas tal dispositivo não foi adotado pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional.¹⁰

Já Kai Ambos trabalha com a ideia de macrocriminalidade, que abrangeria, fundamentalmente, comportamentos conforme o sistema estabelecido e adequados à situação dentro de uma estrutura de organização, aparelho de poder ou outro contexto de ação coletiva. Sustenta ainda que

9 GIL GIL, *op. cit.*, p. 35 e ss.

10 GIL GIL, *op. cit.*, p. 35/36.

se diferenciaria qualitativamente de outras formas de criminalidade, tais como terrorismo, entorpecentes e criminalidade econômica, devido a condições políticas de exceção e ao papel ativo que desempenha o Estado.¹¹

A macrocriminalidade seria mais limitada que a criminalidade dos poderosos (*Kriminalität der Mächtigen*), já que esta referir-se-ia aos fatos cometidos pelos poderosos para a defesa de sua posição de poder, e nem estes poderosos nem o poder econômico que defendem são, necessariamente, idênticos ao Estado ou ao poder estatal. A intervenção, tolerância, omissão ou até o fortalecimento estatal de comportamentos macrocriminais, fundamental para essa delimitação conceitual, necessitam que ocorra em um contexto de atividade política. Assim, *macrocriminalidade política* significa, em *sentido estrito*, criminalidade fortalecida pelo Estado, crime coletivo politicamente condicionado ou – com menor precisão – crimes de Estado, terrorismo de Estado ou criminalidade governamental. Trata-se de criminalidade estatal interna, ou seja, de uma criminalidade orientada para dentro, contra os próprios cidadãos.¹²

Da mesma maneira, não corresponderia aos crimes dos agentes estatais no exercício de suas funções (*Top hat crimes*), na definição de Dionysios Spinellis. Estes seriam crimes praticados por indivíduos que tomassem parte em atividades políticas e ocupassem cargos públicos. Refere-se a quatro espécies de infrações penais, que diriam respeito a: violações das regras básicas da luta pelo poder e do jogo político (alta traição, crimes eleitorais e espionagem política, como no conhecido caso Watergate); violação de direitos humanos dos cidadãos (homicídios políticos, desaparecimentos e tortura, e brutalidade policial); corrupção e escândalos econômicos; ações ou omissões penalmente relevantes cometidas durante o tempo em tenha exercido o cargo.¹³

De toda maneira e em que pese haver respeitáveis opiniões divergentes, aqui se adota um conceito de crimes internacionais subdividido em três espécies: em sentido estrito ou propriamente ditos; em sentido amplo ou transnacionais; e por contaminação ou difusão.

11 AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad.: Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: RT, 2008, p. 54 e ss.

12 *Idem, ibidem*.

13 SPINELLIS, Dionysios. *Crimes of politicians in office (or “Top hat crimes”)*. In: *Nouvelles études pénales*. n. 12, Toulouse: Érès, 1995, p. 17-20.

Em sentido estrito, refere-se às infrações previstas no Estatuto do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), ou seja, aos crimes contra a paz, aos de guerra e aos crimes contra a humanidade e hoje no Estatuto de Roma. Estes são crimes que violam bens ou interesses jurídicos supranacionais e, como afirma Triffterer¹⁴, geram uma responsabilidade penal imediata fundada diretamente no Direito Internacional.

Em sentido amplo, além das infrações mencionadas, abrange os crimes transnacionais, isto é, aqueles que por suas características, extensão e consequências ultrapassam fronteiras, envolvendo, portanto mais de um Estado, estejam ou não previstos em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais¹⁵.

Num terceiro sentido, ainda mais amplo seria aplicável à delinquência internacional por contaminação ou difusão. Denomina-se delinquência por contaminação ou difusão ao conjunto daqueles crimes, convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou.

O presente texto, portanto, trata especificamente dos crimes internacionais em sentido estrito ou propriamente ditos.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

A discussão sobre a adequação de punir penalmente uma pessoa jurídica por infrações cometidas em sua esfera de atividade é recorrente e objeto, ainda hoje, de intenso debate.

Em linhas gerais, pode-se dizer que os países que seguem o sistema da *Common Law* admitem, em regra, essa punição; por sua vez, nos países do modelo da *Civil Law*, há maior resistência à sua adoção.

¹⁴ TRIFFTERER, Otto. *Commentaire du colloque tenu a Hammamet, Tunisie, 6/8 juin 1987*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. Vol. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989, p. 20.

¹⁵ No mesmo sentido, JAOTSEN, Matti; TRÅSKMAN, P. O. . *National report*. In: *Revue Internationale de Droit Pénal*. v. 60, n. 1/2, Toulouse: Érès, 1989, p. 291 e 303.

No Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu, nos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, a possibilidade de sanções penais para as pessoas jurídicas.

Já a Lei n. 9.605/98 previu, em seu art. 3º, que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, 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 entidade.

Justifica-se a sua adoção pelo fato de ser difícil e, por vezes, impossível determinar de qual indivíduo se originou a infração penal e a punição da pessoa jurídica seria a única maneira de reprimir tais delitos.

Há diversos países que não a admitem, como a Alemanha, por violar o princípio da culpabilidade, e a Itália, por força do art. 27, da Constituição, que se refere à responsabilidade penal subjetiva.

De outro lado, entre as legislações que a admitem, há dois modelos fundamentais.

O primeiro seria o da imputação subsequente ou de empréstimo – também chamado de imputação por ricochete –, segunda o qual, para que seja atribuída responsabilidade ao ente moral, faz-se necessária a atuação de uma pessoa física a ela vinculada e em seu benefício ou interesse. Seria o caso do direito francês.

Há legislações que adotam o princípio da responsabilidade direta ou primária da pessoa jurídica, como é o caso de Holanda (art. 51, CP) e Bélgica (art. 5º, da Lei de 4/5/1999). É esse caso brasileiro após o RE 548181, decidido pelo STF e tendo sido relatora a Ministra Rosa Weber.

É interessante fazer referência ao *corporate killing*, criado pelo *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, de 2007, e que começou a vigor no Reino Unido em 6/4/2008.

Tal dispositivo se baseia na ideia de *management failure*, próximo da *corporate culture*, prevista no art. 12§ 3, do Código Penal Australiano, e que se refere à existência de uma cultura empresarial que determina, encoraja, tolera ou leva à violação de normas.

No caso britânico, punem-se homicídios culposos decorrentes de uma culpa organizacional, representada pela falha em assegurar a observância das regras sobre segurança e saúde.

Se pode ser punível a pessoa jurídica por crimes culposos, passa-se à discussão relativa a crimes internacionais.

4. PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Relativo aos crimes internacionais, o primeiro caso de punição de pessoas jurídicas foi o do Tribunal de Nuremberg, que julgou os maiores criminosos de guerra alemães logo após a Segunda Guerra Mundial.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg admitia, em seu artigos 9 a 11,¹⁶ a responsabilidade penal de pessoas jurídicas ou organizações. Conforme o artigo 9, o Tribunal poderia declarar, durante o julgamento de um membro individual de qualquer grupo ou organização e, em conexão com qualquer ato individual, poderia ser condenado desde que o grupo ou a organização da qual o indivíduo fizesse parte fosse uma organização criminosa.

Já o artigo 10 estabelecia que, nos casos em que um grupo ou organização é declarado criminoso pelo Tribunal, a autoridade nacional de qualquer signatário seria competente pra julgar indivíduos por serem membros do grupo ou organização perante cortes nacionais, militares ou de ocupação. Estabelecia ainda que, em qualquer caso, a natureza criminal do grupo ou da organização seria considerada provada e não deveria ser questionada.

Algumas pessoas jurídicas foram objeto de julgamento, a saber: o Gabinete do *Reich*, o OKW, SA (*Sturmabteilung* ou a força de assalto do partido), a diretoria do Partido Nacional-Socialista, SS (*Schutzstaffel* ou unidade especial de proteção dos líderes do partido), SD (*Sicherheitsdienst* ou serviço de segurança da *Reichführer SS*), Gestapo (*geheimes Staatspolizeiamt* ou a polícia secreta do Estado). Foram absolvidas as três primeiras e as demais banidas.¹⁷

Ademais, líderes empresariais foram acusados de participação em crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade perante tribunais das forças aliadas. O fundamento jurídico foi o Allied Control Council Law No. 10, de 20 de dezembro de 1945, que definia tais crimes e estabelecia a responsabilidade penal.¹⁸ Tais indivíduos foram indiciados por haver fornecido armas, these corporate agents were indicted for providing weapons, ma-

16 Sobre o tema, vide: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Acesso em 17 nov 2016.

17 SMITH, Bradley F. *O Tribunal de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979, p. 183.

18 Sobre o tema, vide: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Acesso em 17 nov 2016.

térias-primas e instrumentos que sustentaram a guerra de agressão (Farben e Krupp), beneficiaram-se em larga escala de confiscos ilegais de fábricas e outras propriedades públicas e privadas em países ocupados (Farben, Flick), forneceram gás para campos de concentração (Zyklon B) e empregaram prisioneiros de campos de concentração e outros trabalhadores como escravos em suas fábricas (Krupp, Farben, e Roehling).¹⁹

Além dessas, faz-se também referência a empresas não-alemãs, como a IBM,²⁰ que teriam se beneficiado do regime nazista.

Dentre esses empresários alemães, foi indiciado Gustav Krupp von Bohlen und Halbach (1870-1950), que era representante da indústria pesada e bélica, mas não chegou a ser julgado em Nuremberg, já que sofrera um acidente circulatório em 1944 e perdera a razão.

Seu filho Alfred foi, posteriormente, julgado por um tribunal militar americano e condenado a doze anos de prisão e o conjunto de bens da família foi confiscado.

Talvez o caso mais emblemático, dentre aqueles referentes às pessoas jurídicas, seja o IG Farben.²¹

Em todos os julgamentos posteriores à Segunda Guerra que adotaram os princípios do Tribunal de Nuremberg, quanto a empresas privadas, adotaram apenas a responsabilidade penal individual. No entanto, em alguns casos, reconheceu-se a cooperação entre indivíduos e pessoas jurídicas. Provavelmente o caso mais evidente tenha sido o IG Farben.²²

19 Wilt, Harmen van der. *Corporate criminal responsibility for international crimes: exploring the possibilities*. Chinese Journal of International Law, Oxford: Oxford University Press, n. 12, 2013, p. 52.

20 Sobre o tema, vide BLACK, Edwin. *IBM e o holocausto*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

21 IG Farben foi uma empresa química alemã, fundada em 1925 e resultado da fusão de diversas outras empresas alemãs, dentre as quais podem ser mencionadas as que hoje são conhecidas como BASF Aktiengesellschaft, Bayer AG, Hoechst Aktiengesellschaft, Agfa-Gevaert Group e Cassella AG (a partir de 1970, subsidiária da Hoechst). Durante a Segunda Guerra Mundial, IG Farben criou indústria química no campo de concentração de Auschwitz para utilizar trabalho escravo. Realizou também experimentos de drogas em prisioneiros. Depois da Guerra, diversos funcionários da empresa foram processados pela prática de crimes durante a Guerra, incluindo o presidente, Carl Krauch (<http://academic-eb-britannica.ez29.periodicos.capes.gov.br/levels/collegiate/article/42050/print>. Acesso em 195 nov 2016).

22 “All these military tribunals harboured the Nuremberg Tribunal’s principled choice for individual responsibility. In none of these trials the legal corporation as such was on trial, although some tribunals conceded that the complicity often amounted to concerted efforts. The most outspoken rejection of corporate responsibility surfaced in the Farben judgment”. Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others (I.G. Farben Trial), United States Military Tribunal, Nuremberg, 14th August 1947–29th July 1948, Law Reports of Trials of War Criminals (UNWCC), Volume X (His Majesty’s Stationary Office 1949), p. 52 (disponível em http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/

Mais recentemente, o tema voltou à discussão por conta do massacre da Praça Nisour, no Iraque, em 16 de setembro de 2007.

Nele, empregados da *Blackwater Security Consulting* (atualmente denominada Academi), empresa militar privada norte-americana, que presta serviços para o governo dos Estados Unidos, atiraram e mataram 17 civis iraquianos, além de ferir outros 20, enquanto acompanhavam um comboio da embaixada daquele país.²³

Em que pese não ter havido punição da pessoa jurídica, chamou a atenção para a questão.

Durante a Conferência de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (1998), a inclusão da responsabilidade penal de pessoa jurídica, ao lado da responsabilidade penal internacional individual, dividiu intensamente os Estados.²⁴

Para os representantes dos Estados cujas legislações rejeitam tal instituto, consideraram inaceitável tal inclusão, principalmente por conta do princípio da complementaridade.

Outros sustentaram que, depois dos Tribunais de Tóquio e de Nuremberg, seria retrógrado não adotá-la.

França e Ilhas Salomão apresentaram proposta nesse sentido, que atingiu a maioria dos Estados presentes, mas como não se chegou a consenso a proposta acabou sendo retirada antes do final da Conferência.²⁵

Na Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, ocorrida em Kampala, Uganda, em 2010, houve propostas para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas foram deixadas de lado por força da discussão sobre o crime de agressão, que monopolizou os debates.

Assim, pode-se dizer que a proposta apresentada em Roma segue sendo a fundamental para adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica e que propunha a adoção da teoria do ricochete.

pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf. Acesso em 19 nov 2016).

23 Sobre o tema, vide: http://www.nytimes.com/2014/06/30/us/before-shooting-in-iraq-warning-on-blackwater.html?_r=0. Acesso em 15 nov 2016.

24 Saland, Per. *International Penal law principles*. In: *The International Penal Court: the making of the Rome Statute - issues, negotiations, results*. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 199.

25 SALAND, *op. cit.*, p. 199.

Conforme a proposta francesa, pessoa jurídica se refere a uma corporação cujo objetivo concreto, real e dominante e busca lucro ou benefício privado, e não um Estado e outra instituição pública no exercício da autoridade estatal, uma instituição ou organização internacional, ou agindo conforme o direito nacional como uma organização sem fins lucrativos.

O TPI poderia processar e julgar uma pessoa jurídica se:²⁶

1. As acusações apresentadas pelo Procurador contra a pessoa física e a pessoa jurídica se refirma a matéria de competência do Tribunal;
2. A pessoa física estava em posição de controle da pessoa jurídica nos termos da legislação nacional do Estado em que a pessoa jurídica estava registrada no momento em que o crime foi cometido;
3. O crime foi cometido por uma pessoa física agindo em nome e com o consentimento explícito da pessoa jurídica e no curso de suas atividades;
4. A pessoa física foi condenada pelo crime em questão.

Para os fins do Estatuto, entender-se-ia que pessoa jurídica significa uma corporação cujo objetivo concreto, real ou dominante é a busca de lucro ou benefício privado, e não um Estado ou outro ente público no exercício da autoridade estatal, um ente público internacional ou uma organização registrada, e atuando segundo o direito nacional de um Estado como uma organização não lucrativa.²⁷

O que tem ocorrido, de maneira geral, é a punição de empresários pela participação em crimes internacionais por tribunais nacionais.

Na Holanda, por exemplo, houve o famoso caso em que empresário Frans van Anraat foi julgado sob a acusação de cumplicidade no genocídio e crimes de guerra, por ter entregado, pelo menos, 1.100 toneladas de Tio-diglicol (TDG) para o regime iraquiano de Saddam Hussein, no período de 1985 até início de 1988, que utilizou na produção de produtos químicos, que foram usados contra a população curda no norte do território iraquiano.

Tem sido sustentado, por aqueles que defendem a adoção que deveria haver uma passagem, nesses casos, da responsabilidade penal individual para a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

²⁶ Wilt, *op. cit.*, p. 47.

²⁷ *Idem, ibidem.*

Harmen van der Wilt sustenta que há duas etapas que devem ser examinadas para se chegar à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Inicialmente, deve ser verificado se diretores ou funcionários da empresa são partícipes em crimes internacionais, levando-se em conta tipo objetivo (*actus réus*) e tipo subjetivo (*mens rea*). Este último, aliás, significaria que o indivíduo teve a intenção de praticar ou, ao menos, facilitar o crime.

A seguir, deve ser verificado se a conduta da pessoa física pode ser atribuída à pessoa jurídica, identificando se os crimes ocorreram em atividades cotidianas da empresa, se o indivíduo exercia o controle sobre pessoas e procedimentos dentro da corporação, se o cúmplice agiu em nome da empresa e com seu consentimento explícito, e se as atividades a beneficiaram comercialmente.

5. CONCLUSÃO

De maneira geral, autores que defendem a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam que tal proposta é modesta e restritiva.

Ainda assim, o tema segue sendo muitíssimo controverso, seja nos Estados nacionais, seja na esfera do direito penal internacional.

A resistência a adoção de tal medida é intensa, como em Estados que adotam o modelo romano-germânico, seja por violação do princípio da culpabilidade seja por ser considerada como exemplo de responsabilidade penal objetiva.

Diferentemente, mesmo entre aqueles que admitem tal modelo, há também a divergência quanto à adoção do modelo por ricochete ou de imputação direta.

Seja como for, não parece provável que venha a ser, em curto prazo, adotada por tribunais internacionais, mas não parece provável que desapareça do debate.

Pode ser que as próximas Conferências de Revisão do Estatuto do Tribunal Penal Internacional tornem a debater o tema, mas, como dito, a sua adoção é ainda incerta.

RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS LIGADOS AO MEIO AMBIENTE

Daniel Pacheco Pontes

INTRODUÇÃO

A crise do direito penal apresenta muitos aspectos. Além dos problemas muito debatidos, como sua impotência frente à criminalidade atual, a tutela do meio ambiente aparece como indispensável e intimamente ligada à proteção de direitos humanos fundamentais.

Partindo desse ponto, procuramos fazer uma análise das principais características da criminalidade contemporânea, com o objetivo de mostrar que a dogmática penal tradicional não consegue ser eficaz no combate a tais condutas, marcadamente no campo ambiental. Especialmente por conta da atividade empresarial cada vez mais complexa, que dificulta a persecução penal.

Com esse subsídio, buscamos discutir as principais propostas existentes para o enfrentamento da questão, especialmente a aplicação das fórmulas penais, o *direito de intervenção* e a responsabilização criminal da pessoa jurídica, na tentativa de propor uma solução para essa complexa temática.

1. A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Nos dias atuais, é evidente que a proteção do meio ambiente não é apenas um interesse específico relacionado à natureza, trata-se de algo essencial para as condições de vida dos seres humanos, flora e fauna. Afinal, em caso de dano total a esse relevante bem jurídico, os crimes tradicionalmente previstos pela nossa legislação – como o homicídio, o furto ou o estelionato – perdem totalmente a sua importância, já que, no limite, não haverá ninguém para cometê-los ou ser vítima deles.

Todavia, tal noção ainda é recente. Foi apenas em 1998¹ que nosso legislador passou a tipificar seriamente as agressões ambientais como delitos. Historicamente, a *natureza* sempre foi referida como uma propriedade estatal, utilizada para beneficiar o crescimento do produto interno bruto, em vez de uma condição de vida essencial. E, mesmo atualmente, as medidas coercitivas previstas são limitadas e as sanções penais relativamente baixas.

Para piorar a situação, vem ganhando força a interligação entre o crime ambiental e o crime organizado, a corrupção relacionada e a lavagem de dinheiro, o que vai tornando as ofensas ao meio ambiente cada vez mais graves. Com isso, tem cada vez maior importância essa dimensão do crime organizado, já que desencadeia o novo interesse na aplicação da proteção ambiental através do direito penal.

Por tudo isso, a situação é bastante séria. Primeiro porque o direito penal sempre se mostrou um instrumento pouco eficaz para o combate da criminalidade em geral, tendo muito mais uma função simbólica². Ainda menos eficiente é a luta contra o crime organizado por esse meio desse ramo do direito, o que fica agravado no tocante à tutela do meio ambiente, que ainda não tem uma legislação plenamente satisfatória.

Aqui, o ideal seria que as nações, assim como as empresas, fossem legalmente obrigadas a agir antes que ocorram danos em massa, destruição ou colapso do ecossistema. Nesse sentido, recentemente, uma proposta de lei internacional de *ecocídio* foi submetida à Comissão de Direito das Nações Unidas. Tal diploma legal deve reconhecer danos e degradação ambiental causados pelo homem como um crime de responsabilidade objetiva³.

O problema é que tal proposta nos obriga a repensar uma das características fundamentais do Direito Penal. Teríamos que esquecer o direito repressivo, que atua depois da ocorrência do dano⁴, privilegiando um direito penal preventivo, baseado no *princípio da precaução*⁵. Da mesma forma,

1 Lei 9.605/1998

2 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 86.

3 Disponível em: <http://www.penal.org/en/criminal-justice-and-environmental-crime-how-tackle-organized-crime-and-ecocide> acesso em 23/09/2019.

4 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 96.

5 *idem.*, p. 135.

teríamos que alterar a regra da responsabilização criminal apenas de modo subjetivo, nas hipóteses em que há dolo ou, pelo menos, culpa.

Outra questão complexa é o fato de os crimes ambientais - o tráfico de animais silvestres, por exemplo -, não raro, consistirem em uma cadeia de ofensas, presentes na origem - como a caça ilegal -, em transações comerciais e também no destino, como a venda ilegal e a lavagem de dinheiro⁶.

Por tudo isso, há duas certezas: primeiro que a proteção ao meio ambiente nos dias atuais certamente tem o status de direito humano fundamental e merece tutela penal adequada. Além disso, é necessário repensar alguns paradigmas desse ramo do direito, visando uma abordagem mais *ecocêntrica*.

2. O DIREITO PENAL AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Na idade moderna, quando o pensamento preponderante era o iluminista, acreditava-se que o desenvolvimento do saber técnico-científico permitiria que o homem controlasse e se protegesse dos perigos da natureza. Todavia, o tempo demonstrou que tal assertiva, ainda que em princípio verdadeira, não significa que há riscos menores na sociedade contemporânea, uma vez que o mesmo avanço tecnológico que protege dos riscos da natureza, como verdadeiros efeitos colaterais, cria outros riscos, os tecnológicos, certamente maiores, de modo que podemos dizer que o progresso técnico econômico pode tornar-se uma forma de auto-destruição⁷. É por isso que se diz que há riscos controláveis e incontroláveis, sendo esses resultantes desse processo de modernização e os mais importantes para o presente estudo.

Na realidade, atualmente não estamos mais em um processo de modernização simples - a ocorrida na época do surgimento da Revolução Industrial - mas sim em um momento de segunda modernidade, a denominada modernização reflexiva,⁸ etapa em que a preocupação principal não é mais

6 Disponível em: <http://www.penal.org/en/criminal-justice-and-environmental-crime-how-tackle-organized-crime-and-ecocide> acesso em 23/09/2019.

7 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 20 e seguintes, e Ulrich Beck. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Anthropolos, 1996, p. 70 e seguintes.

8 Conferir a esse respeito: Alamiro Velludo Salvador Netto. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 82.

controlar e aproveitar a natureza, mas sim tentar evitar e minimizar as consequências negativas do desenvolvimento técnico⁹.

Dessa maneira, podemos afirmar que o primeiro aspecto fundamental da sociedade contemporânea é o que Buergo¹⁰ denomina modificação dos riscos, enquanto os perigos e riscos tradicionais desaparecem ou são substancialmente mitigados, surgem novos riscos até então inexistentes, muitas vezes incontroláveis e de desdobramentos imprevisíveis.

É importante lembrar que nem todos os grandes riscos da sociedade contemporânea são efetivamente novos: na verdade, muitos são antigos. A preocupação com os mesmo que é mais recente, basicamente por duas razões. Primeiro porque ele têm o seu potencial daninho muito mais elevado do que antigamente, em virtude da revolução tecnológica, como ocorre com os gerados pela indústria química, por exemplo¹¹. Além disso, esses novos riscos têm uma característica perversa: apesar de causarem grandes danos – frequentemente irreversíveis – muitas vezes permanecem invisíveis por muito tempo¹². É o caso, por exemplo, do problema do buraco da camada de ozônio causado pela emissão de CFC: na verdade, essas emissões vêm ocorrendo desde o início do século passado, mas apenas no final da década de 1980 que o problema foi notado, por sinal, quando o dano já era irreversível.

Essas questões são de suma importância, uma vez que os riscos de procedência humana frequentemente têm uma dimensão e um potencial destrutivo muito superior ao dos riscos naturais¹³. Na realidade, em muitos casos, não se sabe exatamente a amplitude que uma eventual lesão decorrente de um risco destes pode ter. O exemplo mais claro disso é o dos danos ocasionados pela radiação nuclear: não é sabido até quando e em que medida a radiação produz efeitos; as consequências simplesmente não são plenamente conhecidas, de modo que eventos como o da bomba de Hiroshima, podem eventualmente ter desdobramentos futuros totalmente inesperados.

Isso ocorre porque, muitas vezes, a intervenção humana, por mais singela que pareça, destrói o equilíbrio natural causando um verdadeiro

9 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 38.

10 Blanca Mendoza Buergo. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001, p. 25.

11 *idem*, p. 40.

12 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 39.

13 *idem*, p. 40, e Blanca Mendoza Buergo. *El derecho...* cit., p. 40.

“efeito dominó” de proporções desconhecidas e frequentemente imprevisíveis. A esse respeito, muito se fala do problema da emissão excessiva de dióxido de carbono gerada pela atividade humana, mas, justamente em razão dos numerosos estudos a esse respeito, já não podemos citá-lo como um bom exemplo da imprevisibilidade. É mais adequado mencionar uma situação extremamente frequente e singela: muitas vezes, os navios cargueiros utilizam água marinha como lastro. Na prática, isso significa encher os tanques de lastro em um ponto do planeta e descarregá-los no próprio oceano, a milhares de quilômetros. Aparentemente, não há qualquer risco nessa conduta, tanto é que a mesma acaba sendo bastante comum, contudo, tal procedimento acaba proporcionando danos incomensuráveis ao meio ambiente, já que, ao descarregar uma grande quantidade de água marinha proveniente de um ponto remoto do oceano, o navio também acaba introduzindo no meio ambiente microrganismos que originalmente não existiam naquele local, o que pode acarretar uma série de problemas, pois, muitas vezes, não existem predadores naturais para os mesmos naquele, o que resulta em uma proliferação excessiva, ameaça às outras espécies e a todo o ecossistema como um todo¹⁴.

É por tudo isso que dizemos que os riscos criados pela sociedade moderna são *inaseguráveis*, já que os mesmos não podem ser calculados estatisticamente ou até mesmo quantificados monetariamente¹⁵. Neles, a denominada tecnologia do risco¹⁶, que tem como base a ideia de calcular o que seria incerto, falha. Isso porque comumente os danos advindos desses riscos são encarados como decorrentes de caso fortuito ou força maior, hipóteses em que o contrato de seguro tradicionalmente não oferece cobertura.

Um exemplo interessante é o do contrato de seguro de veículo: nele, normalmente, há cobertura por danos ocasionados por terceiros e pelo próprio segurado, já que estatisticamente é possível aferir a quantidade de sinistros que ocorrem em dada região. Todavia, em regra, não há cobertura contra danos ocasionados por enchentes e outras catástrofes *naturais*, pois os mesmos seriam imprevisíveis, casos fortuitos. Se considerarmos que

14 Justamente por causa desse problema, a marinha brasileira decidiu editar a Norma da Autoridade Marítima nº20 (NORMAM 20), que regula o problema da introdução de microorganismos por meio da liberação do lastro de navios em águas brasileiras.

15 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 34 e 41.

16 *idem*, p. 56.

a maioria das enchentes ocorridas nas metrópoles são consequência da impermeabilização do solo promovida pela atividade humana, podemos dizer que esta conduta de impermeabilização gera um risco inasegurável, já que, até mesmo por conta do desconhecimento da integralidade das consequências da atividade humana, é estatisticamente impossível verificar a probabilidade de ocorrência – e a extensão - de uma enchente de modo viabilizar o cálculo do prêmio de um eventual seguro.

Marta Machado¹⁷, seguindo essa mesma linha, traz um critério interessante para a diferenciação entre os riscos calculáveis e os tecnológicos: a existência de cobertura pelas empresas particulares de seguro. É interessante notar aqui que esta situação leva a um paradoxo, já que a proteção securitária diminui ao mesmo tempo em que os riscos aumentam. Certamente, esta será uma questão que o direito privado terá que enfrentar nos próximos anos.

Tal situação é agravada pelo segundo aspecto da sociedade contemporânea, chamado por Buergo¹⁸ de *irresponsabilidade organizada*, isto é: a complexidade das organizações faz com que muitas pessoas contribuam com os processos produtivos, de modo que fica muito difícil encontrar **o responsável e a causa** de algum ato, como o direito tradicional tenta fazer. O problema do buraco na camada de ozônio também serve para evidenciar essa característica: é impossível apontar um responsável, um causador desse problema, até mesmo porque todos nós, de uma forma ou de outra, acabamos contribuindo para este resultado. O mesmo ocorre no mencionado problema das enchentes: de uma forma ou de outra, todos os habitantes da cidade acabam contribuindo para aquele resultado, seja asfaltando ruas, jogando lixo nos bueiros ou emitindo dióxido de carbono.

No entanto, o problema não se encerra neste ponto. Resta ainda a dificuldade na determinação da causa do resultado daninho, o que pode ser ainda mais complexo do que a determinação do agente. Isso ocorre porque o modelo proposto pela teoria da *conditio sine qua non* não é eficaz em muitos crimes ambientais, uma vez que o processo hipotético de eliminação, via de regra, não contribui para a determinação de um nexó causal. Vejamos: suponhamos que um indivíduo utilize o gás CFC

¹⁷ *idem*, p. 59.

¹⁸ Blanca Mendoza Buergo. *El derecho...* cit., p. 29.

de modo liberá-lo na atmosfera. Nesse caso, se mentalmente imaginarmos que a conduta do indivíduo não existiu, o resultado buraco na camada de ozônio permanece, ou, se eliminarmos hipoteticamente a conduta de um indivíduo de uma empresa poluidora, o resultado poluição também permanece, uma vez que falamos de causalidade hipotética¹⁹, já que não há mais um padrão de regularidade e normalidade que permita encontrar causas e conexões entre os acontecimentos²⁰. Além disso, tendo em vista que a sociedade depende de aerossóis e refrigeradores, não há como falarmos aqui de inadequação social.

Na realidade, dentro desse panorama, o que ocorre é a acumulação de causas independentes – que por si só não produziriam qualquer resultado relevante - que acaba gerando sérias conseqüências, a partir de conexões de eventos completamente inesperadas e imprevisíveis²¹, de forma que fica muito difícil trabalhar com as idéias de causa e de condição, axiomas básicos da teoria da *conditio sine qua non* ou com o tradicional princípio do poluidor pagador²². No que diz respeito especificamente aos crimes ambientais, tudo isso acaba nos levando a mais um paradoxo: quanto mais poluição e mais gente poluindo, menor a responsabilização²³.

Além disso, na sociedade de risco surge - ou, pelo menos, ganha grande importância - um novo tipo de criminalidade, distinta da criminalidade clássica, preponderantemente constituída por atos praticados por pessoas físicas contra bens jurídicos individuais. No mundo moderno, é cada vez maior a importância dos delitos praticados contra bens difusos e por grandes empresas.

O problema é que, neste contexto, os mecanismos de persecução penal tradicionais freqüentemente não são eficientes²⁴. A sociedade reflexiva nos mostra a impossibilidade do direito penal tutelar as novas relações

19 Sobre o problema da causalidade hipotética, conferir: Antonio Luis Chaves Camargo. *Imputação...* cit., p. 51.

20 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 41.

21 *idem*, p. 48.

22 *idem*, p. 62.

23 *idem*, p. 64.

24 Luciano Anderson de Souza. *Intervenção jurídico-penal e modelos de tipificação*. Dissertação de mestrado defendida na faculdade de Direito da USP em 2006, p. 26.

sociais que começam a ser desenvolvidas²⁵. Se analisarmos com cuidado todos os exemplos de criação de riscos aqui mencionados, facilmente verificaremos que é muito difícil promover qualquer tipo de responsabilização criminal em razão da sua criação, por atipicidade, ausência de nexo causal, adequação social...

Em resumo, podemos dizer que a criminalidade na sociedade moderna tem algumas características bastante claras: normalmente não tem vítimas imediatas, seus danos são invisíveis e os bens jurídicos por ela atingidos são vagos, supra individuais ou difusos, ou seja: “indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e privados, próprios de uma sociedade de massa e resultados de conflitos de massa²⁶”.

3. A APLICAÇÃO DAS FÓRMULAS PENAIS COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Traçado todo esse panorama, o grande desafio agora é desenvolver uma dogmática jurídico-penal capaz de acompanhar as rápidas mudanças da sociedade contemporânea, coibindo as graves violações de direitos humanos. Dentro do estágio atual dos estudos de direito penal, parece que, na prática, é pequeno o papel deste ramo do direito na prevenção do crime. O desenvolvimento do pensamento jurídico-penal mostra que as idéias de prevenção geral e especial negativas fracassaram do ponto de vista empírico.

Além disso, a forma como o direito penal vem sendo criado e aplicado mostrou-se totalmente ineficaz frente à criminalidade da sociedade contemporânea: se, por um lado, a criação de novas figuras típicas e o agravamento das penas existentes constitui um desastre, o garantismo e o direito penal mínimo também não dão conta dos riscos contemporâneos.

Tendo isso em vista, e o fato de que a sociedade de risco é comunicativa

25 Conferir a esse respeito: Alamiro Velludo Salvador Netto. *Tipicidade...* cit., p. 83.

26 Ada Pellegrini Grinover. “Significado Social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos.” in *Direito e Cidadania*. Volume 3, fascículo 10/11. Cabo Verde, 2001-2001, p. 263. Ainda sobre o conceito de bem difuso: Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, Alamiro Velludo Salvador Netto. *Tipicidade...* cit., p. 58 e seguintes.

e aberta²⁷, a doutrina moderna aponta em três direções: a aplicação das fórmulas do direito penal, a responsabilização criminal da pessoa jurídica e um direito penal de segunda via ou de intervenção²⁸.

Partindo da premissa de que o direito penal não poderia permanecer alheio à proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a manutenção da vida²⁹, uma possibilidade seria a aplicação das fórmulas penais com o objetivo de controlar os riscos da sociedade contemporânea e prevenir as lesões deles decorrentes³⁰. Isso poderia ser feito por meio de uma serie de medidas, dentre elas: a ampliação dos tipos penais de perigo, a criação de novos tipos penais com o objetivo de tutelar bens jurídicos que não são tradicionalmente protegidos pelo direito penal ou o incremento das penas. Seria uma tentativa de reversão do quadro atual em que o direito penal regula riscos pequenos, ficando inerte no que diz respeito aos de grandes proporções³¹. Vários doutrinadores³² são defensores destas idéias, dentre eles: *Kindhäuser*, *Schünemann*, *Stratenwerth* e *Figueiredo Dias*.

Todavia, a aplicação das fórmulas penais aos problemas decorrentes desses novos riscos implicaria em alterações qualitativas na essência do direito penal, isto é: em uma mudança na forma de se encarar a função do direito penal. Este ramo do ordenamento jurídico necessariamente não teria mais uma função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos, mas sim uma “função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, uma função de garantidor das gerações futuras³³”.

O primeiro problema que surge é a falta de êxito prático dessas idéias. O recrudescimento do direito penal, recentemente promovido pelo movimento

27 Renato de Mello Jorge Silveira. *Direito...* cit., p. 171.

28 *idem*, p. 190.

29 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 180.

30 Paulo Silva Fernandes. *Globalização, sociedade de risco e futuro do direito penal – panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 93.

31 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 94.

32 *idem*, p. 181; Bernd Schünemann, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana”. in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2, p. 17-49; Jorge de Figueiredo Dias. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a dogmática geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 167; Günther Stratenwerth. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat*. 4a Ed. Colônia: Carl Heymann, 2000, p. 108 e seguintes.

33 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 95.

da lei e da ordem - não só no Brasil, bem como em vários outros países - falhou no que diz respeito à prevenção de delitos.

Além disso, não podemos nos esquecer do caráter global dos riscos³⁴. Frequentemente, nos deparamos com situações em que a conduta geradora de riscos do agente ocorreu em um local, produzindo resultados em locais muito distantes, por vezes em territórios pertencentes a outros países. Muitos são os exemplos de situações como essa, basta lembrarmos o acidente nuclear em Chernobyl, que causou prejuízo em vários países da Europa, alguns deles a milhares de quilômetros de distância; ou o do problema do buraco na camada de ozônio, que afeta o mundo todo indistintamente, não importando o local onde ocorreram as emissões de CFC.

Assim, podemos dizer que, caso pensemos em adotar as fórmulas penais para combater os riscos da sociedade contemporânea, muitos princípios que têm como função primordial conter a intervenção penal – legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, dentre outros – teriam que ser adaptados a esta nova realidade, já que os mesmos dificilmente legitimariam uma intervenção penal nesses casos³⁵.

Vale também lembrar que, se quisermos utilizar as fórmulas penais para combater eventuais danos ambientais decorrentes dos riscos presentes na sociedade contemporânea, temos que repensar o conceito de bem jurídico. Isso ocorre porque os bens jurídicos atingidos por este tipo de dano são diferentes daqueles para a tutela dos quais o direito penal foi originalmente elaborado. Aqui, frequentemente, lidamos com *bens jurídicos supra individuais*³⁶, o que reflete em um verdadeiro processo de *desmaterialização*, isso é, presenciamos o seu distanciamento da objetividade natural³⁷, que causa uma enorme dificuldade na determinação da causalidade e do dano, caso optemos por seguir os preceitos do direito penal tradicional. Esse problema leva o legislador a, mais uma vez, incriminar condutas que não vão além de meras transgressões a normas organizativas, proibições que não são voltadas a ações lesivas a um determinado bem, mas sim a meras

34 *idem*, p. 96.

35 *idem*, p. 155 e 163.

36 *idem*, p. 157.

37 *idem*, p. 107.

presunções de risco decorrente da realização gramatical do tipo penal³⁸.

Esse problema enseja inclusive uma discussão acerca da possibilidade de manutenção do noção de bem jurídico como legitimador da intervenção estatal, havendo inclusive posições favoráveis a mudança deste paradigma, como a de *Stratenwerth*³⁹.

*Figueiredo Dias*⁴⁰ salienta a importância desta questão, entendendo ser necessário repensar o conceito de bem jurídico como algo tangível para que este cumpra a sua função de critério legitimador e padrão crítico da incriminação, de modo que estes seriam meros mediadores dos interesses individuais. Em contrapartida, defende que tal questionamento não seria necessário se lembrarmos da existência dos *bens jurídicos trans-individuais*.

Neste sentido, poderíamos defender a existência de delitos cumulativos (*Kumulationsdelikte*), nos quais a conduta não seria punida em virtude da sua lesividade, mas sim para evitar a sua realização em massa⁴¹. Seria o caso, por exemplo, do sujeito que derruba uma árvore pertencente a uma espécie que se encontra em extinção. Nesse caso, a conduta específica de derrubar aquela árvore não tem muita importância, uma vez que possivelmente não se trata do último exemplar daquela espécie e tal dano pode ser facilmente reparado. O problema ocorrerá na hipótese em que esse comportamento seja reiterado e praticado por um número grande de indivíduos, de modo que o acúmulo das condutas redundaria na extinção daquela espécie.

Cabe lembrar, contudo, que tal prática, além de implicar em uma confusão na diferenciação entre direito penal e direito administrativo⁴², desrespeitando princípios fundamentais do direito penal, como o da culpabilidade e o da proporcionalidade, está baseada na ideia da *prevenção geral negativa*, trazendo consigo todos os inconvenientes inerentes a este entendimento.

Para um direito penal eficaz na contenção dos riscos contemporâneos, considerando a dificuldade de determinação de uma causa para cada resultado, seria necessário flexibilizar as regras de causalidade⁴³. Isso já vem ocorrendo em vários ordenamentos jurídicos, dentre eles o pátrio, nos quais

38 *idem*, p. 110 e 123.

39 *idem*, p. 161.

40 Jorge de Figueiredo Dias. *Temas...* cit., p. 173 e seguintes.

41 *idem*, p. 143.

42 *idem*, p. 143.

43 *idem*, p. 169.

é cada vez maior o número de delitos de mera conduta – que prescindem de resultado naturalístico – ou delitos omissivos, que acabam funcionando como formas legislativas de burla da relação de causalidade.

Em virtude de todos esses inconvenientes, muitos doutrinadores, marcadamente os representantes da *Escola de Frankfurt*⁴⁴, não aceitam que o direito penal assuma a função de proteger a sociedade dos novos riscos, para os quais devem operar outros ramos do direito, especialmente o direito administrativo. *Hassemer*⁴⁵ chega a dizer que lançar mão do direito penal para esses fins significaria utilizá-lo como instrumento de política criminal e não a política criminal como instrumento do direito penal, que seria o correto.

No entanto, até os dias atuais, mais de vinte anos após as primeiras propostas nesse sentido, não houve nenhuma colocação em prática de tais teorias, o que nos leva a crer que dificilmente isso ocorrerá no futuro.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Tendo em vista os inconvenientes existentes para a aplicação dos preceitos do direito penal no controle dos riscos existentes na sociedade contemporânea, a pouca viabilidade prática do *direito de intervenção* e o problema da *irresponsabilidade organizada*⁴⁶, uma das soluções apontadas pela doutrina⁴⁷ para o combate destes riscos é a responsabilização penal da pessoa jurídica. Todavia, tal proposta também esbarra em alguns problemas.

A primeira grande questão é referente ao conceito de culpabilidade, isto é, a possibilidade de reprovação **pessoal** pela prática da ação típica e antijurídica. Para viabilizar a responsabilização criminal da pessoa jurídica, tal conceito teria necessariamente que ser repensado⁴⁸. Seria necessário

44 *idem*, p. 187.

45 Winfried Hassemer. “Perspectivas de uma moderna política criminal”. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2, n. 8, São Paulo: IBCCRIM, 1994, p. 48 e seguintes.

46 Blanca Mendoza Buergo. *El derecho...* cit., p. 29.

47 Bernd Schünemann. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.” *Anuário de derecho penal y ciencias penales*. Vol 41. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1998, pp. 229-558; Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2003; Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 145 e seguintes.

48 Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade...* cit., p. 174.

entender que a pessoa jurídica teria uma vontade, o que *Shecaira* chama de *vontade pragmática*⁴⁹.

Com o objetivo de minimizar esse inconveniente, *Shecaira*⁵⁰ lembra que o conceito de culpabilidade está longe de ser pacífico na doutrina e, como ocorre com a maioria dos conceitos dentro das ciências humanas, está sempre inserido em um contexto histórico, ou seja, deve evoluir juntamente com a sociedade⁵¹. Sem dúvida, somos obrigados a concordar com esta ideia: o direito – sobretudo o penal – sempre deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Além disso, considerando todo o exposto até o momento, parece evidente que o direito penal terá que passar por adaptações e atualizações, para enfrentar as questões ambientais contemporâneas.

Considerando a ligação da *culpabilidade* ao fato e não à *condução da vida*, podemos entender que tal conceituação não obsta, nesse ponto, à responsabilização criminal da pessoa jurídica, que seria em razão do ato. Independentemente disto, ainda temos a posição de *Schünemann*, que defende a legitimidade desta responsabilização, dizendo que esta seria desvinculada da culpabilidade, não sendo esta, nestes casos, o limite e o fundamento da pena, mas sim a necessidade de prevenção⁵².

A segunda problemática diz respeito à vontade, em tese inexistente nas pessoas jurídicas. Para solucionar essa questão, poderíamos entender que a pessoa jurídica teria uma vontade distinta da presente em seus representantes. Aliás, isso é absolutamente verdade nas empresas grandes, em que as decisões são tomadas por votações de órgãos colegiados.

Além disso, do ponto de vista preventivo, não deixa de ser importante que a pessoa jurídica seja responsabilizada de alguma forma pelos seus atos, pois, muitas vezes, o cometimento de um delito pode ser vantajoso para a empresa⁵³. Tomemos um exemplo: pode ser economicamente mais vantajoso para a empresa simplesmente lançar seus efluentes em um rio sem qualquer tratamento e pagar uma multa, do que arcar com os altos

49 Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade...* cit., p. 100 e seguintes.

50 *idem*, p. 79.

51 *idem*., p. 81.

52 Bernd Schünemann. “*Cuestiones*”... cit., p. 554.

53 Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade...* cit., p. 108.

custos do tratamento adequado dos mesmos. Assim, se considerarmos esse dado, a solução tradicional de responsabilização pessoal do representantes da empresa pelo cometimento de delitos deixa de fazer tanto sentido, uma vez que passa a ser extremamente vantajoso para a empresa cometer delitos pelos quais não será significativamente responsabilizada.

Por tudo isso, até o momento, não há proposta mais adequada para o enfrentamento dos crimes ambientais contemporâneos do que a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica. É claro que não se pretende aqui defender que tal solução seja a única possível ou que efetivamente vá resolver a questão em todos os seus aspectos problemáticos, mas fica claro que a solução encontrada pela Constituição Federal e pela lei é um caminho sem volta e pode contribuir bastante para o combate à violação de direitos humanos praticada por empresas.

5. CONCLUSÕES

Inicialmente, vimos a relevância da proteção adequada ao meio ambiente, que atualmente se apresenta como direito humano fundamental, bem jurídico do qual, sem qualquer exagero, depende a sobrevivência da sociedade.

Ao mesmo tempo em que fica clara a importância desse campo, crescem as ameaças a ele, produzidas pelo desenvolvimento industrial e pela maior complexidade da sociedade contemporânea, o que fica agravado pela ainda tímida tutela penal ambiental.

A análise das características da criminalidade ambiental na sociedade atual nos mostram o quanto o direito penal ainda não está pronto para lidar com essas questões, ficando claro que, independentemente do caminho que sigamos, adaptações e ajustes serão necessários.

Nessa mesma linha, também procuramos demonstrar o quão ineficiente pode ser simplesmente querer aplicar as fórmulas penais existentes aos problemas atuais e o pouco apelo prático do *direito de intervenção*.

Dentro de todo esse contexto, a responsabilização criminal da pessoa jurídica aparece como o meio mais eficaz para o combate de atividades empresariais que lesionam o meio ambiente. Apesar de também exigir alguns ajustes, certamente consegue desenvolver melhor a função repressiva a

esse tipo de comportamento. Tudo isso porque, ainda que bastante limitado, parece que tal opção poderia ter um efeito preventivo no combate às práticas empresariais que ameaçam seriamente o meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

- BECK, U. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: An-thropos, 1996.
- BUERGO, B. M. *El derecho penal em la sociedad del riesgo*. Madri: Civitas, 2001.
- CAMARGO, A. L. C. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cul-tural Paulista, 2001.
- DIAS, J. F. *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a dogmática geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FERNANDES, P. S. *Globalização, sociedade de risco e futuro do direito penal – pano-râmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001
- GRINOVER, A. P. G. “Significado Social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos.” in *Direito e Cidadania*. Volume 3, fascículo 10/11. Cabo Verde, 2001-2001, p. 263.
- HASSEMER, W. “Das Symbolische am symbolischen Strafrecht” in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: Walter de Gruyter, 2001.
- HASSEMER, W. “Perspectivas de uma moderna política criminal”. in *Revista Bra-sileira de Ciências Criminais*. Ano 2, n. 8, São Paulo: IBCCRIM, 1994, p. 48.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal: parte general*. 4ª Ed. Granada: Co-mares, 1993.
- MACHADO, M. R de A. *Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação das novas tendência político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Forense, 2019.
- ROXIN, C. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tomo I, 4ª Ed. Munique: C. H. Beck, 2005.
- SALVADOR NETTO, A. V. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SCHIMIDHÄUSER, E. “Der Begriff der Strafe in der deutschen Strafrecht wissens-chaft der Gegenwart“ in *Boletim da faculdade de direito – Estudos em home-nagem ao professor doutor Eduardo Correia*. Número especial, Coimbra, 1984, p. 532.

- SCHÜNEMANN, B. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana”. in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2, p. 17-49.
- SCHÜNEMANN, B. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.” *Anuário de derecho penal y ciencias penales*. Vol 41. Madri: Instituto Nacional de Estudos Jurídicos, 1998, pp. 229-558.
- SHECAIRA, S. S. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2003.
- SILVEIRA, R. de M. J. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.
- SOUZA, L. A. *Intervenção jurídico-penal e modelos de tipificação*. Dissertação de mestrado defendida na faculdade de Direito da USP em 2006.
- STRATENWERTH, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil I – Die Straftat*. 4ª Ed. Colônia: Carl Heymann, 2000.

O PAPEL TRANSFORMATIVO DAS CORPORAÇÕES NO PROCESSO PENAL: IDEIAS SOBRE *COMPLIANCE* E VITIMIZAÇÃO CORPORATIVA

Eduardo Saad-Diniz¹

1. EM BUSCA DE IDEIAS INOVADORAS SOBRE O PAPEL DAS CORPORAÇÕES NO PROCESSO PENAL

Assumindo a necessidade de provocar o senso comum existente na matéria, neste artigo serão elaboradas algumas explorações iniciais sobre a aproximação centrada na vítima, como um possível impulso no sentido de um processo penal transformativo (*transformative*). O propósito principal aqui será analisar alguns conceitos centrais que poderiam informar melhor os caminhos para a realização de direitos humanos, articulados com estratégias de autorregulação. Ao mesmo tempo, a ideia é iniciar um diálogo crítico em relação ao senso comum envolvendo o emprego das estratégias de *compliance* no processo penal. A pesquisa em *compliance* geralmente se refere à “autorregulação regulada”, a “estruturas de incentivo”, a “escolhas racionais”, ou à “efetividade” sem uma imersão apropriada na análise das suas insuficiências. Como se *compliance* houvesse se tornado indiscriminadamente um termo válido para qualquer situação, alcançando quase todo processo em que o Estado já não é mais identificado como provedor do controle da criminalidade.

Nas ciências criminais, há ainda muito espaço para a revisão das funções primárias do controle social do negócio. Particularmente, a questão central parece ser o debate sobre como seria possível desenvolver a noção

¹ Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo. Artigo originalmente publicado em inglês em Dominik Brodowski *et al* (org) *The role of corporations in criminal proceedings*, RIDP, 2019. Agradecimentos aos professores Fauzi Hassan Choukr e Carlos Eduardo Japiassu pelo distinto convite para participar do “Encontro Internacional – Responsabilidade empresarial em graves violações de direitos humanos”, FACAMP/AIDP/IBRASPP/UNESA, em 26/04/2019. Dedico este ensaio ao Prof. Alaôr Caffé Alves, pela introdução “transformativa” ao direito e por nos ensinar, desde os primeiros passos, a arrostar os “efeitos deletérios do óbvio e do senso comum”.

de “Justiça criminal corporativa”, proposta originalmente por William Laufer, incorporando tanto as novas perspectivas sobre o sistema de justiça criminal quanto as iniciativas corporativas inovadoras para reduzir a criminalidade. Sempre que cabível, neste ensaio serão prestigiadas as posturas progressistas a respeito da Justiça criminal corporativa, trazendo questionamentos que possam inspirar futura pesquisa e que possam evidenciar mudanças significativas de comportamento ético nas empresas².

É claro que estou ciente das armadilhas. O desenvolvimento desta perspectiva transformativa no processo penal poderia levar anos, ou uma geração inteira de jovens penalistas, para se consolidar. Por agora, no entanto, limito-me a este ensaio sobre alguns poucos tópicos a respeito dos quais gostaria de suscitar algumas hipóteses básicas de pesquisa. Levando-se em consideração que a pesquisa em ciências transformativas (*transformative sciences*) remontam a um campo altamente interdisciplinar, e sem desconsiderar a necessidade de ser o mais realista possível, que dizer, menos normativo nas recomendações de pesquisa –, este ensaio deliberadamente dialogará com distintas perspectivas ao longo de vários discursos disciplinares.

Na primeira parte, sugere-se que o processo penal transformativo deve empregar mais narrativas do que descrições, uma vez que as narrativas introduzem o valor trágico de vidas humanas reais no processo de tomada de decisões. Aqui será criticada a cisão entre obrigações morais e deveres jurídicos, além da alienação causada pela “juridificação” (*Verrechtlichung*, como detalhado *infra*, é a construção social dos conflitos por meio do processo penal). Na segunda parte, serão exploradas as possibilidades da vitimologia corporativa, campo originalmente concebido por Laufer. O propósito principal é acentuar que o estudo da vitimização corporativa poderia informar algumas possibilidades estratégicas para o reconhecimento dos processos de vitimização, como uma peça central das sanções jurídicas em face de comportamento corporativo socialmente danoso. Na terceira parte, após brevemente reposicionar o “giro emocional” na justiça criminal, pretende-se encapsular este impulso transformativo em uma sugestão bem clara: justiça restaurativa integrada à tecnologia de *compliance*

2 Para um conceito de ‘justiça criminal corporativa’ e reflexões críticas sobre a métrica da criminalidade corporativa, William Laufer, ‘The missing account of Progressive Corporate Criminal Law’, *New York University Journal of Law and Business*, 14/2017, p. 1-63.

e combinada com a função retributiva da pena, concebida como possível referencial teórico para endereçar as necessidades das vítimas de forma mais apropriada. Em conclusão, bastante próximo ao que Laufer propõe como sendo a linha progressista da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sugere-se que os recursos de *compliance* possam ser utilizados como uma poderosa estratégia *transformativa*.

2. UM PROCESSO PENAL TRANSFORMATIVO DEVERIA UTILIZAR NARRATIVAS MAIS DO QUE DESCRIÇÕES

Há muitas ideias interessantes que poderiam reforçar a noção de que o processo penal deveria utilizar narrativas no lugar de descrições. Não posso desenvolvê-lo em mais detalhes aqui, mas se trata de uma questão filosófica profunda a cisão entre obrigações morais e deveres jurídicos. Assumo aqui que o legado da doutrina kantiana torna bastante difícil a percepção da moral por força do direito. Posicionando este problema de forma simplificada, esta cisão obstrui a justificação da pena como uma reprovação moral no trâmite do processo penal. Na doutrina kantiana, os princípios práticos são meramente formais, e suprimem a dimensão subjetiva – material –. A formalização dos deveres jurídicos apartada da subjetividade material é condicional para assegurar a universalidade abstrata das normas jurídicas³. Pelo contrário, as obrigações morais requerem o senso de vontade autônoma para se orientar o comportamento conforme às normas jurídicas.

A cisão moral da doutrina jurídica poderia também ser entendida no plano sociológico, especialmente no que diz respeito à “juridificação” (a expressão original em alemão é *Verrechtlichung*), a condução do conflito que veicula a interpretação jurídica por meio do processo. Esta necessária reflexão sobre a juridificação pode ser encontrada no modelo sociológico proposto por Niklas Luhmann. Segundo ele, a essência do processo encontra-se na descrição. Isso dá fundamento à ideia de que a tomada de decisão jurídica está baseada na observação das estruturas descritivas, a partir das quais o sistema realiza sua função (em Luhmann: a “generalização congruente de expectativas normativas”⁴). A ideia parece até

3 Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Suhrkamp, 2007), p. 45 ff.

4 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp, 1993). Niklas Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (Hermann Luchterhand, 1986).

bastante razoável. O pensamento tradicional indica que o processo penal é baseado em construções sociais de sentido que não representam o conflito em si, mas apenas uma reconstrução fenomênica dele. Eis a razão pela qual o sistema jurídico poderia ser aplicado operacionalmente sem qualquer preocupação com justificações morais (não importa se orientado ou não por valoração moral), justiça social, reconhecimento, *fairness*, ou qualquer outra análise dos custos sociais decorrentes da tomada de decisão. Ainda em relação a Niklas Luhmann, a questão da legitimidade se refere a haver operado ou não um procedimento legítimo, (a expressão alemã para isso é *Legitimation durch Verfahren*)⁵. Por conseguinte, isso reduz o alcance regulatório do direito à organização do processo, à indiferença da distribuição das liberdades pessoais na sociedade ou do reconhecimento das vítimas.

Em relação a isso, Günther Teubner observa que o processo *aliena* o conflito: “na subsunção jurídica, os procedimentos burocráticos sujeitam os problemas concretos da vida a uma ‘violenta abstração’”⁶. Precisamente a isso se atribui o nome de juridificação, processo responsável por obstruir o juízo moral por meio das formalidades processuais. Assim como o sociólogo põe claramente, a ‘juridificação suscita a questão fundamental sobre o quê realmente constitui o problema. Um problema não é um artefato científico: é antes um constructo sociológico, a percepção por um grupo que ameaça os interesses de outro grupo’⁷. De fato, a cisão kantiana mencionada *supra* permanece irresoluta, porque os constructos sociais no processo acabam por “mutilar os conflitos sociais”, adstringindo a construção da verdade ao que está internalizado no processo. Assim como Teubner já havia apontado, a juridificação não resolve o conflito, ela simplesmente o “aliena”⁸, mutila as experiências sociais, afastando, por conseguinte, respostas socialmente adequadas⁹.

5 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. (Suhrkamp, 1983).

6 Günther Teubner. Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law’ (De Gruyter, 1987), p. 24. Originalmente, a ideia foi incorporada ao processo penal em Fernando Fernandes, *O processo penal como instrumento de política criminal* (Almedina, 2001), p. 94 ff.

7 *Op. cit.*, p. 51

8 Debatendo o modelo de Luhmann, e com referências à clássica ideia de Nils Christie sobre a “expropriação do conflito vitimal”, Emmanouil Billis; Nandor Knust, ‘Alternative types of procedure: aspects of social legitimacy’. Ulrich Sieber *et al* (ed) *Alternative systems of crime control* (Duncker & Humblot, 2018), p. 39-58 (“the lack of normative integration of the victims and the community affected by the original conflict into the criminal process make them almost disappear in this transposed state-conflict-resolution mechanism”, 51).

9 *Op. cit.*, p. 51.

Assumindo que o processo causa alienação dos aspectos morais no processo penal, algumas questões tornam a ser suscitadas: 1. que tipo de fundação teórica poderia desafiar o legado kantiano?; 2. as narrativas poderiam ser mais apelativas do que as descrições no processo?; 3. que tipo de contribuição qualitativa poderia ser trazida pelas narrativas para assegurar a dimensão moral no processo de tomada de decisão?; especialmente se considerarmos o âmbito corporativo, 4. as iniciativas corporativas poderiam prover constructos sociais para a cognição do processo penal mais significativas do que as tradicionais estruturas descritivas?; 5. as corporações poderiam assumir a liderança na busca de alternativas estratégicas para se atingir a *fairness* no processo penal?

Por agora, pretende-se discutir apenas o papel transformativo das narrativas como alternativa à natureza essencialmente descritiva do processo penal. À diferença das descrições, as narrativas podem introduzir a representação das tragédias humanas e dar voz às vítimas, trazendo valores concretos aos processos de tomada de decisão. As narrativas evitam a alienação. Narrativas são mais poderosas do que as descrições porque expõem os conflitos com base na vida social, para além da mera estrutura rígida e formalista do processo penal. Talvez por isso, contar a história das vítimas seja uma alternativa promissora para recobrar o senso moral perdido sobre as vidas humanas – e são essas vidas humanas que deveriam conduzir o sentido do processo penal!¹⁰. Em suma, a ideia central é que as ciências sociais transformativas, inspiradas pelo uso crítico das narrativas, poderiam impactar a construção social do processo penal, desde o comportamento desviante primário até a decisão nos tribunais.

Narrativas poderiam elevar o nível de conhecimento qualitativo, as lembranças e os processos de aprendizagem. É muito provável que o uso de narrativas poderia mesmo estimular uma consciência mais crítica a

10 Por exemplo, há muitas vantagens no emprego das ciências sociais para reduzir a criminalidade violenta: “The focus is on a ‘bad behavior, good person’ approach in which those present seek to reconnect the offender to his or her values, with the goal of motivating the offender to want to follow the rules in the future. The restorative justice approach seeks ways to heighten the offender’s future motivation to engage psychologically and behaviorally in society. This engagement includes developing or becoming more committed to social values that promote self-regulation, and consequently adhering more closely to laws and social regulations in the future, that is, to lower levels of rearrest. In other words, one important goal is being able to create better community members”, Tom Tyler; Lindsay Rankin. “Public attitudes and punitive policies”. Joel Dvoskin et al (ed) *Using social science to reduce violent offending*. (Oxford Press, 2012), p. 118.

respeito dos papéis sociais dos ofensores e vítimas. Como Mark Findlay e Ralph Henham analisaram extensamente, “os julgamentos (...) oferecem o fundamento linguístico e pragmático para a expansão do acesso e participação da vítima. Certamente, podem oferecer um mecanismo de *accountability*, a partir do qual os direitos podem ser verificados”¹¹. O argumento aqui é que o uso das narrativas das vítimas poderia ser uma estratégia bastante inspiradora para recobrar o juízo moral no processo decisório do sistema jurídico. Isso não é tão distinto da dinâmica do reconhecimento, tratamento da vítima com especial consideração à relação que ela estabelece com o ofensor e o sistema de justiça criminal¹².

Isso implica um espectro mais amplo de práticas transformativas, iniciando com o reconhecimento das vítimas do crime corporativo e conferindo-lhes o papel de protagonista no sistema de justiça criminal. É claro que estas ideias demandam pesquisa muito mais profunda, mas deixando por agora de lado a rejeição da agência moral das empresas (*corporate moral agency*) por parte de certos doutrinadores, o reconhecimento da vítima poderia prover uma identificação da culpabilidade muito mais acurada. Para que esta empreitada tenha algum sucesso, há algumas questões chave de pesquisa: como as empresas poderiam ajudar as vítimas a endereçar suas narrativas no processo penal? Os códigos de conduta corporativos e os procedimentos internos poderiam reconectar as obrigações morais e os deveres jurídicos? Ou para que a empresa seja somada como parte no processo, sobretudo como interessada na “reconciliação” com a infração? Qual poderia ser o valor de novas perspectivas normativas na obrigação moral das corporações? Ou, mais diretamente, estendendo-se o alcance da personalidade de vítima (*victimhood*) às corporações, é possível estabelecer com clareza o

11 Mark Findlay; Ralph Henham. *Transforming International Criminal Justice: retributive and restorative practice in the trial process.* (Willan, 2005), p. 292-294.

12 “This withdrawal of respect or recognition is our most basic response to wrongdoing and thus can correctly be described as the expressive form of *blame*. It is the most basic response to wrongdoing because it essentially involves the recognition that our relationship has changed in some way as a result of wrongdoing. Perhaps we can even say that wrongdoing – that is, the failure to do what it is one has a moral obligation to do – is just whatever properly motivates us to this withdrawal of recognition. What blame express, through its symbolic withdrawal of recognition, is a deterioration in relationships: it expresses the view that things have changed for the worse between ‘us’. A natural metaphor to reach for in explaining this is to talk about distance, or a rupture in relationships; we might even talk in more grandiose fashion about the alienation of the wrongdoer from the moral community”, Christopher Bennett. *The apology ritual: a philosophical theory of punishment.* (Cambridge Press, 2008), p. 107.

reconhecimento delas como vítimas? Mais empiricismo¹³ e experimentação a respeito poderia demonstrar como as coisas poderiam funcionar na prática.

Ao redor do mundo, os criminalistas estão intensivamente engajados em pesquisa comparada, na maioria das vezes delimitada a incrementar a qualidade da responsabilidade penal empresarial. No momento, a pesquisa em direito penal parece ainda negligenciar aspectos empíricos centrais sobre a extensão do comportamento corporativo socialmente danoso¹⁴, deixando de reconhecer as insuficiências na comparação dos sistemas de justiça criminal ou desafios interculturais¹⁵ a uma linha mais coerente quanto às estratégias punitivas. Com sutis variações entre si, os debates geralmente consistem na captura de diferentes tipos de comportamento organizacional com o mínimo de relevância para justificar o emprego das sanções penais, conflitos de jurisdições, baixa qualidade das instituições domésticas, e algum ceticismo sobre o potencial intimidatório das sanções administrativas. Há algumas questões ainda inexploradas, como a suposta autonomia moral das corporações como ofensoras ou como vítimas, sua consequente aceitação das normas ou compromisso com padrões éticos, seu papel em estruturar uma arquitetura regulatória, resistência às investigações criminais, ou, por fim, para mencionar uma tese sociológica mais controversa, também se ignora que a vítima da criminalidade corporativa é, na maioria dos casos, altamente dependente dos recursos da própria empresa. Em uma palavra, os sistemas jurídicos internacionais fracassam em endereçar com maior propriedade a reprovação social por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁶, e o crime corporativo é raramente concebido como uma falha moral.

13 Gabrio Forti *et al.* (org) *Victims & Corporations: implementation of Directive 2012-29-EU* (Justice Programme of the European Union, 2017).

14 Literatura empírica é escassa. Veja-se mais sobre em Ulrich Sieber; Marc Engelhart (ed) *Compliance programs for the prevention of economic crimes: an empirical survey of German companies* (Duncker & Humblot, 2014), p. 96-98, quantifying victimization of companies and third parties.

15 A analítica de Malcolm Feeley tem ainda muito valor: “The logic of comparative analysis – concomitant variation – has rarely been exploited effectively in the field since using the legal system or legal culture as the unit of analysis, like much of social science generally, is ‘negative’ or ‘corrective’, in that it is most successful in marshalling evidence to challenge or ‘disprove’ the accuracy of received wisdom or generalization put forward by others. However valuable this may be, it does little to advance explanatory analysis”, Malcom Feeley, *Comparative criminal law for criminologists: comparing for what purpose?*, David Nelken (ed) *Comparing legal cultures* (Dartmouth, 1997), p. 103.

16 Para uma análise mais profunda sobre a insuficiência da responsabilidade penal empresarial na experiência norte-americana, William Laufer, *Corporate bodies and guilty minds* (Chicago Press, 2006), p. 60 ff.

Se a falha moral reflete a ideia de falta de indignação moral em relação ao comportamento corporativo socialmente danoso (Laufer, *supra* nota 4), destaca-se o aspecto normativo nesta tentativa de conectá-la com a sugestão transformativa: trata-se de uma falha moral objetiva, combinada com a indiferença subjetiva no processo de tomada de decisão, a qual, em últimas consequências, leva à confusão moral na sociedade sobre os propósitos do processo penal e da punição. Outras pesquisas nas ciências sociais discutiram a necessidade de “restaurar a balança moral” na reação às infrações econômicas¹⁷, porém avaliando de forma bastante tímida quem e como é afetado pelo comportamento corporativo socialmente danoso. Daí porque, assumindo que as bases sociais da moral são alienadas pelo processo penal, o desafio mais delicado parece ser o de identificar as formas de legitimação coletiva do sistema de justiça criminal. Um passo além disso, talvez haja um espaço significativo para a pesquisa científica valer-se das ideias transformativas e começar a avaliar a legitimação moral da justiça criminal corporativa.

3. OS DESAFIOS DA VITIMIZAÇÃO CORPORATIVA, EMOÇÕES E RESTAURAÇÃO

Ao menos desde o assim chamado “efeito Arthur Andersen”, há muitas análises críticas oscilando entre a redução do dano colateral e a priorização de estratégias de *enforcement* – é muito curioso como os *memoranda* do DOJ despertam tantos debates no mundo todo¹⁸ –. É frustrante, no entanto, dar-se conta de que não há dados suficientes sobre como a vitimização corporativa teria sentido na construção social do processo penal¹⁹. Neste caso, constelações explanatórias colocariam mistificações sobre a escolha racional no lugar de um empiricismo mais significativo.

O conceito de vitimologia corporativa, um novo campo de pesquisa

17 Eg Dale Miller; Neil Vidmar, The social psychology of punishment reactions. *Law and Society Review*, 14/1980, p. 565-602.

18 Impressiona que o uso de *guidelines*, para auxílio de reguladores e de *enforcers* a articular suas estratégias reguladoras, seja uma tendência global. Por exemplo, o Grupo Crimint, na Argentina, preparou um consistente protocolo e abriu o debate ao crivo de especialistas internacionais, Juan Pablo Montiel; Nicolás Ayestarán (ed) *Lineamientos de Integridad* (Crimint, 2018).

19 Johnson, K. ‘Federal court processing of corporate, white collar, and common crime economic offenders over the past three decades’. *Mid-American Review of Sociology*, 11-1986, p. 25-44; mais específico sobre o papel das corporações e vitimização no processo penal, John Hagan, ‘Victims before the law: a study of victim involvement in the criminal justice process’, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 73/1982, p. 317-330.

originalmente proposto por William Laufer²⁰, poderia ser melhor explorado. Assim como Laufer expõe no seu trabalho mais recente: “(...) a vitimologia corporativa poderia revelar os níveis de vitimização nas várias dimensões em que os *stakeholders* estariam engajados; poderia rever nossa percepção sobre a culpabilidade corporativa em relação a possíveis sanções; e poderia corrigir a falsa percepção de que as infrações corporativas seriam, de alguma forma, vulnerações irrelevantes contra o Estado, contra a comunidade ou contra nós mesmos”. Consequência disso, a vitimização corporativa negligenciada mina a legitimação do processo penal empresarial. E, tão logo, sem que haja uma mais adequada apreensão da vitimização, os processos acabam condenados a reproduzir um senso deletério de “vácuo normativo” (*normlessness*) e desconfiança nas instituições.

Há algumas tentativas de seguir desenvolvendo a vitimologia corporativa. Pode-se, por exemplo, explorar a ideia de empresa como vítima (*corporate victimhood*). Se as corporações podem ser concebidas como vítimas, e não exclusivamente como ofensoras, logo a vitimologia corporativa tem muito a dizer ao sistema de justiça criminal. Uma primeira observação remonta ao estado geral de desinformação sobre as vítimas do crime corporativo. Elas normalmente sequer se sentem vitimizadas ou tem apenas uma ideia fragmentada das dimensões da vitimização. Uma segunda diz respeito ao dinamismo encontrado entre as organizações: em alguns casos, com o risco operacional tão alto no mercado de capitais, ofensores poderiam se converter instantaneamente em vítima, e, em um ciclo vicioso, retorna à posição de ofensor. Os escalões tradicionais da vitimização, quando aplicados no âmbito corporativo, são muito dinâmicos, em contexto bem similar ao que se conhece como “poli-vitimização”²¹. De qualquer forma, o propósito de uma categorização diferente da vitimização provê um referencial teórico mais atrativo para atribuir responsabilidade: 1. corporações como ofensoras; 2. corporações como vítimas; 3. vitimização no âmbito interno da corporação²². No entanto, ainda é muito frustrante a ausência de

20 William Laufer, ‘A very special regulatory milestone’. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2018, 413 ff.

21 Na vitimologia, David Finkelhör, *Developmental victimology*. R. Davis et al (ed) *Victims of crime*. (Sage, 2007), p. 28.

22 Todos os comentários são discutidos em maiores detalhes em Eduardo Saad-Diniz, *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais* (forthcoming, 2019).

fundamentação empírica mais representativa ou algum tipo de escala sobre a seriedade do dano, ou mesmo a extensão dos processos de vitimização que poderiam oferecer uma base mais sólida às tentativas de sistematização do campo da vitimologia corporativa.

Na prática, há ao menos duas estratégias possíveis para enfrentar o desafio da vitimização corporativa. Em primeiro lugar, parece bem convincente que a vitimologia corporativa poderia se valer do emprego dos direitos humanos, dando vida às necessidades das vítimas nos Tribunais. É uma sugestão razoável que os esforços internacionais de responsabilizar as multinacionais por graves violações de direitos humanos poderiam explorar as lições da vitimologia corporativa, incrementando o impacto na redução da vitimização.

Em um segundo momento, o “giro emocional” (*emotional turn*) da justiça criminal corporativa²³ desperta uma série de questões desafiadoras sobre as possibilidades de realização concreta da vitimologia corporativa, que certamente deve provocar revisões no discurso normativo sobre as emoções e as expressões. A proposta de Lawrence Sherman sobre uma ‘justiça emocionalmente inteligente’ (*emotionally intelligent justice*)²⁴ poderia ser uma alternativa mais do que bem-vinda para a justificação dos limites morais do papel das corporações no processo penal. Há uma série de argumentos razoáveis que reforçam o caráter transformativo das emoções: 1. vítimas querem expressar suas emoções e uma demanda justa (*fair claim*) por justiça²⁵, e não desejo de vingança; 2. vítimas tem o direito de não serem expropriadas do próprio conflito; 3. vítimas merecem empoderamento no processo, a necessidade de sentir que efetivamente tiveram escolha – e que estas escolhas são levadas a sério.

23 Assim como mencionado por William Laufer, durante o 5º Simpósio dos Jovens Penalistas em Freiburg, Alemanha.

24 Lawrence Sherman. ‘Reason for emotion: reinventing justice with theories, innovations, and research’. *Criminology*, 41/2003, p. 1-37.

25 “Victimhood produces grieving relatives, dominated by their hurt and loss, and survivors, maimed physically or psychologically, who take their victimhood into the future as a burden of grief and pain. Managing these emotions is foundational to peacemaking. These emotions are particularly divisive when all groups can claim themselves victims. The emotions around victimhood therefore need to be managed in such a way as to permit victimhood to be recognized as an issue, and the victims honoured, while moving them and the rest of society beyond the memory. This requires as a starting point a plural approach to victimhood by recognizing that all have suffered in different ways”. John Brewer, *Dealing with emotions in peacemaking*, Susanne Karstedt et al (ed). *Emotions, crime and justice*. (Hart, 2014), p. 309.

Dentre todas as alternativas de controle da criminalidade corporativa – sem mencionar o emprego de novas e promissoras tecnologias emergentes, que deveriam ser tratadas com maior propriedade em futuras pesquisas científicas e de implementação de políticas públicas –, a justiça restaurativa²⁶ parece ser uma luz no fim do túnel. É verdade que as evidências sobre a efetividade das práticas restaurativas na redução da criminalidade são, com poucas palavras, limitadas²⁷. Entretanto, seguem sendo uma promessa alternativa para “reconhecer os direitos daqueles esquecidos nos processos judiciais”²⁸, ao menos com estratégias inovadoras mais promissoras justamente pelo uso de processos menos formalizados e mediante participação mais efetiva no caso²⁹. Heather Strang, com bastante acuidade, conectou estas peças, afirmando que “é o trabalho da justiça restaurativa que poderia despertar emoções de remorso e perdão que beneficiam a todos os participantes. Quando isso se concretiza, então a agenda da justiça restaurativa se preenche de sentido”³⁰.

Para além da inclusão daqueles que são ordinariamente negligenciados pela justiça criminal, as práticas restaurativas dão muito mais espaço para narrativas transformativas e para suscitar questões morais no processo decisório, e esta é uma razão suficientemente convincente a partir da qual se argumenta em favor de estratégias alternativas: a cisão moral (obrigações

26 Heather Strang; John Braithwaite, *Restorative justice and civil society*. (Cambridge, 2001), p. 1-13. Conceitualmente, Strang e Braithwaite dividem a justiça restaurativa em três diferentes categorias: 1. procedimental, engajando todos os *stakeholders*; 2. valorativa (mecanismos alternativos à perspectiva tradicional de justiça); 3. integrada, idealmente concebida como um *continuum* entre o engajamento de *stakeholders* e formas alternativas de justiça.

27 Lawrence Sherman; Heather Strang *Restorative justice: the evidence* (The Smith Institute, 2007), p. 88 ff.

28 Mark Findlay; Ralph Henham. *op. cit.*, p. 292-294.

29 Participação, neste caso, significa “not only participating directly, they should be encouraged to do so to generate the emotional power upon which the ‘success’ of restorative justice depends”, Heather Strang. Is restorative justice imposing its agenda on victims?, Howard Zehr *et al* (ed), *Critical issues in Restorative Justice*. New York: Monsey, 2004, p. 95-106

30 De fato, as práticas restaurativas podem prover “means by which victim’s harms and needs are addressed, then the central role played by victims means that they are integral to the process. To be sure, victims may arrive at their conference full of retributive and bitter emotions, but this is usually no more than a normal reaction to the harm they have experienced. Only by acknowledging the legitimacy of these retributive emotions and permitting their expression can restorative justice be perceived as a mainstream alternative to the exclusive and impersonal punitive focus of the formal justice system. Without such an acknowledgment, restorative justice will remain limited to trivial disputes between people little affected by the crime or its treatment”, Heather Strang, Is restorative justice imposing its agenda on victims?, Howard Zehr *et al* (ed), *Critical issues in Restorative Justice*. New York: Monsey, 2004, p. 95-106:

morais vs. deveres jurídicos), o uso preferencial de narrativas na inclusão do aspecto subjetivo da vítima e de suas emoções. Além disso, Lawrence Sherman e Heather Stranger apresentam uma explicação que conecta teorias da emoção baseadas no *status* e no poder. Teoricamente, justiça restaurativa facilita a “transferência do poder do ofensor à vítima”, abrindo oportunidade para, no lugar disso, apologias e perdão³¹. Tomando por base esta questão, por agora é possível apenas somar alguns comentários ao papel das emoções no âmbito corporativo. Este ‘giro emocional’ trazido pelas práticas restaurativas nos leva ao desafio da restauração, um desafio bastante promissor ao setor privado.

Desde uma perspectiva normativa, o processo penal transformativo, ao combinar práticas restaurativas com a punição retributiva, acaba forjando a noção de justiça transformativa³². A questão particular sobre a reprovação moral do comportamento corporativo socialmente danoso implica desafiar as teorias jurídicas tradicionais e o juízo moral centrado na figura da autoridade competente – o juiz. O deslocamento parcial ao âmbito corporativo permite questionar se há de fato valores e práticas sociais que possam ser combinadas com *enforcement* mais inteligente e punição prioritária à severidade da conduta.

Também levanta problemas a respeito da carga simbólica que deve expressar uma condenação, notadamente no que diz respeito às emoções mais impactadas pelo comportamento corporativo socialmente danoso³³. Tal qual Fisse e Braithwaite já o afirmavam, o processo penal deveria tomar por foco atribuir valor e reconhecimento público às estratégias

31 Lawrence Sherman, Heather Strang, “Empathy for the devil: the nature and nurture of revenge”. Susanne Karstedt *et al* (ed) *Emotions, crime and justice*. (Hart, 2014), p. 145-168.

32 “*Transformative justice* is about dealing with both the injustice of being victimized and with the injustice of distributive justice. Transformative justice departs from the adversarialism of repressive, retributive, vengeful, and even restorative justice on the ground that these forms of justice serve to perpetuate and reproduce the marginal and disempowering conditions of the victimized and the enraged. Instead, policies of nonviolence are called for that seek to transform the dominant practices of our penal-justice systems and of the larger systems of distributive injustice throughout society. At the same time, transformative justice seeks to move victims from vengeance to forgiveness, from defensive hatred and alienation to altruistic empathy and protectiveness, as it seeks to respond to the needs of the most vulnerable and harmed in our society who require at a minimum four things: (a) answers to why they were victimized; (b) recognition of the wrongs they incurred; (c) restitution for the injuries they received, and (d) the restoration or establishment of peace and security lost or never obtained”, Gregg Barak, *Violence and nonviolence: pathways to understanding*. (Sage, 2003), p. 323.

33 Christopher Bennett. *The apology ritual: a philosophical theory of punishment*. (Cambridge Press, 2008), p. 145

corporativas³⁴. Em minha opinião, a “autorregulação regulada” (ou mais próximo de sua formulação original, a “autorregulação submetida a *enforcement*” – *enforced self-regulation*) não deveria ser tomada como mais um dogma que nos forçamos a reproduzir na pesquisa científica latino-americana. O próprio Braithwaite avaliou criticamente esta ideia em uma série de oportunidades. Ele sugere, por exemplo, algumas alternativas bastante criativas à falta da “arma benigna” (*big benign gun*) nos países em desenvolvimento³⁵, sobretudo porque estes países sequer dispõem de sanções jurídicas mais consistentes em seus ordenamentos.

Espera-se que as ciências criminais encontrem a oportunidade para encorajar a experimentação científica e introduzir práticas sociais mais inovadoras no epicentro do processo penal. A teoria social poderia ser de toda relevância aqui, ao menos em minha opinião, para nos auxiliar a definir como a responsabilidade penal empresarial pode assumir diferentes significados em distintas redes sociais (*social networks*). Parece ser matéria de alta indagação revelar em que condições sociais, que tipo de sociedade e que qualidade de valores humanos poderiam referenciar nossas perspectivas teóricas. Talvez já baste com reconhecer que as corporações estão fortemente interconectadas com as interações sociais e que as companhias impactam as modernas formas de solidariedade e coesão social. Talvez a única questão essencial seja articular com mais consistência os argumentos, evitando o caráter excessiva ou exclusivamente normativo das especulações teóricas sobre a matéria.

Não é sem razão que muitos criminólogos já desgastados pelo ceticismo em relação ao papel das ciências criminais vejam apenas fachada nos programas de *compliance* e tenham tão reduzida expectativa quanto ao rendimento nas práticas restaurativas. Em relação à vitimização corporativa, a justiça restaurativa se depara com desafios ainda mais delicados, tal qual Richard Young já o prenunciava: natureza excludente da maior parte do controle da criminalidade corporativa, rigidez das respostas corporativas, ‘vitimização repetida’ e rotinização da participação das empresas em

34 Brent Fisse; John Braithwaite, *Corporations, crime and accountability* (Cambridge Press, 1993), p. 218-238.

35 John Braithwaite, ‘Responsive regulation and developing economies’. *World Development*, 34/2006, p. 884-898.

práticas restaurativas, além de questões envolvendo representatividade³⁶. Para além disso, não raro se depara com distorções em referência à restauração como mera questão de substituição da punição por práticas restaurativas³⁷.

Neste ensaio, não é possível investigar em mais detalhes nem a função retributiva da punição nem a falta de efeito intimidatório na criminalidade corporativa³⁸, mas, mesmo apesar de suas limitações, há muitas vantagens na orientação restaurativa centrada na figura da vítima e isso poderia ser bem mais apelativo para uma perspectiva transformativa. Por agora, poderia elencar alguns benefícios teóricos e outros um tanto mais práticos. Teoricamente, práticas restaurativas orientadas às vítimas acarretam consequências normativas mais profundas: a universalidade da justiça oferecida em processos regulares se preenche com um sentido mais sólido de justiça sensível ao contexto e intersubjetivo - deliberativo³⁹ -, melhor acomodando um campo mais amplo de expectativas legítimas no âmbito corporativo.

Na prática, Findlay e Henham mencionam: “tem-se, crescentemente, conferido voz à vítima e seus representantes. Não tardaria muito em ampliar o alcance desta voz na linha dos interesses restaurativos articulados com penas retributivas”⁴⁰. Neste sentido, pesquisas futuras poderiam aprender com a vitimologia corporativa e apresentar soluções inovadoras sobre como utilizar recursos de *compliance* para dar voz às vítimas e aplicar justiça restaurativa de acordo com tecnologia própria de *compliance*. Para ficar apenas com as questões mais inevitáveis: o que e por que aconteceu?

36 Richard Young, Testing the limits of restorative justice: the case of corporate victims. Carolyn Hoyle; Richard Young (ed) *New visions of crime victims* (Hart, 2002), p. 133-172.

37 David Vogt, 'The aims of restorative justice: some philosophical remarks on the challenges of integrating restorative justice into the criminal justice system. Reconciling the irreconcilable?', Linda Gröning; Jorn Jacobsen (ed) *Restorative justice and criminal justice: exploring the relationship*. (Santerus, 2012), p. 21-40.

38 Seminal, Sally Simpson, *Corporate crime, law, and social control* (Cambridge Press, 2002), 180 f.

39 Op. cit.

40 Findlay e Henham apontam outros resultados possíveis para esta combinação entre práticas restaurativas e punição retributiva: “disestablishing the professional monopoly over trial communication; deconstructing legal language to open up meaning to lay participants; reframing judicial discretion to facilitate more flexible and spontaneous levels of trial conversation; allowing the determination of truth to divert trial outcomes from the determination of individual liability through determinations of guilty; staging trial outcomes where RJ can precede and perhaps defuse the need for findings of guilt, and sentence to follow; softening the entry and exit stages in the trial and making the accountability of the process serve more than the satisfaction of professional participants”, Mark Findlay; Ralph Henham. *Op. cit.*, p. 292-294.

As companhias precipitaram a própria vitimização ao assumir riscos? E se acontecer novamente? O que isso diz a respeito de minhas estruturas de *compliance*? Quanta dor e sofrimento as corporações causaram a seus *stakeholders*? Bastaria com reparar o dano? As empresas tem capacidade para restaurar? E, finalmente, o que as iniciativas corporativas nos dizem a respeito de possíveis melhorias nas estratégias de *enforcement* e na política regulatória?

4. CONCLUSÕES: EXPLORANDO *COMPLIANCE* COMO IMPULSO TRANSFORMATIVO

Impressiona como faltam elementos empíricos sobre quem foi lesionado, que tipo de necessidade eles têm, quem está obrigado a ampará-los, quais são as causas, quem detém um *stake* no conflito, como ele poderia ser restaurado? Há uma lista de questões complementares, tais como: as vítimas são suficientemente amparadas? Emocionalmente? Protegidas contra violações subsequentes? Elas têm voz nos processos? São suficientemente informadas? Curiosamente, há escassa literatura debatendo a reorientação normativa do papel das corporações no processo penal. É ainda mais difícil encontrar referências que conduzam a novas estratégias de argumentação moral. Pode ser que esta nova *rationale* não necessite mais tanto esforço especulativo ou intermináveis discussões metafísicas sobre valores ou cultura. Talvez Laufer tenha razão, e esta *rationale* possa encontrar fundamento em experimentações mais claras sobre como conectar as peças que informam a reação penal ao comportamento corporativo socialmente danoso. E isso não apenas evidenciando o que funciona (*what works*), mas endereçando o que realmente importa (*what really matters*): as necessidades das vítimas, a redução das causas do crime e do sofrimento na sociedade mundial.

Culpabilidade e agência moral persistem como elemento central neste campo de pesquisa⁴¹. Este debate teórico, no entanto, deveria evitar o pedestal filosófico ou armadilhas semânticas. Talvez seja hora de se dar conta de que estamos excessivamente agrilhoados em solilóquios acadêmicos, falando apenas para nós mesmos a partir de teorias elegantes e

41 Veja-se, por exemplo, Amy Sepinwall, 'Blame, emotion and the corporation', Eric Orts *et al* (ed) *The moral responsibility of firms* (Oxford Press, 2016) p. 143-168.

auto-emulatórias, vivendo isolados em nossos próprios pensamentos ao evitar o enfrentamento de nossas qualidades humanas mais essenciais que nos levam à justiça social. Na propositura de novas teorias neste campo, a partir das mediações da construção social da culpabilidade corporativa (*social construction of corporate fault*)⁴², há o risco de se empenhar em novas teorias que na verdade não passam de reciclagem de teorias velhas.

A mim me parece que a responsabilidade penal empresarial possa ser concebida de acordo com uma compreensão clara e objetiva de suas dimensões estruturais e poder. O que poderia ser mais simples – e justo – do que avaliar o dano, identificar as vítimas e endereçar uma resposta adequada às empresas? Não gostaria de fazer mais um apelo ingênuo à compaixão com as vítimas da criminalidade corporativa, apenas me posiciono sobre o fato de que as teorias não devem ter preocupação maior do que articular a justiça social, seguindo concepções democráticas mais intensas. O *corpus theoreticus* que falta neste campo deveria ser menos voltado a novas teorias sobre a personalidade das empresas e mais fértil na articulação de estratégias realistas de regulação e controle do comportamento corporativo.

Parece que a centralidade do Estado, como *locus* privilegiado de atribuição de responsabilidade, tem sido atualmente desafiada por significativas mobilizações em torno da “privatização” do sistema de justiça criminal. Se este deslocamento para o setor privado é cada vez mais frequente, o papel das corporações no processo penal não poderia simplesmente reproduzir o papel “regular” de ofensores e vítimas no processo penal. A sua vez, esforços no sentido de uma “autorregulação regulada”, de “estruturas de incentivo”, de “escolhas racionais”, ou de “efetividade”, apesar de sua recorrente citação na literatura, ainda merecem muito mais atenção da pesquisa científica. Esta leitura transformativa sobre o papel das corporações no processo penal poderia sugerir uma revisão do próprio sistema de justiça criminal. A seu modo, a densidade da pesquisa é extremamente desproporcional e mal distribuída nas várias partes do mundo. Os esforços científicos *colaborativos* deveriam interrogar as condições sociais e as relações entre as partes do processo, assumindo que o crime não é uma pressuposição fenomênica, mas sim decorrente de construção social.

42 William Laufer (nota 24).

As ciências criminais deveriam olhar para as iniciativas corporativas como impulso transformativo. Isso implica o engajamento em novas práticas sociais e experimentações com a práticas de *compliance*. Uma vez mais com Laufer, as estratégias de autorregulação corporativa constituem elemento central para se alcançar a “convergência de *compliance*” (*compliance convergence*)⁴³ e novas arenas de expressão do comportamento ético⁴⁴. É a chave, tal qual pensamos, para liberar os padrões tradicionais do processo penal em torno de uma mais inclusiva construção social da verdade. O processo penal é o mais robusto instrumento à disposição do sistema de justiça criminal, mas alcançar ainda maior proeminência se estiver construtivamente aberto a novas narrativas de autorregulação, explicando com maior profundidade os processos de vitimização corporativa, crime e atribuição de responsabilidade. Desta forma, as corporações poderiam representar o papel de atores *transformativos* no processo penal.

43 “Compliance convergence” consiste em iniciativas corporativas mensuráveis, que provêm a “convergence of informal corporate social controls”, William Laufer, *The missing account... op. cit.* 63. As ciências criminais deveriam se empenhar em maior experimentação neste campo. Transformar o papel das corporações no processo penal talvez seja alinhar-se à flexibilidade do âmbito corporativo. Por um lado, conceder mais espaço para atores não-estatais poderia ser uma estratégia muito promissora para ajudar a priorizar as estratégias de *enforcement* aos casos mais danosos. Por outro, é bastante razoável empregar mecanismos de verificação intensiva de direitos fundamentais para controlar os abusos sob a “forma” (*shape*) ou os “valores partilhados” (*shared values*) advindos das expectativas corporativas. Este primado da regulação privada tem sido amplamente debatido no campo da violação de direitos humanos no âmbito corporativo, veja-se, por exemplo, Darian-Smith; C. Scott, “Regulation and human rights in socio-legal scholarship”. *Law and Policy*, 31, 2009, p. 271-276. See also: Barnali Choudhury, “Hardening soft law initiatives in business and human Rights”. Jean Du Plessis *et al* (ed) *Corporate governance codes for the 21st Century*. (Springer, 2017), p. 189-208 (“growing nonstate regulatory power requires either an acceptance of diminished rights or the elaboration of a new rights narrative which more effectively embraces private power”).

44 Longamente sobre, Eduardo Saad-Diniz, *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial* (Revista dos Tribunais, 2019).

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE INVESTIGAÇÃO E SANÇÕES PARA CRIMES CORPORATIVOS NO BRASIL¹

Dr. Daniel Guimarães Zveibil
Dr. Evandro Fernandes de Pontes
Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr
Msc. Flávio Boechat Albernaz
Prof. Dr. José Antonio Siqueira Pontes

1. INTRODUÇÃO

A. Desenvolvimento e impacto da criminalidade econômica.²

1. Visão geral sobre desenvolvimento e impacto da criminalidade econômica na história do Brasil: Causas antigas.

Um estudo abrangente sobre o desenvolvimento da criminalidade econômica pode levar a algumas questões envolvendo fatos históricos e culturais sobre as raízes do país sob investigação. Além das conhecidas dificuldades de critérios e interpretações nas ciências sociais em relação aos principais traços de uma cultura nacional, pode haver uma dificuldade especial em países em que a estabilidade política e institucional não têm sido uma característica forte nas últimas décadas, o que coloca as origens do Brasil e o desenvolvimento da corrupção em uma tarefa muito difícil.

Não obstante, a análise da mais conceituada literatura sobre história da cultura e sociologia da sociedade brasileira revela alguns traços comuns que podem levar a algumas descrições principais das causas antigas e do

1 O presente trabalho foi preparado como Relatório Brasileiro para o tema homônimo ao do título com intuito de servir de subsídio ao relatório geral sobre o tema elaborado por Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber, ao final publicado em Sieber, U. (Ed.). (2019). *Prevention, Investigation, and Sanctioning of Economic Crime : National Perspectives* (International Colloquium Section III, Freiburg, 18-20 June 2018). *Revue internationale de droit pénal* (Vol. 90). Antwerpen: Maklu. O presente texto é a versão completa do Relatório e não sua versão final tal como enviado para análise da Coordenação Geral. Coordenação do relatório brasileiro pelo Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr. Tradução parcial de itens redigidos e apresentados originalmente em inglês por José Antonio Siqueira Pontes.

2 Tópico redigido por José Antonio Siqueira Pontes.

desenvolvimento recente dos fenômenos de corrupção, além das interpretações heterogêneas.

Desde os primeiros registros do território ocupado pelo Brasil no século XVI, a ausência de uma integração política entre os colonos e a administração central de Portugal nos primeiros períodos da colonização forçou uma formação tardia de um estado burocrático moderno. Segundo **Oliveira Viana**, a fraqueza da sociedade brasileira desde sua origem rural até a formação dos primeiros centros urbanos ocorreu devido à insuficiente mediação cultural para superar as relações eminentemente privadas, patriarcais e familiares, o que pode explicar a ausência de uma civilização coletiva, pública, solidária e ordenada.³

As mesmas características aparecem em outro grande intérprete do Brasil, **Buarque de Holanda**, a quem a importância do *patriarcalismo* familiar e rural ganha ênfase na herança ibérica dos novos colonizadores brasileiros. O chamado “*iberianismo*” seria caracterizado por formas mornas de organização com laços de solidariedade social baseados no *culto à personalidade*, com valorização de formas de individualismo e independência que se baseiam mais no *afeto* do que na racionalidade.⁴

Os colonizadores do Brasil, segundo outros autores, teriam um traço principal que dificultava a valorização do trabalho e o espírito de individualismo renascentista encontrado em outros países de cultura europeia. Em vez disso, o espírito *aventureiro*, a *falta de planejamento*, a preferência pelo *ganho fácil*, a ausência de orgulho de raça (porque os ibéricos seriam os mesmos “mestiços”) eram os principais valores. Isso explicaria o domínio das relações familiares durante séculos na colônia agrícola que fez do crescimento lento e tardio das cidades uma extensão da vida rural, em que a mentalidade da “casa grande” (oposta à ‘Senzala’ aos escravos), portanto as questões privadas, invadia o sentido de interesse público da metrópole. O Estado e sua burocracia, à medida que se desenvolve lentamente, não possuem numerosos quadros de classe média para compor funções públicas com competência. Assim, as estruturas sociais e culturais são descritas pelo

3 OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. *Populações Meridionais do Brasil* (publicado em 1918). Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. 424 p. -- Edições do Senado Federal ; v. 27 - edição online: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf000067.pdf>

4 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo : Companhia das letras. 1995 (publicado em 1936).

conceito-chave de **Buarque de Holanda**: o “*homem cordial*”, o resultado específico da “*plasticidade*” das tradições portuguesas a partir de relações afetivas, que teriam sido a principal causa da falta de um Brasil sociedade civil madura e Estado público e impessoal até os dias de hoje.⁵

A análise semelhante é feita pelo sociólogo **Gilberto Freyre**, a quem o forte elemento constitutivo do Estado brasileiro são o “*privatismo*” do “mando” rural-patriarcal e os interesses das famílias transportados para o meio urbano. A mesma “plasticidade” vista por Holanda é um traço importante para Freyre, porém a forte característica na formação da cultura brasileira, segundo ele, não é exatamente uma herança ibérica, mas a adaptação real e histórica dos portugueses aos trópicos, o que significa um *não-europeísmo* que favoreceu o surgimento de uma cultura *híbrida, racialmente misturada* e com contrastes específicos.⁶ Os resultados são semelhantes: em *Sobrados e Mucambos*, Freyre interpreta os reflexos da vida agrária no processo de urbanização como o único caminho espontâneo da formação de uma cultura pública e política na qual o patrimônio coletivo é tratado como privado. Ou seja, o Brasil tem sua vida social e espírito público baseado na vida privada da “casa grande” agrária.⁷

Essa ideia reflete a noção teorizada de “*patrimonialismo*” comumente identificada pelos intérpretes como um traço principal da formação cultural da sociedade urbana brasileira no período colonial, um conceito que poderia estar ligado a uma história de corrupção nacional em um sentido mais amplo.⁸ Com dois outros conceitos bem discutidos de “*coronelismo*” e “*clientelismo*”, as formas como o espírito público tem sido conduzido no Brasil podem levar a uma compreensão mais abrangente dos dias atuais.

No final do século XIX, uma vez que os chefes dos clãs tradicionais tinham a riqueza necessária para armar as tropas e garantir a presença do Estado nas cidades do interior, a *Guarda Nacional* brasileira distribuiu patentes militares a civis da oligarquia rural para garantir a ordem local,

5 HOLANDA, idem, especialmente pp. 145-146.

6 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro : Record. 2001.

7 FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. Rio de Janeiro : J. Olympio. 1981. Especially pages 74 and 76.

8 SACRAMENTO, Ana Rita Silva & DE PINHO, José Antonio G. “Patrimonialismo”.in: GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurelio. *Dicionário De Políticas Públicas* - 2ª EDIÇÃO. São Paulo: UNESP. 2015, p. 665 e ss.

dando origem oficial aos *coronéis*. No primeiro período da República Brasileira (1889-1930), os municípios não tinham autonomia política, enquanto os cargos dos executivos dos Estados federais e da União eram escolhidos por eleição direta. As elites rurais estavam em declínio em várias regiões do país devido à crescente urbanização (fenômeno tardio no Brasil) e ao encolhimento da economia açucareira. Uma rede de relações extralegis criou algumas realidades políticas baseadas na troca de favores, com os *coronéis* figurando como as autoridades “de fato”, responsáveis por angariar recursos para os governos oficiais⁹. In exchange, they regimented by means of persuasion and violence the necessary votes to ensure the regional alliances with the states Government and consequently with the federal powers, phenomenon that has become known as “*vote by halter*” (“voto de cabresto”).

Em troca, eles regimentavam por meio de persuasão e violência os votos necessários para garantir as alianças regionais com os governos dos Estados regionais e, conseqüentemente, com os poderes federais, fenômeno que ficou conhecido como “voto de cabresto”.¹⁰⁻¹¹

O desenvolvimento gradual das cidades e o crescente êxodo rural enfraquece os poderes do coronel, o que forçou novas mediações de posições, apoio político etc.¹² que levou muitos estudiosos a identificarem a transfor-

9 KERBAUY, Maria Teresa Miceli. “Coronelismo”, In: GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurelio. *Dicionário De Políticas Públicas - 2ª EDIÇÃO*. São Paulo: UNESP. 2015, p.203

10 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* (O município e o regime representativo no Brasil). São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1976.

11 *Não há, todavia, tal unanimidade da mesma forma como o próprio iberismo, como fenômeno de relação social baseada no personalismo das relações e no patrimonialismo como ética da coisa pública. Não cabendo espaço para considerações mais profundas em torno das divergências, destacamos apenas as controvérsias em torno da obra de Richard Graham (GRAHAM, Richard. 1997. Clientelismo e Política no Brasil do Século XIX. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ. 542 pp.), no sentido de que a relação patronagem-clientelismo seria de longa duração e explicativa de toda a história brasileira, o que pode ser contestado pela identificação de fenômenos semelhantes na formação das sociedades inglesa e estadunidense também no século XIX. Para todos os efeitos, o texto de CUNHA traça linha demarcatória das principais controvérsias, inclusive sobre a possível recusa do conceito de iberismo fincado como pilar de parte importante da literatura de formação do povo brasileiro e, de modo bastante sensível, o alerta para a complexidade das realidades díspares no tempo e no espaço da história do Brasil, tornando necessárias análises mais atentas dos diversos momentos e peculiaridades regionais dos laços culturais ou redes clientelares na formação da noção de espírito público. CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientelares: a aparente duração alargada de um mesmo conceito na história política brasileira. História, Franca, v. 25, n. 1, p. 226-247, 2006. disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742006000100011&lng=en&nrm=iso>. acesso 04 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-90742006000100011>.*

12 “O eleitorado apoia este ou aquele político por se achar ligado aos mesmos por vínculos de

mação do coronelismo em relações ainda guiadas por interesses privados, mas agora com traços tradicionalmente associados ao “clientelismo”, um fenômeno mais urbano e geograficamente centralizado.¹³

A noção de *patrimonialismo* também pode se aproximar do *clientelismo* na análise de alguns autores, como acontece com **Buarque de Holanda**, que o identificou como uma notória deficiência de funcionários públicos para distinguir entre bens públicos e privados¹⁴. Mas também **Raimundo Faoro** atribui uma herança aristocrática da nobreza ibérica real aos modos brasileiros de governar em nome de interesses privados e identifica a passagem direta de uma sociedade tradicional portuguesa para uma sociedade urbana industrial com uma burocracia ineficiente e a ausência de uma autêntica revolução burguesa que pudesse dar corpo e espírito a uma sociedade civil forte.

Os traços recentes da sociedade brasileira como fraca e alienada, com uma burocracia perdulária, governada por um elenco político que governa os interesses privados sob a roupagem dos interesses universais, seriam um resultado evidente desse processo.¹⁵ Um dos resultados dessa passagem do Brasil tradicional para a era industrial, segundo **Buarque de Holanda**, é a importação abstrata ou distorcida de conceitos políticos europeus ou anglo-saxões com a clara intenção de alimentar o espírito patriarcal e patrimonial, ou seja, o uso de conceitos burgueses para uma sociedade sem burguesia, que só serviriam para ajustar o estado à manutenção de privilégios de classe, tradicionalmente baseados na oposição entre a aristocracia rural (depois urbana) e os escravos (depois classes pobres urbanas).

interesse pessoal. Cada líder tem os seus clientes. Esses clientes são, na alta burguesia, pessoas cujos negócios terão financiamentos ou mercados se o político de quem dependem chegar ao poder. Na classe média, são a inumerável coorte dos que necessitam de empregos públicos, de promoções e de outros favores que lhes poderão ser dispensados se a pessoa influente de suas relações entrar para o governo. Apenas a classe operária, por razões que lhes são específicas, está em grande margem fora do jogo da clientela.” JAGUARIBE, Hélio. “Política de clientela e política ideológica”. *Digesto Econômico*, VI, 68, Julho de 1950., p. 48 (*apud* ARANTES, Cláudio N.S. *O clientelismo, a política e a ciência política brasileiras: uma revisão da literatura*. Trabalho de disciplina FFLCH-USP. Cópia pessoal concedida pelo autor. 1998)

13 REIS, Fábio Wanderley. “Clientelismo” In: GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário De Políticas Públicas - 2ª EDIÇÃO*. São Paulo: UNESP. 2015, p.147

14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Cit.

15 FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Globo, 2012.

Raimundo Faoro discorda da maioria na análise das relações *clientelistas* e *patrimonialistas*, pois ele vê na sociedade brasileira recente a predominância de uma burocracia permanente e autônoma em relação a outros laços de interesse particular ou grupos privados. Isso significa que a ideia de predominância do interesse privado sobre o público coloca o aparato do Estado em uma posição um tanto submissa ou dependente, o que não é verdade para ele. Ao contrário, **Faoro** diz que o Estado patrimonial assume, de fato, aspectos de órgãos públicos ou “estamentos” com uma lógica distinta e contrária ao simples privatismo. É o próprio Estado que tomará proporções que moldam a sociedade em vez de ser moldada por ela.¹⁶

No entanto, essas considerações sóbrias e pesadas não poderiam descrever uma cultura inteira com precisão, expressando aproximadamente as possíveis razões pelas quais interesses privados e elitistas normalmente convivem com a modernidade de uma burocracia profissional e extensa, indicando razões para os direitos universais e um corpo jurídico de espírito republicano terem se tornado no Brasil um conjunto vaidoso de promessas formais boicotadas por práticas *clientelistas* reais, de modo que os recursos do Estado pudessem ser desviados em troca de apoio político ou eleitoral. Os fatos em torno da corrupção e outras más práticas na gestão do interesse público, observadas nas últimas três décadas da história recente mostram que, mesmo após a constituição de 1988 e apesar com o fortalecimento das instituições democráticas, esses traços da formação cultural descrita pelos seus intérpretes mais destacados permanecem presentes ou com marcada influência no Brasil de hoje.

2. Desenvolvimentos recentes: A “Operação Lava-Jato” revelando o passado.

Os três séculos de colonização portuguesa revelam incontáveis registros de apropriação das funções públicas pela ganância privada, descritos como prática comum em Portugal e nas colônias¹⁷; mas, por outro lado, há algumas vozes dissonantes que preferem evitar “anacronismos”¹⁸ no sentido

16 FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Especialmente p.823

17 PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

18 ROMEIRO, Adriana. A corrupção na Época Moderna - conceitos e desafios metodológicos.

de que não havia um conceito claro de “corrupção” em uma nação em formação, ou se ainda que houvesse, não seria um processo linear porque, por exemplo, a apropriação de impostos reais por funcionários portugueses não era considerada prática ilegal por um razoável período de exploração colonial; ao contrário, era considerada uma “parceria”, um sinal de eficiência para que os reis pudessem obter seus recursos de forasteiros em paz.¹⁹

No período conhecido como “Primeira República” (1889-1930), a história da cultura brasileira revela as mesmas tendências aos privilégios privados e à falta de senso público na substituição dos modos rurais e patriarcais da vida colonial. As décadas que se seguiram viram um forte período de urbanização (de 31% em 1940 para 80% em 2000)²⁰, o que poderia conduzir a um bom nível de estabilidade política para fortalecer um senso burocrático de espírito público relativamente neutro. Mas não foi o caso dos anos 1930-1945 e 1964-1988, ambos períodos de ditaduras que bloquearam o desenvolvimento de instituições democráticas e políticas públicas de educação, entre outras medidas para reduzir as fraturas socioeconômicas históricas do Brasil e mudar os traços *clientelistas* e *patrimonialistas* da cultura herdada.

Reduzindo o alcance da análise para as últimas três décadas, vistas a partir dos dias atuais, é claro que o período de redemocratização após 1988 fortaleceu razoavelmente as instituições públicas como o judiciário, as polícias federais e locais e os promotores de justiça de forma incomparável com períodos anteriores. Mas, ao mesmo tempo, as formas de financiamento eleitoral, de licitações e de nomeações políticas para cargos de chefia em governos e em empresas estatais revelaram também uma sofisticação recente de procedimentos e práticas de corrupção que remontam aos limites antigos.

Tempo [online]. 2015, vol.21, n.38 [acesso 2017-10-10], pp.216-237. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042015000200216&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1413-7704.

19 Por exemplo, as práticas de governantes e funcionários em Pernambuco, durante o século XVII, em nome do Rei de Portugal. cf. MELLO, Evaldo Cabral de. Pernambuco no período colonial. In: AVRITZER, L., BIGNOTTO, N., et al. *Corrupção: ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

20 IBGE, Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979.

Pelo menos três dos maiores escândalos de corrupção revelados nas últimas décadas mostraram semelhanças no *modus operandi*: essas investigações foram chamadas de *Lava-Jato* (2014), *Mensalão* (2005) e *Banestado* (2003).

Mais recentemente, desde 2014, uma investigação federal sobre tráfico de drogas começou a desvendar um esquema de lavagem de dinheiro que seria considerado típico se não fosse o envolvimento da alta diretoria das maiores empresas estatais do Brasil: *Petrobras* e *Eletrobras-Eletronuclear*. A chamada *Operação Lava-Jato* defraudou um esquema que usava traficantes de dólares no mercado paralelo em uma rede de lavagem de dinheiro para legalizar as somas de contratos superfaturados ou mesmo contratos falsos assinados pelas gigantes estatais brasileiras. O esquema ligava, de um lado, políticos e, de outro lado, as maiores construtoras do país.

A *Operação Lava-Jato* é um símbolo destacado pela grande mídia, o principal escândalo de uma série de outras investigações conduzidas por autoridades federais nos últimos anos porque alguns réus foram figuras importantes no cenário político: Presidentes da República, ex-Presidentes, deputados, senadores, Ministros de Estado, banqueiros, grandes empresários etc. O apoio político concedido em troca de lavagem de dinheiro teve o mesmo *modus operandi* usado no anterior *Caso Mensalão* – um processo criminal exclusivamente no Supremo Tribunal Federal desde 2005, que revelou um esquema de compra de votos na Câmara dos Deputados durante os anos do governo Lula (2000 a 2008)²¹. E ainda, os mesmos esquemas de operações em dólar do mercado ilegal, os mesmos bancos e as mesmas contas *offshore* de um banco brasileiro ligavam o *Mensalão* a um terceiro escândalo ainda mais antigo, o caso *Banestado*.

21 Um dos maiores escândalos políticos de corrupção da história recente do Brasil. Condenação de políticos importantes do gabinete de Lula e congressistas. Julgamento concluído em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal. Os arquivos revelaram uma conspiração entre empresas privadas e agentes públicos (parlamentares, ministros, diretores de órgãos públicos), com dinheiro lavado para financiar partidos políticos e compra de votos no Congresso, dando maiorias às políticas de Lula. Os contratos de prestação de serviços de publicidade e consultoria foram simulados pelo presidente do Congresso (Dep. João Paulo Cunha). Os recursos públicos foram apropriados em contratos entre empresas e o Banco do Brasil (público, de economia mista). Também foram elaborados contratos falsos ou superfaturados entre empresas privadas e públicas: Correios, Câmara dos Deputados, Banco do Brasil etc. Os subornos para a aprovação de leis eram concedidos em um regime de pagamento mensal (*Mensalão*). De acordo com as conclusões das investigações, o esquema foi coordenado pelo Ministro da Casa Civil de Lula, José Dirceu, e pelo tesoureiro de seu partido político, o Partido dos Trabalhadores – PT.

Embora considerado um escândalo mais local e restrito no cenário político, o caso Banestado foi uma investigação iniciada em 2003 para apurar fatos ocorridos durante os anos 1990. Foi desvendado um grande esquema de lavagem de dinheiro que podia ser considerado um ponto de partida para as formas mais recentes de corrupção sistêmica na gestão do patrimônio público²². O Banestado era um banco estatal de Minas Gerais e seus diretores permitiram a criação de várias contas usadas para limpar dinheiro sujo e financiar campanhas de partidos políticos em “caixa dois”. Mais de US\$ 30 bilhões passaram por essas contas de 1996 a 2002 nessas operações ilegais com triangulações internacionais.

A *Operação Lava-Jato* também revelou como os contratos de licitação pública têm sido realizados no Brasil nos últimos 30 anos. Havia, na verdade, um cartel de empresas em que o vencedor de um contrato de licitação pública era sempre escolhido anteriormente pelo chamado “clube” de empreiteiras. Era um enorme esquema de corrupção com a mesma triangulação entre *agentes públicos* (políticos, empresas estatais, servidores públicos), *empresas privadas* (serviços, construtoras, vendedores) e o *setor financeiro* (bancos públicos, bancos privados e “doleiros”). Os beneficiários finais foram os partidos políticos e seus líderes que poderiam garantir as diretorias das empresas públicas por via de nomeação política de seus apadrinhados. O dinheiro era usado para financiar campanhas eleitorais, para ganhar eleições e dar apoio às maiorias no Parlamento, mantendo as

22 O esquema utilizava o BANESTADO (Banco do Estado do Paraná). Várias contas foram criadas em diferentes bancos e cidades do Brasil para disfarçar a verdadeira fonte de dinheiro. O crime organizado usava pessoas pobres e simples figurando como donos de contas, os chamados “laranjas”. O dinheiro era enviado à agência BANESTADO de Nova Iorque, depois enviado para paraísos fiscais e poderia voltar para o Brasil em dinheiro ou disfarçado de investimento estrangeiro; As transações pareciam ser legais. Muitos funcionários de empresas e bancos estatais brasileiros têm nomeação política e isso favorece sua corrupção para permitir operações ilegais desrespeitando as leis bancárias do Brasil, como aconteceu no caso Banestado: cheques descontados mesmo sem assinaturas; empréstimos com juros subsidiados sem garantias, avaliação de crédito ou mesmo autorização interna; eram as chamadas de “contas de dólar CC-5” para brasileiros “não residentes” no exterior usuais para a lavagem de dinheiro sem verificação de perfis. A investigação descobriu que os diretores do BANESTADO receberam suborno dos políticos que os nomearam. As denúncias foram apresentadas contra Alberto Youssef e outros operadores ilegais de dólar, servidores públicos do BANESTADO e de outros bancos ligados, além de empresários. Os julgamentos do BANESTADO foram conduzidos pelo juiz Sergio Moro, de primeira instância da estrutura judiciária, em Curitiba, por causa da competência territorial para os crimes cometidos no Estado do Paraná. Catorze anos se passaram até agora e 684 réus foram formalmente acusados, 98 condenados, mas muitos deles conseguiram benefícios com recursos judiciais ou pela demora dos processos, causando a prescrição das penas. Como efeito do escândalo, o BANESTADO declarou falência e foi privatizado, segundo críticos, vendido a “preço de bananas”.

nomeações políticas nas estatais, reforçando assim o círculo de poder político e econômico. Um dos mais influentes operadores de dólares foi Alberto Youssef²³, citado no caso Mensalão e considerado uma das figuras-chave do caso Banestado.²⁴

Apenas no que se refere ao esquema de cartelização e suborno envolvendo os gigantes da construção civil, como mostrou a *Operação Lava-Jato*, a maior construtora, Odebrecht, já havia sido citada muito antes em um importante caso relativo a *emendas no orçamento federal* em 1993, com semelhanças impressionantes. Este caso chamado de “*escândalo dos anões do orçamento*” refere-se à obtenção de apoio político à Presidência em troca de recursos formalmente “legais” do orçamento público, que eram direcionados a setores, ONGs e Municípios de interesse de congressistas e empreiteiros²⁵. O esquema já era tão usual que até mesmo uma “regra de consenso” foi criada para garantir os entendimentos entre todas as empreiteiras contratadas do cartel. **Gustavo Krieger**, em artigo intitulado “*o poder paralelo das empreiteiras*” teve acesso às investigações parlamentares e policiais e relatou com detalhes surpreendentes que “a regra do jogo”, citada na *Operação Lava-Jato* como um fato recente, era uma prática que data desde ao menos os anos 90 e que está perfeitamente de acordo com a corrupção mais recente.²⁶

23 MARCELINO, Francisco and VALLE, Sabrina. The Talented Mr. Youssef, Brazil's Black-Market Central Banker. 01/14/2015. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-01-14/the-talented-mr-youssef-brazil-s-black-market-central-banker> acesso 10/10/2017.

24 A “força-tarefa da Lava-Jato” da promotoria apresentou denúncias contra 23 construtoras, incluindo as gigantes do responsáveis por quase todas as obras do país. Seus diretores, políticos, funcionários públicos e banqueiros estão sob acusação de corrupção.

25 “Em 1993, o então chefe da Comissão do Orçamento do Congresso Nacional denunciou esquema de corrupção que envolveu parlamentares acusados de incluir emendas no Orçamento da União para enriquecimento ilícito. Por envolver, em sua maioria, parlamentares de pequena estatura, o escândalo ficou conhecido como anões do orçamento. As acusações incluíam o direcionamento de verbas para entidades filantrópicas ligadas a parentes e laranjas, e o recebimento de propina, por prefeituras e empreiteiras, para a inclusão de verbas orçamentárias para a realização de obras. As denúncias foram investigadas por Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Essa investigação resultou em seis parlamentares cassados, oito absolvidos e quatro que renunciaram ao mandato.” SODRE, Antonio Carlos de Azevedo e ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil: estudo dos relatórios do programa de fiscalização da Controladoria-Geral da União. Rev. Adm. Contemp. [online]. 2010, vol.14, n.3 [acesso 2017-10-10], pp.414-433. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552010000300003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1982-7849.

26 “A influência das empreiteiras se espalhou de forma profissional em todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal. A complexidade do esquema revelado nos arquivos secretos da Odebrecht é semelhante à estrutura dos governos. O primeiro núcleo atua nos municípios. As

empresas oferecem aos prefeitos realização das obras para “marcar a administração”. Pode ser uma ponte, uma estrada, um açude. São oferecidas todas as facilidades. A própria empreiteira cuida de fazer o projeto. Responsabiliza-se também pelos contatos necessários com o governo federal ou instituições oficiais de crédito, como a Caixa Econômica Federal (CEF) e o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social). A assessoria vai ao ponto de preparar o edital de licitação. É claro, produz um edital sob medida para garantir que vai ficar com a obra. Ao prefeito sobra apenas a função de assinar os documentos necessários, oficializando as ações tomadas pelo grupo empresarial. O segundo núcleo opera com os governos estaduais de forma semelhante. Nesse caso, negociando com políticos de maior peso no cenário nacional, as empreiteiras oferecem um produto complementar, o auxílio para campanhas políticas. A maior parte as obras é conseguida nessas duas frentes de atuação. O governo federal, terceiro núcleo de atuação no Estado paralelo, tem poucas obras de sua responsabilidade direta. Atua principalmente como fornecedora de recursos para estados e municípios”.

“Para garantir a realização das obras, não basta convencer prefeitos e governadores. É necessário conseguir dinheiro. Aqui começa o jogo mais pesado do esquema revelado pelos arquivos da Odebrecht. O primeiro passo é incluir a dotação no Orçamento da União. As empreiteiras usam dois caminhos para isso. Iniciam o ataque junto ao DOU (Departamento de Orçamento da União), responsável por elaborar o texto final do projeto antes do envio ao Congresso. Em 1991, ano em que o DOU era ocupado por José Carlos Alves dos Santos, a Odebrecht conseguiu garantir diretamente no projeto Executivo o equivalente a 268 milhões de dólares, no Orçamento que seria executado em 92.

“A atuação prossegue pelo segundo caminho, quando o projeto chega ao Congresso para ser discutido e aprovado. A empreiteira negocia com deputados e senadores a apresentação de emendas para aumentar os valores das obras já previstas pelo Executivo e incluir obras que ficaram de fora. A negociação se concentra no relator-geral, que tem o poder de acatar as emendas ou elaborá-las por conta própria. Naquele ano, com João Alves na relatoria, a Odebrecht conseguiu via Congresso mais 200 milhões de dólares para obras de seu interesse, dando o salto total para 468 milhões de dólares. O poder paralelo ganha contorno final nos ministérios. Mesmo com o dinheiro aprovado no Orçamento, é preciso convencer o ministro responsável pela área a soltar os recursos. Os alvos preferenciais são as pastas que concentram as verbas para obras: Transporte, Educação, Saúde e Bem Estar Social (antigo Ação Social). No convencimento do ministro é usada toda a estrutura que operou até aquele momento. Prefeitos, governadores e deputados “amigos” mandam cartas e marcam audiências para pressionar o ministério a soltar o dinheiro desejado pela empreiteira. As autoridades não se davam nem mesmo ao trabalho de escrever as cartas e os ofícios. Tudo era preparado nos escritórios da Odebrecht. Entre os documentos apreendidos pela PF, estão dezenas de rascunhos de ofícios de governadores e prefeitos dirigidas endereçadas ao Ministério do Bem Estar Social, durante o ano de 93.

“No momento da liberação dos recursos, a rede de colaboradores formada por deputados, senadores e funcionários públicos recebe seu pagamento. Sempre calculada com base em um percentual da verba liberada, a remuneração varia de acordo com a importância do colaborador no processo. O relator-geral do Orçamento, por sua posição-chave, era premiado com 3% de todas as emendas acatadas, independente do deputado que assumia a proposta. Em 91, os 200 milhões de dólares para obras da Odebrecht adicionados ao Orçamento pelo Congresso projetavam rendimento para o então relator João Alves de 6 milhões de dólares, caso todos os recursos fossem liberados. Isso sem contar nenhuma outra empreiteira. Os sub-relatores das áreas de interesse da empreiteira também poderiam entrar na divisão do bolo. Para atender às ordens da Odebrecht, era oferecida uma taxa de 0,5% a 3% em cada inclusão de novos valores. Os sub-relatores elaboram textos provisórios, a partir das emendas apresentadas por todos os parlamentares, para a definição final do relator geral. Uma parte dos propinoduto desaguava até mesmo em deputados que não pertenciam à Comissão de Orçamento. Somente pelo trabalho de subscrever uma emenda, o parlamentar poderia ganhar uma gorjeta de 500 dólares. Nos casos mais complicados, chegava a ser oferecida propina em percentagens variando de 1% a 5%.

“(…) Os documentos da Odebrecht mostram que a empresa não atua sozinha. Há um cartel que controla as obras públicas. A maior evidência é o manual de manipulação de licitações encontrado entre a papelada apreendida. Trata-se de um conjunto de regras, definidas pelo menos desde 1985, sob o título “Normas do Consenso”, cujo objetivo é manter um rodízio entre as empreiteiras para abocanhar obras do DNER. A sistemática adotada é simples. As licitações são divididas em

3. Estatísticas, números e percepções.

Se os casos relatados acima, que são apenas uma pequena parte de todos os escândalos e investigações das últimas décadas, podem representar alguns traços do modo de corrupção brasileiro, então uma herança *clientelista* e *patrimonialista* sistêmica é razoavelmente verdadeira e pode haver outros exemplos incontáveis de desvio, peculato, corrupção e tantos outros crimes no passado que seria necessário discuti-los em pesquisas separadas.²⁷

Estudos sobre corrupção são bem conhecidos e discutidos em todo o mundo. Focando nas Américas podemos encontrar estatísticas interessantes, principalmente sobre as percepções do público. Inerentemente a outros campos de pesquisa em ciências sociais, há diferentes interpretações políticas dos resultados, muitas vezes referidos como complexos e variando de acordo com uma compreensão mais ampla da “corrupção” em diferentes autores.²⁸

As estatísticas *qualitativas* sobre a corrupção no Brasil mostram alguns pontos cegos na percepção do ponto de vista metodológico, colocando os resultados baseados na opinião pública em discussão²⁹⁻³⁰. Por exemplo, o

lotes. Os representantes das empresas se reúnem e realizam um sorteio para definir a colocação de cada um numa lista de escolha. Na ordem definida pelo sorteio, cada empresa escolhe as obras que lhe interessam. Quando houver a licitação, as outras vão receber cópia da proposta que será feita pela empresa que escolheu a obra e apresentarão preços mais altos. Perdem de propósito, para manter o arranjo feito em sua reunião secreta.” KRIEGER, Guscavo et al. *Os donos do Congresso*. SP : Ática. 1994. pp.192-195

27 SOUZA, Josias de. Corrupção ronda a Odebrecht desde a ditadura. 22/04/2017. Acesso em: 05/11/2017. <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/04/22/corruptcao-ronda-a-odebrecht-desde-a-ditadura/>

28 Para um exemplo dessa complexidade, BONIFACIO, Robert e RIBEIRO, Ednaldo. Corrupção e participação política no Brasil: diagnósticos e consequências. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.* [online]. 2016, n.20 [acesso em 2017-10-10], pp.7-42. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000200007&lng=en&nrm=iso . ISSN 2178-4884. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220162001>

29 Por exemplo, a Confederação Nacional das Indústrias do Brasil publica periodicamente uma pesquisa de percepção da opinião pública sobre os principais problemas do país. No último levantamento de janeiro / 2016, 65% dos participantes consideravam que a corrupção era o principal problema a ser enfrentado. Referências: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/rsb-28-problemas-e-prioridades/> acesso em 11/10/2017.

30 Para uma breve mas boa análise dessas dificuldades, ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2005, n.73 [acesso em 2017-10-10], pp.33-37. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000300003&lng=en&nrm=iso. ISSN 0101-3300. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000300003>.

Veja-se também: CHARLEAUX, João Paulo. Como é feito o ‘índice de corrupção’ no mundo. E por que ele não mede o que diz medir. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/10/07/Como-%C3%A9-feito-o-%E2%80%98%C3%ADndice-de-corrup%C3%A7%->

Brasil está no topo da lista americana de países cujos políticos são “percebidos” como corruptos, como mostra o *Barômetro das Américas - índice LAPOP*. Ao mesmo tempo, a pesquisa da *Transparência Internacional* mostra uma lista mais mundial, classificando o Brasil na posição 79 de um índice de 176 países de acordo com a “percepção” da corrupção. Mas, caso contrário, a lista do *Fórum Econômico Mundial* coloca o Brasil na posição ainda pior, em 135º lugar em um ranking crescente de corrupção de 138 países.³¹

As estatísticas *quantitativas*, por outro lado, são raras e frequentemente aproximadas, como a alegada participação do Brasil com US\$ 0,5 trilhão em um montante total de corrupção globalmente estimado de 21 a 32 trilhões de dólares.³² Existem outros dados, recentemente disponíveis graças ao crescente ativismo das autoridades policiais brasileiras, como por exemplo mostram as estatísticas da Polícia Federal de investigações criminais importantes (*as operações*) nos últimos anos³³:

Os supostos efeitos da corrupção em termos de patrimônio representam esforços iguais de medição de impactos ao patrimônio público. Essas estatísticas quantitativas, no entanto, também estão sob críticas devido à falta de verificação. Segundo o Ministério Público Federal responsável pela *Operação Lava-Jato*, as perdas são conjecturas:

Segundo estimativas adotadas pela ONU e pelo Fórum Econômico Mundial, a corrupção custa ao mundo 5% do PIB (Produto Interno Bruto). Aplicando esse percentual ao PIB brasileiro de 2016, de 6,266 trilhões de reais, os desvios teriam causado um prejuízo de 313 bilhões de reais. Mesmo dados mais conservadores, como os do relatório da Fiesp sobre

C3%A3o%E2%80%99-no-mundo.-E-por-que-ele-n%C3%A3o-mede-o-que-diz-medir

31 Relevante citar (1) LAPOP – Latin America Public Opinion Project – Americas Barometer 2017 (<https://www.vanderbilt.edu/lapop/cow/cow.02.10092017en-large.png>); (2) International Transparency. Access in 2017-10-10 (<https://www.transparency.org/country/BRA>); (3) World Economic Forum, [i]The Global Competitiveness Report 2016–2017 (http://reports.weforum.org/pdf/gci-2016-2017-scorecard/WEF_GCL_2016_2017_Scorecard_GCI.A.01.01.02.pdf)

32 Dados de 2010. Para uma breve análise, DOWBOR, Ladislau. Os caminhos da corrupção: uma visão sistêmica. *Economia Global e Gestão* [online]. 2012, vol.17, n.3 [citado 2017-10-10], pp.77-105. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442012000300005&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0873-7444.

33 Número de investigações formais importantes ou “operações especiais” da Polícia Federal por ano, relativas a crimes federais, como tráfico internacional de drogas, pessoas e mercadorias, crimes financeiros, corrupção em poderes federais, lavagem de dinheiro etc. Os dados não relatam todas as investigações e investigações criminais. Font: <http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>

a corrupção publicado em 2010, apontam que o dinheiro desviado equivaleria a 2,3% de toda a riqueza gerada no país. Levando em conta o PIB de 2016, o custo da corrupção seria de 144 bilhões de reais. De qualquer forma são números tão faraônicos que é difícil compreender sua dimensão. Para entendermos melhor o que essas cifras significam, adotaremos uma estimativa média de perdas de 200 bilhões de reais ao ano.³⁴

Segundo outros relatos, poderia haver outra escala de perdas por corrupção mais específica:

Em quatro anos, a Polícia Federal deflagrou 2.056 operações contra organizações criminosas que provocaram prejuízos estimados em R\$ 123 bilhões ao País. Os números revelam que o maior rombo não é o apurado pela Lava Jato, mas o causado pelas fraudes nos fundos de pensão investigadas na Operação Greenfield, que alcançam R\$ 53,8 bilhões ou quatro vezes o valor de R\$ 13,8 bilhões desviados pelo esquema que agiu na Petrobrás.³⁵

As causas de incerteza dessas perdas referem-se também às flutuações de mercado dos ativos públicos das empresas estatais (de economia mista) com capital aberto ao mercado de ações e até mesmo dos ativos das empresas privadas alvo de investigações e processos criminais. A mídia local publicou dados referentes a um relatório especial elaborado pela Polícia Federal com base em contratos da Petrobras que indicou um prejuízo potencial de US\$ 12 bilhões entre 2004 e 2012. Essa soma inclui as perdas com propinas, superfaturamento de contratos, formação de cartel e fraudes em contratos de licitação, além das redução estimada nos lucros por causa dessas transações ilícitas, no entanto é impossível medir com precisão o impacto da corrupção porque a prática do cartel distorceu o núcleo dos preços, dificultando uma avaliação correta de lucros e perdas que só ocorreria em um cenário de livre concorrência.³⁶

34 DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017, p. 41

35 SALOMÃO, Alexa; BRAMATTI, Daniel e GODOY, Marcelo. Organizações criminosas deixam rombo de R\$ 123 bi. O Estado de S.Paulo 18 Junho 2017. Acesso em 10/10/2017. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,organizacoes-criminosas-deixam-rombo-de-r-123-bi,70001846542>

36 MARANHÃO, Fabiana. Dinheiro devolvido pela Lava Jato à Petrobras é 1,6% de prejuízo com corrupção. (online) 22/11/2016. <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias>

Além dessas dificuldades, o contencioso jurídico profissional usualmente torna imprevisíveis os valores de corrupção: parte dos valores fixados como indenização é revista após recursos judiciais e nulidades processuais, o que causa a devolução de valores das partes envolvidas antes apreendidos como ilegais, como aconteceu com o caso *Banestado*. Um grande número de casos de lavagem de dinheiro, cartelização e crimes tributários geralmente geram expectativas por parte das autoridades fiscais, mas são revisadas em procedimentos administrativos.³⁷ Eses fatos promovem uma sensação geral de impunidade, vista por analistas estrangeiros como uma causa atual de mais corrupção.³⁸ O que é indubitável aqui e no exterior é um claro sentido de que, quaisquer que sejam os valores, esses escândalos representam uma pequena parte de um modo de vida sistêmico.³⁹

Considerando o recente escândalo da Odebrecht revelado pela *Operação Lava Jato*, a complexidade da corrupção brasileira espalhou sua rede no exterior, colocando pela primeira vez os conceitos históricos de uma *herança ibérica* local sob novo olhar à medida que aumentam as percepções de internacionalização da corrupção.⁴⁰

2. DIREITO PENAL

A. Objetivos e características gerais do regime legal.⁴¹

O tema da finalidade adotada por um determinado sistema jurídico para a sanção penal é árduo e difícil de ser resumido. Para os fins deste trabalho,

cias/2016/11/22/dinheiro-devuelto-pela-lava-jato-a-petrobras- e-16-de-prejuizo-com-corrupcao.htm acesso em: 10/10/2017.

37 . Por exemplo, notícias recentes avaliando a redução de 90% dos valores recuperados em negociação judicial no âmbito da Operação Lava Jato nos anos de 2016 e 2017 comparados. CARVALHO, Mario Cesar & NUNES, Walter. Dinheiro recuperado na Operação Lava Jato cai 90% (online) 03/01/2018. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1947642-dinheiro-recuperado-na-operacao-lava-jato-cai-90.shtml> acesso em: 03/01/2018

38 GATINOIS, Claire. Au Brésil, le règne de l'impunité. Le Monde | 28.02.2017. http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/28/au-bresil-le-regne-de-l-impunite_5086863_3232.html#c-TAVXlkDs6KoKHFA.99 acesso em: 10/10/2017.

39 SEGAL, David. Petrobras Oil Scandal Leaves Brazilians Lamenting a Lost Dream. The New York times. Acesso: 08/07/2015. Disponível em <https://www.nytimes.com/2015/08/09/business/international/effects-of-petrobras-scandal-leave-brazilians-lamenting-a-lost-dream.html>

40 GALLAS, Daniel. Brazil's Odebrecht corruption scandal, 03/07/2017. BBC News (online) Disponível em <http://www.bbc.com/news/business-39194395> Acesso: 06/11/2017

41 Tópico redigido por Flávio Boechat Albernaz.

adotar-se-á o critério declarado na legislação penal em vigor, precisamente no artigo 59 do Código Penal, segundo o qual a pena a ser aplicada à prática de qualquer crime deve cumprir a função de prevenir e de reprimir o delito.

Assume-se que a sanção penal cumpre uma função de controle da criminalidade, i.e., da violência informal, por meio (a) da prevenção geral, caracterizada pela comunicação a todas as pessoas de que a norma jurídica violada permanece válida e eficaz, apesar da frustração da expectativa nela encerrada, e que todos aqueles que a descumprirem estarão sujeitas às mesmas penas aplicadas ao infrator; e, em caráter secundário, (b) da prevenção especial, voltada ao autor do comportamento criminoso, para lhe dizer que os limites do tolerável foram ultrapassados e que ele agiu mal ao optar por aquela determinada postura, como forma de dissuadi-lo de repetir a conduta e de estimulá-lo a adotar comportamento conforme à lei.

Os pressupostos para a incriminação de um determinado comportamento e para a aplicação da pena a uma pessoa por um crime cometido, que podem ser constitucionais ou legais, explícitos ou implícitos, dirigidos ao legislador ou ao juiz, são: legalidade ou da reserva legal; taxatividade; anterioridade da lei penal; responsabilidade pessoal; individualização da pena; humanidade; intervenção mínima do Direito Penal ou subsidiariedade; necessidade; exclusiva proteção de bens jurídicos; ofensividade da conduta; adequação e proporcionalidade; culpabilidade.

O sistema jurídico brasileiro se submete integralmente à Constituição Federal e aos sistemas global e interamericano de proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, tais pressupostos ou princípios conformadores constituem garantias fundamentais a todas as pessoas que interagem em sociedade, legitimando, controlando e democratizando o Direito Penal.

B. Sanções e seus requisitos substantivos

1. Tipos de sanções.

As regras gerais sobre as sanções criminais, principais e acessórias, estão definidas na Parte Geral do Código Penal. As penas principais para os delitos em geral são: pena privativa de liberdade, penas restritivas de direitos e pena de multa.

As penas privativas de liberdade constituem a principal sanção criminal, com limites mínimo e máximo cominados em cada tipo penal. A quantidade da pena aplicada no caso concreto será determinada em função da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime e do comportamento da vítima, em montante necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

As penas restritivas de direitos são aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a quatro anos e a todos os crimes culposos, independentemente de cominação no tipo penal, com a mesma duração da pena substituída. Elas estão definidas no artigo 43 do Código Penal e são:

(a) prestação pecuniária: pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social.

(b) perda de bens e valores de propriedade do condenado em favor da União, até o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido com o crime, o que for maior.

(c) limitação de fim de semana: obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

(d) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas: aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade superiores a 6 meses e iguais ou inferiores a 4 anos, aos crimes culposos e aos dolosos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o agente não seja reincidente e, mesmo sendo primário, que a substituição seja proporcional e adequada à gravidade do crime e à culpabilidade do autor.

(e) interdição temporária de direitos, que contempla cinco modalidades, assim definidas:

(e.1) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo.

(e.2) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

(e.3) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

(e.4) proibição de frequentar determinados lugares.

(e.5) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Por fim, a pena de multa é prevista em cada um dos tipos penais, isolada, alternativa ou cumulativamente à pena privativa de liberdade.

Os artigos 91 e 92 do Código Penal cominam, por fim, penas acessórias como efeitos da condenação.

O artigo 91, I, torna certa a obrigação de reparar os danos causados pelo crime. Quando já for possível estimar os prejuízos, a sentença condenatória deve fixar o valor mínimo para a reparação (CPP 387 IV), ressalvada a possibilidade de apuração dos danos efetivamente sofridos em futura liquidação.

O artigo 91, II, *b*, do Código Penal também estabelece, como efeito da condenação, a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido com o delito, devendo ser decretada a perda de bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior (CP 91 § 1º).

O artigo 92, I, do Código Penal comina a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo como efeito da condenação à pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano nos crimes cometidos com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou à pena privativa de liberdade superior a quatro anos nos demais casos.

O funcionário público condenado por promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa sofrerá, como efeito automático da condenação, qualquer que seja ela, a perda do cargo, da função, do emprego ou do mandato eletivo e a interdição para exercer cargo ou função pública por oito anos contados a partir do cumprimento da pena (Lei 12.850/13, art. 2º, § 6º).

Boa parte dos comportamentos e das atividades lesivas à ordem econômica e financeira, ao meio ambiente e à administração pública foi incriminada em leis especiais. Elas incriminam comportamentos e cominam penas, mas remetem a disciplina dos crimes e das sanções às regras gerais do Código Penal, aplicadas subsidiariamente, naquilo que não conflitam com as normas especiais.

A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo. Nessa lei são encontrados os tipos penais referentes aos delitos de sonegação fiscal e aos crimes contra a livre concorrência.

A Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que define o crime de lavagem e ocultação de ativos, significativamente modificada pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012, que introduziu alterações destinadas a adaptar a legislação brasileira aos compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional no tema da repressão à lavagem de dinheiro, traz algumas regras especiais sobre perda de bens e interdição temporária de direitos.

Ela institui a perda em favor da União ou dos Estados, conforme a competência para processar e julgar os delitos, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Essa medida abrange os ativos em nome do réu e de interpostas pessoas, os quais sejam provenientes do crime de lavagem ou do crime antecedente (arts. 4º e 7º, I).

O artigo 7º, II, comina, como efeito da condenação, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada, a pena acessória de interdição do exercício de cargo ou de função pública de qualquer natureza, e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas sujeitas aos mecanismos de controle do sistema de repressão à lavagem e ocultação de ativos, definidas no artigo 9º da lei.

Os crimes contra o mercado de capitais estão descritos na Lei 6.385/76, introduzidos pela Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001. Além das penas privativas de liberdade, cuja disciplina é a do Código Penal, a lei traz previsões especiais em relação à multa já nos tipos penais, cominando multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita obtida com o crime e estipulando a diretriz de que o valor da pena pecuniária será determinado, no caso concreto, em função do dano provocado ao mercado e aos investidores e da vantagem ilícita auferida pelo agente (art. 27-F). Em caso de reincidência, diz a lei, a multa pode ser triplicada.

Na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que rege as licitações e contratos da Administração Pública e define os crimes pertinentes à matéria, o

artigo 83 comina, para todos os delitos, consumados ou tentados, a pena cumulativa de perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo, aplicável aos funcionários públicos envolvidos no fato ilícito. Essa lei especial estabelece parâmetros específicos para a pena de multa, cuja quantia deve ser calculada em um percentual aplicado à vantagem obtida ou que poderia ter sido obtida pelo agente, dentro dos limites de 2% a 5% do valor do contrato (art. 99).

Por fim, o artigo 78, II, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que define os crimes contra as relações de consumo, comina a sanção de publicação de notícias sobre os fatos e a condenação em canais de comunicação de grande circulação e audiência, tudo a expensas do condenado⁴².

2. Requisitos substantivos e garantias para impor sanções

Retomaremos, neste item, para descrevê-las, as garantias enunciadas no item A.

i) legalidade ou da reserva legal: essa garantia se encontra prevista expressamente no artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República e no artigo 1º do Código Penal. Ela estabelece que os tipos penais e as penas sejam estabelecidos, exclusivamente, por lei em sentido estrito, aprovada pelo Congresso Nacional segundo o processo legislativo constitucional e sancionado pelo presidente da República. A União possui competência legislativa privativa para legislar sobre Direito Penal e Direito Processual.⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵

42 Excepcionando a sistemática do Código Penal, em que as penas restritivas de direitos são aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade, o artigo 78 da Lei 8.078/90 prevê a possibilidade de aplicação cumulativa de pena privativa de liberdade e de penas restritivas de direitos, como interdição temporária de direitos e prestação de serviços comunitários.

43 Nessa linha, o artigo 62, I, b, da Constituição da República veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de Direito Penal, de Direito Processual Penal e de Direito Processual Civil.

44 O abuso na edição de medidas provisórias pelo presidente da República é motivo de crítica recorrente no Brasil. Em pouco mais de dez anos, do início de 2007 até o dia 21 de julho de 2017, foram editadas 444 medidas provisórias, sendo difícil acreditar que todas elas cumprissem os requisitos constitucionais de urgência e de relevância. Além disso, os limites impostos pelo artigo 62, § 1º, da Constituição Federal nem sempre são respeitados: mais recentemente, a título de exemplo, editaram-se as medidas provisórias 703/15 e 784/17. A primeira alterava dispositivos da Lei 12.846/13, dita Lei Anticorrupção, e versava sobre direito processual; a segunda dispunha sobre o processo administrativo sancionador no Banco Central e na Comissão de Valores Mobiliários e versava sobre o sistema financeiro nacional, matéria reservada à lei complementar.

45 O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de medida provisória editada pelo presidente da República sobre direito processual, afirmando tratar-se de matéria de competência exclusiva do Poder Legislativo e reconhecendo a violação dos artigos 22, I, e 62 da Constituição Federal. (ADI n. 2736, relator min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010). Embora se possam encontrar julgados como esse, o controle de constitucionalidade

ii) taxatividade: decorre do princípio da legalidade. Ela estabelece a garantia de que a descrição do comportamento contrário à norma penal seja clara, precisa, taxativa, a ponto de não deixar dúvida sobre os limites entre a conduta permitida e a proibida.

iii) anterioridade da lei penal: extraída, também, do artigo 1º do Código Penal. Essa garantia limita a atuação punitiva do Estado, exclusivamente, aos comportamentos realizados após a entrada em vigor da norma penal que estabelece o crime e/ou que comina ou altera a pena a um determinado comportamento.

iv) responsabilidade pessoal: estabelecida expressamente no artigo 5º, XLV, da Constituição da República. Em termos estritos, ela limita a aplicação da pena ao autor do crime, proibindo a sua extensão a pessoas de sua família. Ressalvam-se as penas de reparação dos danos e de perdimento de bens, que se podem estender aos sucessores do autor do delito e contra eles serem executadas até o limite do patrimônio transferido pela sucessão.

v) individualização da pena: estabelecido no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República. A lei penal deve estabelecer limites mínimo e máximo às penas cominadas, dentro dos quais o juiz há de aplicar a sanção penal de acordo com as especificidades de um determinado comportamento criminoso e do seu autor.

vi) humanidade: a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF 1º III); ela orienta e conforma toda a atividade estatal, em quaisquer de suas manifestações, aí incluídos o Direito Penal.

Para os fins do Direito Penal, vedam-se as penas de morte, salvo em caso de guerra, as de caráter perpétuo, as degradantes, como as de trabalhos forçados, as de banimento e quaisquer outras cruéis, destinadas às pessoas físicas.

vii) intervenção mínima do Direito Penal ou subsidiariedade: cuida-se de uma garantia implícita, não expressa em nenhum documento legal, mas que deriva de outras normas constitucionais e legais e que pode ser extraída do sistema constitucional, sobretudo, dos princípios fundamentais adotados pelo Estado brasileiro no artigo 1º da Constituição da República. Em

sobre as medidas provisórias é bastante tímido no Brasil.

apertada síntese, adota-se a concepção de que o Direito Penal não pode ser a primeira opção como instrumento de controle formal de comportamentos, mas sim a última na prevenção de comportamentos socialmente nocivos. Se a agressão a um determinado bem jurídico puder ser eficazmente prevenida pelo recurso a medidas não-penais, deve-se utilizar essa opção em detrimento do Direito Penal. Atribui-se ao Direito Penal um caráter fragmentário, limitando-lhe a intervenção aos comportamentos nocivos às condições essenciais da vida em uma determinada sociedade, àqueles com potencial para causar danos significativos a direitos fundamentais, à paz pública e à coexistência social.

viii) necessidade: derivado do princípio da intervenção mínima, estabelece como pressuposto à intervenção do Direito Penal que a solução para a desconformidade normativa de um certo comportamento não possa ser oferecida por instrumentos não-penais à disposição do Estado. Havendo meios alternativos eficazes e adequados para a prevenção do comportamento ilícito, o legislador deve preferi-los ao Direito Penal.

ix) exclusiva proteção de bens jurídicos: a missão específica do Direito Penal é a de proteger os bens jurídico-penais, que são imprescindíveis a uma certa sociedade e às pessoas que nela vivem, de determinados ataques e agressões.

Para os fins deste relatório, é importante mencionar que a Constituição da República e alguns dos tratados de direitos humanos firmados e ratificados pelo Estado brasileiro reconhecem alguns bens jurídicos, outorgam-lhes proteção e fazem expressas exigências de incriminação de comportamentos que lhes sejam ofensivos. Nesses casos, sem prejuízo de outros controles formais a cargo do Direito não-penal, a criação dos tipos penais é obrigatória.⁴⁶

46 No que se refere à criminalidade econômica, importa ressaltar os artigos:

Artigo 5º, XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Artigo 7º, X: proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Artigo 173, § 5º: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Artigo 225, § 3º: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Os tratados multilaterais referentes à criminalidade econômica, pelos quais o Estado brasileiro se comprometeu, perante a comunidade internacional, a incriminar determinados comportamentos lesivos, são:

- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de dezembro de 2000, em Palermo, Itália, promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004;
- Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, em Mérida, México, promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006;
- Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, promulgada pelo Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002.

x) ofensividade da conduta: outra das manifestações do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o princípio da ofensividade estabelece o pressuposto de que o Direito Penal se ocupe tão somente de comportamentos que tenham potencial para causar significativa ofensa aos bens jurídico-penais. Em alguns casos, em que esse potencial ofensivo seja notório, a lei penal dispensa a ocorrência e a demonstração do dano, i.e., do resultado naturalístico, para a caracterização do crime.

xi) adequação e proporcionalidade: sob esse enfoque, as decisões de incriminação devem ser balizadas pela concepção de que a sanção penal há de empregar meios adequados e legais para a proteção do bem jurídico-penal, deslegitimando o emprego de meios não autorizados pelo Direito. Sob o enfoque da proporcionalidade, a intervenção do Direito Penal exige do legislador um balanço dos custos individuais e sociais da pena e dos benefícios que ela traz à coletividade em termos de prevenção geral, com o objetivo de excluir medidas coativas excessivas ou desajustadas⁴⁷.

No ponto que mais interessa ao relatório, a consideração da relação entre custos e benefícios da sanção penal pode fornecer elementos preciosos para orientar o juízo sobre a conveniência da adoção de medidas alternativas ao Direito Penal para o controle de determinado tipo de atividade lesiva à ordem econômica e financeira. É importante destacar, desde logo, que a

47 Nesse sentido: BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 118-9.

adoção de meios alternativos, de eficácia equivalente à do Direito Criminal, justificar-se-ia para reduzir os custos pessoais e sociais da sanção penal, não para burlar as garantias asseguradas pelo Direito Penal.

xii) culpabilidade: em sentido amplo, a culpabilidade constitui fundamento da pena. Pune-se apenas quem agiu com dolo ou culpa; veda-se a responsabilidade penal objetiva para as pessoas físicas. Em sentido estrito, a lei penal brasileira estabelece como pressuposto da pena que o agente tenha agido livremente e com capacidade de entendimento e de autodeterminação.

3. Sanções contra empresas e outras organizações.

As sanções penais cominadas às pessoas físicas e seus pressupostos foram já descritos nos itens precedentes (B.1 e B.2). Cumpre, agora, apresentar as penas reservadas às pessoas jurídicas e enunciar seus pressupostos.

3.1. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e seus pressupostos

A Constituição Federal adotou expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém limitada às atividades ofensivas ao ambiente, à ordem econômica e financeira e à economia popular⁴⁸⁻⁴⁹:

Passadas quase três décadas de vigência da Constituição, a responsabilidade penal das pessoas coletivas foi instituída tão somente para a repressão das atividades lesivas ao ambiente, com a promulgação da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Por outro lado, no que ficou conhecida como Lei Anticorrupção, a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, optou por responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atividades lesivas à administração pública nacional ou

48 No sistema constitucional brasileiro não há reserva da Constituição para a incriminação de condutas ou para a determinação de quem possa ser sujeito ativo ou passivo de um crime. Essa é uma matéria atribuída ao legislador ordinário, que, no exercício de uma atividade inerente ao sistema político, tem ampla liberdade para definir crimes e penas e determinar quem são os seus sujeitos, desde que observados os limites constitucionais. No entanto, em um futuro em que o legislador ordinário pretender estender a responsabilidade penal da pessoa jurídica para outras esferas, certamente surgirá o debate sobre se a Constituição restringiu ou não a persecução das pessoas morais aos crimes ambientais, financeiros e econômicos, sobre se a norma constitucional encerra um comando de incriminação ou, em verdade, uma restrição à liberdade do legislador.

49 A adoção em nível constitucional da responsabilidade penal das pessoas morais não é pacífica na doutrina nem nos tribunais brasileiros. No Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário, o ministro LUIZ FUX fez registrar o seu entendimento, em voto vencido, de que o artigo 225, § 3º, da Constituição não criou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (STF, RE 548181, relatora min. ROSA WEBER, 1ª Turma, julgado em 06/08/2013).

estrangeira exclusivamente nas esferas administrativa e civil.

Sobre as discussões a respeito do fundamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas, o Direito brasileiro optou pela teoria da realidade objetiva, segundo a qual as pessoas jurídicas “são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser equiparáveis, como seres sociais que são, às pessoas físicas”⁵⁰⁻⁵¹.

São pressupostos da responsabilidade penal coletiva na Lei 9.605/98:

(i) que a infração seja praticada por vontade coletiva da pessoa jurídica, caracterizada pela reunião, pela deliberação e pelo voto em assembleia ou em conselho de administração, por decisão da gerência, da direção ou de seu representante contratual.

(ii) que a infração seja praticada no interesse ou em benefício da pessoa coletiva.

(iii) a doutrina acrescenta outro requisito implícito: que a prática da infração conte com a infraestrutura da empresa e com as suas forças econômicas⁵².

O artigo 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/98 estabelece a coautoria⁵³ entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Respondem as pessoas físicas que tenham executado o fato criminoso ou que, de qualquer modo, tenham concorrido para a sua prática.

50 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 87.

51 A solução ainda encontra resistência em setores mais tradicionais do Poder Judiciário, que se recusam a aceitar as mudanças da sociedade e a existência de novas maneiras de cometer crimes, e se apegam aos conceitos tradicionais do Direito Penal clássico para afirmar que somente as pessoas físicas podem delinquir, reservando-se às pessoas jurídicas tão somente as punições de natureza civil e administrativa. Confira-se: TJSP, 7ª Câmara Criminal, Mandado de Segurança nº 990.10.020257-0, rel. Fernando Miranda, m.v., j. em 24.6.2010.

52 SHECAIRA, cit., p. 100.

53 A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, em agosto de 2013, que a possibilidade de acusar, pelo mesmo fato, a pessoa jurídica e as pessoas físicas envolvidas na sua realização não implica uma necessária dupla imputação, i.e, não condiciona a responsabilidade da pessoa coletiva à identificação e à manutenção, na relação processual, da pessoa física especificamente responsável pelo ato no âmbito interno da corporação. Segundo o STF, um tal condicionamento estabeleceria uma indevida restrição à eficácia da norma do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. A identificação das pessoas físicas que concorreram para a prática do crime é relevante para determinar se elas o fizeram no exercício das suas atribuições internas na corporação e se atuaram no interesse ou em benefício da pessoa moral, mas não tem o alcance de subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à da pessoa física. Em sua fundamentação, o acórdão adverte que a vinculação da responsabilidade criminal da pessoa moral à da pessoa física traz, na origem, o equívoco de “transpor a dogmática clássica do Direito Penal individual, elaborada a partir da ação humana consciente e dirigida a um fim, para a responsabilização da pessoa jurídica” (STF, RE 548181, relatora min. ROSA WEBER, 1ª Turma, julgado em 06/08/2013).

3.2. Sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas

A única lei penal brasileira que comina sanções criminais às pessoas jurídicas é a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Elas podem ser aplicadas isolada, cumulativa ou alternativamente e são: a multa, a restrição de direitos e a prestação de serviços à comunidade (art. 21). Prevê, ainda, a liquidação forçada da pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental (art. 24).

As penas restritivas de direitos, previstas no artigo 22 da Lei 9.605/98, são:

- a suspensão parcial ou total das atividades (inciso I);
- interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade (inciso II);
- proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações por um prazo de até dez anos (inciso III)⁵⁴.

A prestação de serviços à comunidade consistirá em (art. 23):

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;
- II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- III - manutenção de espaços públicos;
- IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Também são aplicáveis às pessoas jurídicas as sanções, previstas no Direito Penal comum, de perda de bens e valores.

54 A Lei do Meio Ambiente não tem regras para orientar a liquidação forçada de pessoas jurídicas; ela só declara a penalidade sem orientações sobre o processo regular para aplicá-la, a fim de preservar direitos de credores, empregados e terceiros de boa-fé. Essa omissão torna o assunto muito difícil, controverso e caótico na prática. A mesma falha está presente na Lei 12.846/2013, quando impõe a pena de dissolução compulsória das pessoas jurídicas culpadas de dano à administração pública.

Com o propósito de conferir eficácia à pena de proibição de contratar com o Poder Público, a Lei 12.846/13 criou o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, com a função de reunir e dar publicidade às sanções aplicadas com base na Lei Anticorrupção (art. 22). Além disso, no artigo 23 há a determinação para que os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário informem e atualizem o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, destinado a reunir as sanções impostas a pessoas físicas e jurídicas impedidas de contratar com o Poder Público, sejam as sanções administrativas, civis ou judiciais, impostas por autoridade nacional ou estrangeira. Ambos os cadastros são geridos de forma integrada pela Controladoria-Geral da União, órgão do Governo Federal.

C. Procedimentos e suas salvaguardas⁵⁵

1. Instituições e atores

a) Autoridades de investigação

Investigar autoridades no direito processual penal brasileiro é um dos assuntos mais discutidos e não consensuais. Não há uma resposta simples para a pergunta “quem pode investigar”.

A base da polêmica encontra-se no art. 144 da Constituição Brasileira no qual se encontra a criação da polícia judiciária (força policial judiciária em tradução direta da origem francesa da terminologia para o português). Esse artigo, criado a partir de um grande lobby das forças policiais durante o projeto de Constituição 1987-1988, tentou reproduzir o antigo marco do Código Penal Processual que entrou em vigor durante a ditadura do governo Getúlio Vargas (1942) e foi amplamente inspirado no modelo jurídico fascista que existia na Itália.

De acordo com esse modelo, a investigação antes do processo judicial estava sob o escrutínio e ação quase exclusiva das forças policiais, não havendo interferência a priori do Ministério Público quanto às medidas que deveriam ser tomadas para iniciar o processo, oferecendo a denúncia, ou solicitando mais diligências investigatórias. Mesmo o papel do juiz não passava de um supervisor distante das ações policiais.

Em 1988, quando a nova Constituição entrou em vigor, a estrutura jurídica mudou substancialmente com a alocação do Ministério Público como a única instituição que poderia iniciar a apresentação das acusações formais contra o réu. Para alcançar esse poder jurídico, essa Constituição também previu uma espécie de “controle externo” da polícia ao atuar como força investigativa e reservou esse controle também ao Ministério Público.

O passo seguinte foi a inevitável discussão sobre se o Ministério Público poderia exercer poderes investigativos e construir suas próprias provas sem a antiga estrutura de investigações policiais, o chamado “inquérito policial” (que se prolongam por tanto tempo que os crimes, mesmo os mais graves, restam impunes pela prescrição), o que poderia colidir com o art. 144 acima citado.

55 Tópico redigido por Fauzi Hassan Choukr.

A partir do início da década de 2000, a doutrina e a jurisprudência apresentaram diferentes pontos de vista sobre o assunto, parte delas afirmando que o art. 144 da Constituição Federal prevê exclusividade da investigação pré-processual pelas forças policiais. Sob esse argumento, não haveria possibilidade de o Ministério Público (e, por extensão, outros órgãos, sobretudo administrativos) iniciar sua própria investigação, devendo então aguardar os resultados do inquérito policial para apresentar denúncias ou desistir do processo.

Por outro lado, apoiado por casos concretos que tratam de tortura policial de suspeitos – ou mesmo de pessoas condenadas ainda no sistema prisional –, o Ministério Público iniciou um grande número de investigações para formar suas próprias acusações contra membros da polícia. Como não havia previsão legal no Código Processual Penal Brasileiro para esse tipo de investigação, ela foi regida por disposições não vinculantes das chamadas Resoluções emitidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁵⁶, órgão governamental que fiscaliza os trabalhos do Ministério Público no Brasil.

O passo mais recente nesse campo foi dado em uma decisão do Supremo Tribunal Federal que deu ao Ministério Público poder de investigar por si só, mas de forma “subsidiária” em relação ao inquérito policial e apenas em alguns assuntos em que esse tipo de investigação poderia ser exercida.

Após essa norma aprovada pelo Suprema corte brasileira, o número de investigações em âmbito Federal aumentou no contexto de uma grande “força-tarefa” da chamada “Operação Lava Jato”, tendo como tema central a corrupção no governo federal.⁵⁷ Neste contexto, até o momento dessa pesquisa, todas as medidas de instrução regulamentadas e tomadas pelo Ministério Público foram consideradas legais.

Como conclusão parcial, podemos dizer que, de acordo com o marco constitucional brasileiro refletido no Código Penal Processual do país, é possível que o Ministério Público e as forças investigativas da Polícia possam exercer a *investigação criminal*.⁵⁸

56 A Resolução atual é a N^o. 181.

57 Como descrito no início deste tópico.

58 Investigações administrativas podem ser iniciadas por outras agências como as agências reguladoras.

E essa atribuição compartilhada inclui todos os tipos de investigação criminal, não importando o assunto ou se o réu é uma pessoa jurídica ou natural. Neste último caso, deve-se ressaltar que, segundo o sistema penal brasileiro, a pessoa moral só pode ser processada por crimes ambientais, como se analisa em outros itens dessa pesquisa.

As forças de investigação criminal da Polícia ou do Ministério Público têm diferentes tipos e fundamentos de estruturas. O mais significativo é a diferença entre os campos federal e estaduais que diferem quanto à jurisdição e competência para julgar os crimes.⁵⁹ Assim, podemos falar em Ministério Público Federal e Polícia Federal para apuração de crimes federais e Ministério Público Estadual e Delegacias Estaduais para apuração de crimes de competência dos Estados.

Enquanto esses dois órgãos na esfera federal têm um quadro único para todo o país, quando tratamos das correspondentes estruturas dos Estados, só devem ser observadas regras gerais incluídas nos artigos 127-129 da Constituição sobre o Ministério Público e o artigo 144 para as Polícias. Além dessas disposições, cada Estado pode organizar o Ministério Público e suas polícias de formas diferentes.

Consequentemente, não há regra obrigatória sobre a criação de forças-tarefa ou grupos de investigação especializados. Apesar disso, a complexidade natural da investigação em determinadas áreas como corrupção, crimes tributários ou mesmo o crime organizado em geral leva à criação de gabinetes específicos dentro do Ministério Público ou das forças investigativas da Polícia.

As forças policiais, mesmo quando especializadas, estão sob comando administrativo hierárquico ou, em último caso, também político. Por exemplo, a Polícia Federal tem como delegado o Superintendente de Polícia Federal que é apontado pelo Presidente da República e fica subordinado ao Ministério da Justiça durante seu mandato. Paralelamente, o mesmo ocorre com a Polícia Estadual, cujo Delegado é apontado pelo Governador. Então, nas esferas federal ou estadual, a Polícia está sob o controle do Executivo. Todos os policiais estão subordinados a seus chefes administrativos, podendo ser substituídos em suas funções a qualquer momento e por qualquer motivo, considerados “interesses da administração”.

59 Como determina o art. 109 da Constituição brasileira.

O cenário é diferente no Ministério Público porque, apesar da mesma nomeação e subordinação ao Poder Executivo, que aponta o Procurador Geral (em nível federal ou estadual) há a independência e autonomia do procurador em atuar após sua nomeação. Assim, esses procuradores em posição de chefia não podem ser afastados de suas funções sem o devido processo administrativo, que ocorre apenas em caso de questões disciplinares. Ou seja, o Procurador-Geral tem autonomia para investigar e processar até mesmo o político que o nomeou e vem fazendo isso nos últimos anos, especialmente em escândalos de corrupção envolvendo a Presidência, pelo menos no âmbito federal.

Essa diferença fundamental entre essas instituições implica diferentes motivos de independência para investigar e dá fundamento ao argumento central para o Ministério Público conduzir sua investigação independente.

2. Poderes investigativos e deveres de cooperação

a) Poderes de investigação

O início das investigações criminais requer aspectos inespecíficos sob a legislação brasileira, sendo suficiente a existência de uma informação sobre um crime. De fato, em geral, o direito penal processual brasileiro não é coerente ou mesmo sistematicamente construído para fornecer uma ordem de suspeitas. Isso pode ser notado quando a lei se refere a expressões abertas como “alta suspeita” ou “suspeitas suficientes” em diferentes momentos do julgamento ou em fases pré-processuais.

E essa estrutura falha é piorada com um grande número de crimes de perigo presumido que podem ocorrer sem resultados concretos, ou seja, com ações criminalizadas apenas pelo risco potencial ou perigo pré-assumido. Nesse contexto, não só o direito penal permite uma ampla gama de perseguições, mas também o processo penal estimula processos com um baixo índice de consequências concretas.

O fundamento geral dos poderes investigativos decorre da Constituição Brasileira de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos que impõe as bases de interpretação do Código de Processo Penal e de outras legislações. Do ponto de vista constitucional-convencional, deve-se considerar que todas as medidas de investigação que possam restringir direitos

fundamentais devem ser ordenadas apenas pelo Poder Judiciário quando provocadas por investigação da polícia ou do Ministério Público.

Como mencionado no item C-1-“a” acima, os sistemas de investigação criminal brasileiros permitem que as forças policiais, bem como o Ministério Público, continuem suas próprias investigações o que leva ao fato de que medidas poderiam ser determinadas em inquéritos policiais sem a manifestação prévia do Ministério Público.

Como resultado final, nessa maneira de “investigar”, as forças policiais agem com muita independência para requerer e não raro uma série desses requerimentos não serão úteis para formar acusações. Também é comum que o juiz autorize certas medidas investigativas exigidas pela polícia sem ouvir o Ministério Público. Nesses contextos, o Ministério Público, apesar de sua posição central para indiciar e acusar, figura apenas um espectador formal da polícia e do juiz que atuam durante a investigação.

Assim, para medidas como interceptação de telecomunicações, vigilância, buscas online, acesso a contas bancárias, dados bancários ou bancos de dados específicos, os promotores devem encaminhar suas demandas ao juiz e somente após autorização judicial é que as investigações poderão ser tomadas. Já em outras medidas como ouvir testemunhas ou mesmo o suspeito (pessoa física ou jurídica) podem ser tomadas sem intervenção judicial.

b) Deveres de cooperação e direitos de não autoincriminação

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a ação penal brasileira é obrigada a reconhecer o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em seu grande sentido, uma vez que a Constituição brasileira só reconhece expressamente o “direito ao silêncio”.

The question is the extension of that privilege to the moral person when prosecuted by criminal offenses even regarding only the environmental crimes. According to doctrine evaluation and few precedents in case law it can be affirmed that all rights to a defendant as a natural person must be applied also to the moral persons including the privilege against self-incrimination.

A questão é sobre a extensão desse direito à pessoa jurídica quando processada por infrações penais, mesmo que apenas em relação aos crimes

ambientais. De acordo com a avaliação da doutrina e poucos precedentes na jurisprudência, pode-se afirmar que todos os direitos de um réu como pessoa física devem ser aplicados também às pessoas jurídicas, incluindo a garantia de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A real dimensão da cláusula *nemo tenetur* ainda está por ser construída na jurisprudência brasileira. Na verdade, devido a uma grande rede de processos administrativos e cíveis em matérias que implicam em algum sentido e ao mesmo tempo responsabilidade penal, não é raro que as informações recolhidas no campo administrativo - ou mesmo nas investigações cíveis, marcadamente nos processos ambientais - sejam usadas em processos criminais contra a vontade de suspeitos ou réus. Em muitos casos, o suspeito não é informado de que sua manifestação emitida em procedimento não criminal será utilizada em acusações criminais.

Para essa situação, a doutrina tenta estabelecer um conceito de “prova emprestada” cujo sentido leva em conta a possibilidade de uso dessas “provas” obtidas de outros processos judiciais em uma investigação criminal ou processo judicial. Mas, deve-se ressaltar, essa “doutrina” inicial sobre “prova emprestada” está majoritariamente mais preocupada em assegurar o direito de confrontar essas evidências do que as apreciar sob a luz do princípio *nemo tenetur*.

3. Garantias processuais gerais⁶⁰

a) Proteção contra poderes coercitivos

Na esfera do processo penal, a regulamentação legal exclui da obrigação de depor enquanto testemunha os seguintes parentes do acusado: ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, mesmo que separado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (art. 206 do CPP). Contudo, a regra não é absoluta porque esse dispositivo autoriza a obrigação de depor na hipótese de não ser possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

O CPP brasileiro ainda proíbe de depor pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho (art. 207,

60 Tópico redigido por Daniel Guimarães Zveibil e Evandro Fernandes de Pontes.

CPP). Assim, sem autorização da parte interessada há verdadeira proibição de se prestar depoimento, segundo a letra desse dispositivo 207 do CPP brasileiro. Na prática, os juízes aplicam o art. 206 informando rapidamente ao depoente que ele não é obrigado a depor, mas que é importante contribuir para a Justiça – muito depoentes não entendem exatamente o que foi dito, e começam a informar o que sabem. Quanto ao art. 207 do CPP, não é comum sua aplicação prática embora a tendência da magistratura brasileira seja aceitar o depoimento desses profissionais sob o argumento de “busca da verdade real”.

Importante registrar, por outro lado, que o colaborador tem a prerrogativa de participar das audiências sem contato visual com outros acusados (Lei 12850/2013, art. 5º, IV), prerrogativa que não há para nenhum outro sujeito processual.

Ainda em relação ao acusado em processo penal, conforme apontado acima (item n. 02, “b” – *deveres de cooperação e direitos de não autoincriminação*) ele não é obrigado a se autoincriminar, e pode permanecer em silêncio sem que o silêncio lhe prejudique, nos termos do bloco constitucional vigente (Constituição Federal, art. 5º, LXIII, e Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 8º, 2, “g”), bem como o art. 186 do CPP brasileiro, com a redação de 2003.

No Brasil é possível afirmar que não há crime de perjúrio na hipótese do acusado contar versão falsa do fatos, entretanto a eventual falsa declaração do acusado pode ser confrontada com as provas para se concluir sobre a possível culpa do acusado, ou se a inocência continua sendo presumida. Situação diversa é a do silêncio, o qual realmente não pode ser considerado prejudicial ao acusado em qualquer hipótese.

Contudo, a partir da Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, o colaborador necessariamente deve renunciar ao direito ao silêncio, e passa a se sujeitar ao compromisso de dizer a verdade (art. 4º, § 14), o que vale dizer, teoricamente estaria sujeito ao crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal. Este dispositivo 342, entretanto, não foi atualizado, e não prevê expressamente que o colaborador estaria sujeito a este crime, mas somente a “testemunha”, o “perito”, o “contador”, o “tradutor” ou “intérprete”.

b) Ônus da prova

No processo penal brasileiro, do ponto de vista jurídico o ônus da prova igualmente recai sobre a acusação como projeção do princípio constitucional de presunção de inocência, ou de não culpabilidade presumida, previsto no bloco constitucional (art. 5º, LVII, da Constituição brasileira, e art. 8º, “2”, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos). Nessa perspectiva, o que realmente importa é se a tese acusatória foi, ou não, comprovada.

Todavia, no Brasil também existe entendimento jurídico doutrinário e jurisprudencial que acata a ideia de haver necessidade de alegações defensivas do acusado serem provadas, e o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro reflete essa cultura entranhada na Justiça Penal brasileira ao divergir, pelo menos em parte, daquele bloco constitucional determinando que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...)”. Esse dispositivo, se interpretado literalmente, obriga a flexibilização da presunção de inocência, e por isso não se acomoda se confrontado em controle de constitucionalidade ou de convencionalidade.

c) Acesso ao processo

No âmbito do processo penal brasileiro, a regra geral é a da publicidade, nos termos dos art. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição brasileira, que excepciona a publicidade em defesa da intimidade ou quando se entender que o interesse social exija, havendo, contudo, duas limitações básicas para aplicação do sigilo: a exigência de lei para restrição da publicidade (art. 5º, LX, e 93, IX da Constituição) e quando o sigilo, no caso concreto, não prejudicar o interesse público à informação (art. 93, IX da Constituição).

Nessa linha, é importante apontar um núcleo da publicidade processual que não pode ser reduzido sob qualquer pretexto, no máximo aceitando-se sua eventual e provisória suspensão em nome da eficiência do processo penal (não frustrar investigação, por exemplo): o art. 93, IX, da Constituição brasileira deixa claro que a publicidade não pode ser restringida para partes e seus respectivos advogados, o que parte da doutrina chama de “publicidade interna”, afirmando que ela não pode ser restringida sob pena de surgirem processos secretos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos também impõe a

publicidade como regra geral, autorizando apenas sua restrição para “preservação dos interesses da justiça” (art. 8º, “5”) – outra terminologia aberta, embora deva ser preenchida dentro dos padrões dos fins da Justiça Penal e do devido processo legal. De qualquer modo, segundo a técnica interpretativa de direitos humanos, é importante que a garantia formal da Constituição brasileira em favor da “publicidade interna” continue valendo diante da norma convencional, por ser mais favorável à defesa dos direitos humanos.

O Código de Processo Penal prevê a regra de publicidade em seu art. 792, mas seu padrão, construído em 1941, ano do período brasileiro que se denominou “Estado Novo” (1937-1945), não se ajusta aos padrões da Constituição brasileira e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois utilizam outros termos abertos, devendo o juiz brasileiro aplicar os padrões constitucionais e convencionais, exceto se conseguir convergir alguma parte do padrão do Código de Processo Penal aos padrões do bloco constitucional.⁶¹

Sobre o momento em que o suspeito é informado formalmente dos procedimentos em andamento, anote-se que a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 (define organização criminosa e dispõe sobre temas correlatos) prevê, em seu art. 23 e parágrafo único, que o sigilo de investigação decretado por autoridade judicial para eficácia da investigação não poderá ser oposto ao investigado e respectivo defensor, exceto os elementos de diligências em andamento. Contudo, na hipótese do investigado ser intimado para depoimento, o acesso aos autos deve ser irrestrita, ou seja, mesmo em relação a elementos classificados expressamente como sigilosos, e o acesso deve ser de no mínimo 03 dias de antecedência – prazo que parece ser insuficiente em razão da rotineira complexidade dessas investigações envolvendo crime organizado. De qualquer modo, o dispositivo preocupa-se em salvaguardar o núcleo da publicidade, qual seja, a dita “publicidade interna”, e o momento do depoimento do suspeito é o limite que a legislação julga necessário revelar toda a investigação.

61 “Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

d) Direito de autodefesa e defesa oral

No âmbito penal a autodefesa, pelo menos no plano do direito positivo, é tratada com formalidade muito maior, isto é, com previsões legais específicas para maior segurança jurídica do acusado. Ademais, a autodefesa no campo penal é vista de maneira bem mais ampla, vale dizer, não se limita ao direito do acusado se manifestar oralmente perante seu juiz, mas está contida na cláusula de “ampla defesa” e autoriza o acusado a realizar atos processuais inclusive, como auxiliar a defesa técnica em (re)inquirições e também interpor recursos, por exemplo.

No que concerne à Constituição brasileira, teoricamente sua redação alberga a autodefesa em fórmulas redacionais gerais (que não especificam atos processuais) e amplas (que servem para além do processo penal), apesar da doutrina brasileira⁶² reconhecer o direito à autodefesa contido no conceito de “ampla defesa”, que abrangeria tanto a autodefesa como a defesa técnica. É importante enfatizar que a Constituição brasileira é clara ao dispor que ao acusado é assegurado “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, ou seja, o acusado tem o direito usar meios e recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa, mesmo que a consumação desse uso dependa de auxílio da defesa técnica.⁶³

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos especifica mais alguns direitos típicos da autodefesa, permitindo defesa realizada pessoalmente de modo mais geral, podendo comunicar-se livremente com seu defensor técnico (art. 8º, “2”, d), e mais especificamente os direitos de participar da reinquirição de testemunhas ou peritos (art. 8º, “2”, f), e de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (art. 8º, “2”, h), e ainda de ter tempo suficiente para preparar a defesa (art. 8º, “2”, c).

Ainda no bloco constitucional, anote-se que a Constituição brasileira prevê, em seu art. 5º, LXVIII, a garantia constitucional do habeas corpus, denominado “amparo” especialmente na linguagem do direito hispano-a-

62 Constituição brasileira, art. 5º, LIV e LV, respectivamente: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

63 Constituição brasileira, art. 5º, LV: “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

mericano. No Brasil, essa garantia ainda é ampla o suficiente para permitir que pleitos do acusado sejam apreciados diretamente, reconhecendo-se ao impetrante a capacidade de postular sem advogado. Essa previsão converge ao art. 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que prevê a toda pessoa direito “a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais (...)”.

No plano do Código de Processo Penal, a autodefesa manifesta-se basicamente no direito do acusado se defender pessoalmente em interrogatório, sob pena de nulidade (art. 564, III, e, segunda parte), bem como no direito de acompanhar os atos processuais pessoalmente, sendo intimado para tanto (art. 367 e 370), além do direito de recorrer pessoalmente (art. 577) ou por meio de habeas corpus.

A Lei nº 9.613/98 (alterada pela 12.683/2012), que dispõe sobre crimes de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores, flexibiliza a autodefesa no aspecto da presença do acusado para acompanhamento dos atos, quando autoriza, por meio de seu art. 2º, § 2º, que o processo penal prossiga mesmo que a citação tenha sido por edital – algo que não ocorre para os demais acusados, em vista da regra geral contida no art. 366 do Código de Processo Penal brasileiro.

Também deve-se registrar que o art. 4º, § 7º, da lei nº 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre temas correlatos), prescreve que se houver acordo de colaboração nos termos do § 6º (do mesmo artigo), será remetido ao juiz para homologação, “o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”. Esta é uma nova hipótese de sigilo, criada com a finalidade de facilitar a audiência judicial como trava de segurança em acordos de colaboração premiada, não havendo, porém, restrição à dita “publicidade interna” na medida em que existe acesso do defensor do colaborador.

No que concerne às alegações finais no campo da investigação, não há um protocolo formal a este respeito, podendo o investigado tecer considerações, por escrito, entregando-as a autoridade responsável pela investigação para que decida a respeito dos elementos colhidos. No campo

judicial há protocolo, e as alegações finais devem ser apresentadas, segundo a normativa geral (Código de Processo Penal, art. 403) oralmente em 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos, podendo o tempo ser diferente em outros procedimentos específicos. Contudo, o Código permite em seu procedimento comum que as alegações finais sejam escritas em razão da complexidade do caso (art. 403, § 3º).

e) Provas ocultas

No campo penal, o modelo processual básico (que se encontra nos art. 5º da Constituição brasileira e art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos) impede o uso de provas ocultas no processo penal, pois há previsão expressa do direito fundamental do acusado exercer o contraditório e a ampla defesa. Assim, o marco jurídico do bloco constitucional impede qualquer condenação penal sem que o acusado tenha acesso irrestrito às provas produzidas.

Contudo, o combate à criminalidade mais sofisticada tem colocado em xeque modelos processuais consolidados com relação a crimes de menor complexidade. No Brasil, a lei nº 9.807/1999 (dispõe, entre outros, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal) prevê uma série de medidas de proteção de testemunhas, vítimas e colaboradores coagidos ou ameaçados gravemente, e entre essas medidas consta a “preservação da identidade, imagem e dados cadastrais” (art. 7º, IV), o “sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida” (art. 7º, VIII), e a possibilidade de, em casos excepcionais, alteração de nome completo junto aos registros públicos.

A lei 12.850/2013, que dispõe também sobre direitos do colaborador em crimes envolvendo organizações criminosas, prevê igualmente medidas de proteção, reconhecendo como direitos do colaborador, “usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica” (art. 5º, I), “ter nome, qualificação, imagem e demais informações preservados” (art. 5º, II), e “participar das audiências sem contato visual com os outros acusados” (art. 5º, IV).

Essas medidas de proteção tensionam o direito de defesa, na medida em que guardam o potencial de ocultar dados dos acusados, como, a propósito,

acontece na aplicação da lei nº 9.807/1999, especialmente seu art. 7º, IV, porque a jurisprudência brasileira prefere a segurança de vítimas e testemunhas (ocultando seus nomes) em detrimento do necessário equilíbrio que deve existir entre esses direitos fundamentais e o direito fundamental à defesa (revelando os nomes verdadeiros a permitir o direito de defesa, contudo, garantindo proteção a testemunhas e vítimas gravemente ameaçadas).

f) Publicidade

Com relação à publicidade no processo penal, fazemos remissão ao quanto dito no item “c” acima. Vale o acréscimo relativo à lei nº 12.527/2011, conhecida no Brasil como “lei de acesso à informação”, que regulamenta o art. 5º, XXXIII⁶⁴. Essa lei é aplicável a todo Estado (gênero), que possui o dever de gerir informações em consonância com os direitos fundamentais e, portanto, aplicável também aos processos judiciais, na medida em que o Judiciário torna-se possuidor de informações registradas nesses documentos.

Essa lei reafirma a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção (art. 3º, I), e determina às autoridades do país que deixem de negar “acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, definindo ainda que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.” (art. 21 e parágrafo único).

g) Pessoas jurídicas e outras organizações

No âmbito do processo penal, em perspectiva diversa, há muita nebulosidade quando se fala das garantias do devido processo legal penal em relação às pessoas jurídicas e organizações.

A nebulosidade começa no próprio direito material. No Brasil, a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (lei de crimes ambientais) é a única que prevê expressamente aplicação do Direito Penal à pessoa jurídica (art. 3º) – não há outra lei que preveja, em outras situações, possível aplicação do Direito Penal à pessoa jurídica. De qualquer modo, esta lei nº 9.605/1998

64 “(...)XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (...)”.

prevê como maior sanção penal aplicável à pessoa jurídica a restrição de direitos⁶⁵, enquanto a lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, prevê a dissolução compulsória como possível sanção civil aplicável judicialmente – o que equivale à pena de morte da pessoa jurídica, embora a lei brasileira considere a dissolução compulsória como sanção como de natureza “civil”.

Seja como for, o processo penal brasileiro não acompanhou aquela alteração legislativa de 1998, relativa à lei de crimes ambientais, a qual demanda, indiscutivelmente, novos e diversos paradigmas. Pode-se mencionar, a título de exemplo, o sério problema da representação da pessoa jurídica no processo penal – que não pode conter conflito de interesses –, bem como ao estatuto jurídico da pessoa física que representa a acusada (a que título será ouvida?), além de outros aspectos.

Apesar desse quadro confuso com relação à possibilidade de aplicação do Direito Penal à pessoa jurídica, é possível afirmar que o bloco constitucional brasileiro (Constituição formal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos) não há qualquer dispositivo jurídico que sugira possível distinção de tratamento entre pessoas físicas e jurídicas, no que tange às garantias típicas do devido processo legal no âmbito penal para aplicação legítima de eventual sanção penal.

4. Discricionariedade para iniciar e conduzir procedimentos⁶⁶

Após concluir a investigação, o Ministério Público é o único competente para formalizar a acusação contra o então suspeito, tornando-o réu. Nem as forças policiais nem outros órgãos administrativos podem desempenhar esse papel ou mesmo obrigar o Ministério Público a oferecer a denúncia. Nesse caso, mesmo as vítimas, de forma isolada ou por associação (de vítimas) podem obrigar o Ministério Público a iniciar o processo.

Assim, o poder do Ministério Público é, de fato, total, ostentando um baixo ou inexistente nível de responsabilidade por esse poder. O único mecanismo de equilíbrio, que é muito frágil, é aquele previsto para o caso

65 Ou seja: “I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.”

66 Tópico redigido por Fauzi Hassan Choukr.

de o Ministério Público não apresentar a denúncia, situação a que o juiz competente pode se opor. Nesse caso, o juiz exige uma nova avaliação do Procurador-Geral em apoio à decisão pelo arquivamento das investigações ou, se ele discordar e considerar que existe uma justa causa provável, que ele nomeie outro promotor de justiça ou procurador federal para apresentar a denúncia.

Sobre a obrigatoriedade ou não apresentar denúncias, a doutrina brasileira e a jurisprudência estão passo a passo mudando a forma tradicional de discutir o assunto. Na verdade, não há nenhuma regra expressa que imponha o indiciamento e a denúncia obrigatórios. A interpretação tradicional que leva a essa conclusão baseia-se na regra constitucional que diz que “todos são iguais perante a lei”. Esse sentimento de “igualdade” implica que todas as pessoas que agiram contra a lei devem ser processadas se houver uma causa provável.

Após a Constituição de 1988, o direito processual penal brasileiro foi autorizado expressamente a construir um sistema penal consensual para homologar acordos na área penal, mas apenas para delitos de menor potencial ofensivo. Essa foi a porta aberta para a ideia de que a não obrigatoriedade de processar poderia ser expandida para todos os casos previstos pela lei de crime organizado aprovada em 2013 (Lei 12.850/13) a qual autoriza, pela via de um acordo penal, que o suspeito tenha seu caso arquivado desde que sua colaboração seja útil o suficiente para tornar o processo criminal desnecessário.

Até o presente momento, a não obrigatoriedade de processar ainda está em discussão. Na verdade, devido ao alto índice de conflitos criminais no Brasil, que aumenta a cada ano, o Ministério Público Federal aprovou uma regra - ou um padrão interpretativo para melhor dizer⁶⁷ - orientando a não persecução nos casos considerados não prioritários em função do menor impacto da conduta e tendo em vista que o ordenamento jurídico penal deve ser considerado subsidiário em relação aos demais regimes sancionadores.

Cabe ressaltar também que a estrutura pré-processual brasileira não pode permitir soluções alternativas no processo penal. Isso significa que ou as acusações são apresentadas ou o caso é arquivado. Não há possibilidade de

67 A denominada Orientação N° . 30

suspender a investigação sob certas condições, por exemplo. Assim, podemos afirmar que não há solução alternativa *para* a investigação e *na* investigação.

As exceções são os delitos de menor potencial ofensivo do sistema penal que permite uma gama de pequenos acordos e, por outro lado, a persecução dos crimes organizados (ver lei citada acima) que trabalha com a colaboração com a justiça de forma mais abrangente, com acordos que evitam processos e outras medidas.

5. Relacionamento com outros regimes jurídicos nacionais e internacionais⁶⁸

a) Transferência de provas dentro da ordem jurídica nacional

Registre-se, ainda, que as provas colhidas no processo penal podem emprestadas para utilização em processo administrativo, segundo o Supremo Tribunal Federal (recursos extraordinários 934.233 e 810.906, e inquérito 3305), constituindo prática comum conforme se pode notar a partir de uma análise da jurisprudência do Supremo brasileiro. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou a legitimidade do compartilhamento de elementos probatórios encontrados fortuitamente, em colheita por meio de interceptação telefônica autorizada judicialmente, com o propósito de dar início a processos criminais e até mesmo de processo administrativo sancionatório (inquérito 3965).

No que tange à utilização da prova emprestada no processo penal, o direito positivo brasileiro não possui normativa específica sobre prova emprestada, impondo expressamente algum padrão, até a vigência do recente (2015) Código de Processo Civil brasileiro. O atual Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”; ou seja, apesar da regra ser singela, sem maiores explanações ou desenvolvimentos reafirma a necessidade de observância do contraditório constitucional para validade da prova emprestada, e pode ser aplicada ao processo penal de modo supletivo (art. 3º, Código de Processo Penal).

68 Tópico redigido por Daniel Guimarães Zveibil.

Anote-se que antes mesmo dessa regra do Código de processo Civil brasileiro a Constituição brasileira de 1988 previu alguns marcos probatórios da mais alta importância: vedando o uso de provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI), e exigindo contraditório e ampla defesa a condicionarem, dentre outros aspectos, a validade da prova (art. 5º, LV), assim como no plano convencional que prevê uma série de dispositivos visando garantir o contraditório e a ampla defesa (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 8º, e Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, art. 14, também do qual o Brasil é signatário).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro admite empréstimo de provas no campo penal (de processo penal para processo penal) antes mesmo da alteração legislativa do Código de Processo Civil brasileiro (que pode, em tese, ser aplicado ao processo penal se a regra processual civil for ajustável ao sistema processual penal).

Entretanto, a jurisprudência do Supremo não é clara e nem detalhista sobre os requisitos de validade do empréstimo de prova, normalmente se limitando a alegar, de modo genérico, a exigência de contraditório, bem como da validade da prova emprestada se houver também outros elementos de prova a darem sustentação à condenação.

Ganha relevo, no Brasil, a discussão sobre prova emprestada em razão do Supremo Tribunal Federal aceitar o desmembramento das atividades de investigação e de processamento, quando os mesmos fatos envolverem autoridades com *foro de prerrogativa de função* e outras autoridades e cidadãos que devem ser processados em primeiro grau de jurisdição. Não há direito positivo regulando esse fato específico, mas novamente é necessário levar em consideração o marco do contraditório constitucional, permitindo-se ao acusado amplo acesso inclusive às fontes das provas emprestadas.

b) *Ne bis in idem* na ordem jurídica nacional

No processo penal, o *ne bis in idem* é observado no sistema processual penal brasileiro por sua função estar incorporada aos institutos processuais da preclusão e da coisa julgada, os quais, basicamente, impedem a repetição de alguma acusação no mesmo processo ou em processo penal posterior.

A jurisprudência brasileira possui exemplos de violações do *ne bis in*

idem como, por exemplo, ocorre ao se ampliar a acusação com lastro nos mesmos fatos e aplicando outras qualificações jurídicas a serem somadas à acusação original. Outro exemplo constitui na aplicação de aumento de pena pelos mesmos fatos (aumento por antecedentes criminais e por reincidência, embora haja apenas prova de uma condenação penal transitada em julgada).

Do ponto de vista da criminalidade complexa, aumenta-se o risco de violações da proibição do *ne bis in idem* no Brasil porque o acusado penal pode acabar respondendo por parcelas dos mesmos fatos repetidamente, em razão de serem corriqueiramente amplos e fragmentados não obstante o entrelaçamento existente, mas difícil de ser visualizado em razão da complexidade fatural.

Por outro lado, diferentemente do que acontece na seara administrativa, não há na Justiça Penal a fragmentação de competências capaz de gerar repetidas punições por diversas autoridades por fundamentos diferentes (razão para que não se acolha o *ne bis in idem* no campo administrativo). Ademais, no processo penal os institutos de *conexão* e *prevenção* de competência também colaboram para que não existam as reclamações de violação do *ne bis in idem*, nos termos em que se dão no âmbito administrativo.

c) Cooperação internacional

A cooperação internacional na área penal brasileira, embora tenha sido melhorada está longe de possuir a agilidade e informalidade próprias do campo administrativo, acima descritas. Nessa linha, o Código de Processo Penal vigente, de 1941, prevê somente duas medidas típicas entre Estados soberanos: carta rogatória e execução de sentença estrangeira (art. 783 a 790).

Enquanto o novo Código de Processo Penal não é aprovado com sensível modificação em matéria de cooperação internacional, entrou em cena no Brasil o Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde 2016, disciplinando o tema de modo mais claro, e minudenciando os atos possíveis de cooperação deixando, porém, uma cláusula geral no último inciso do art. 27: “A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida ju-

dicial de urgência; V - assistência jurídica internacional; VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.”

O que deve ser destacado no Código em questão, é o fato de prever entre as espécies de cooperação internacional, o denominado *auxílio direto*, cuja nota distintiva para um modelo de cooperação mais ágil é a prescindibilidade de intervenção de órgãos diplomáticos, algo que tem repercussão significativa no campo penal, especialmente para a investigação de possíveis fatos criminosos transnacionais. O sistema brasileiro, todavia, continua carecendo de regulamentação mais detalhada no campo penal, porque a regulamentação civil não tem em mira as necessidades da prática penal.

Outra limitação é o fato do Brasil não possuir regulamentação formal da “transferência de processos”, prevista no art. 21 da Convenção da ONU sobre Crime Organizado Transnacional, o que dificulta o combate a crimes transnacionais sobretudo quando for vantajosa a instrução processual fora do país.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO PENAL⁶⁹

A. Objetivos e características gerais do regime jurídico

No Brasil não há propriamente um direito administrativo penal. O regime jurídico sancionatório administrativo é considerado parte, como subsistema, da grande área do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo rege, precipuamente, as relações jurídicas que incluam, como parte, pessoa jurídica de direito público interno, que de acordo com o art. 41 do Código Civil Brasileiro, são: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias (inclusive as associações públicas) e demais entidades de caráter público criadas por lei.

Uma característica importante do sistema brasileiro reside não somente nessa característica subjetiva, que atenta apenas para as relações em que essas pessoas jurídicas de direito público interno são partes, mas, também, para uma característica objetiva, a saber: é necessário que nessas relações jurídicas em que a pessoa jurídica de direito público interno tomar parte, ela atue dentro do que no Brasil se conceitua por *atividade administrativa*.

69 Tópico redigido por Evandro Fernandes de Pontes.

Qual seja, é importante que a mencionada entidade seja parte em uma relação jurídica que a considere *pessoa jurídica de direito público interno* enquanto tal e em sua função específica determinada em lei e na Constituição Federal. Exemplo comum diz respeito às atividades das chamadas *sociedades de economia mista*, que são aquelas companhias de capital aberto, controladas por uma pessoa *jurídica de direito público interno* e que conta também com acionistas privados dentre os minoritários: nestes casos como a pessoa jurídica de direito público, na sua qualidade de acionista controlador, não exerce atividade típica administrativa, fazendo-o sem distinção substancial para entidades privadas, o regime jurídico de regência nesses casos será o do direito privado (por determinação constitucional, inclusive), excluindo-se, nesses casos, a regência própria do direito administrativo, ainda que a pessoa *jurídica de direito público interno* seja parte integrante dessa relação jurídica específica.

Temos assim que o Direito Administrativo soma dois elementos, um de natureza subjetiva e outro de natureza objetiva: *parte* (necessariamente um ente estatal da administração pública direta ou indireta) e *atividade administrativa*.

Quanto ao conceito de *atividade administrativa*, muito ainda se relaciona ao antigo conceito de *ato administrativo*, mas há sutil diferença: *atividade* é um conjunto de atos de mesma natureza. Portanto, a *atividade administrativa* será caracterizada por um conjunto específico de relações jurídicas cujo escopo justifica a existência do Estado de acordo com as regras constitucionais brasileiras, a saber: prestação do serviço público em sentido amplo e, especificamente, a atividade jurídica do ente estatal voltada ao exercício do *poder de polícia*.

Poder de Polícia é concretizado por meio de um conjunto de mecanismos que condiciona interesses privados aos chamados *interesses públicos constitucionais* e também a certos *interesses coletivos qualificados*. São prerrogativas que o ente estatal dispõe para *sujeitar* interesses privados e conformá-los com as diretrizes constitucionais.

Sendo assim, temos que a atividade administrativa pode assumir características sancionatórias sem que com isso assumam *natureza penal*, sendo claro, no Brasil, essa distinção entre *sanção* e *pena*.

Desta forma, no âmbito do Direito Administrativo e considerando que a administração pública deve necessariamente figurar como parte em relações que envolvam diretamente uma atividade administrativa, o chamado *Direito Administrativo Sancionatório* volta-se, basicamente, contra dois tipos de sujeito: (i) sanções contra sujeitos que são parte da administração; (ii) sanções contra sujeitos externos à administração.

Nos processos sancionatórios do primeiro tipo, temos o chamado *processo administrativo disciplinar* e as os *processos sumários e sindicâncias*. Nesses processos o ente estatal aplica sanções em face de faltas cometidas por seus servidores e colaboradores. As sanções são de natureza semelhante à trabalhista no âmbito privado e podem oscilar entre uma advertência até final perda definitiva do cargo e de outras prerrogativas. Este tipo de processo sancionatório importa menos para o escopo deste relatório e por isso não será analisado.

Os processos sancionatórios do segundo tipo são aqueles em que a Administração aplica sanções a particulares, seja por especificidade de assunto (regulação de certas atividades e mercados específicos), seja por *poder de polícia* em termos gerais (aplicação de sanções de natureza ambiental, infrações de trânsito e, como recentemente se regulou no Brasil, violações de natureza criminal associadas à corrupção ou lavagem de dinheiro, independentemente do tipo societário e do mercado em que atuar o particular).

De modo geral, as principais regras que tratam de processos administrativos sancionatórios hoje em vigor no Brasil e que podem ser interpretadas como mecanismos adicionais de repressão à criminalidade econômica quando praticada por pessoas físicas ou jurídicas que se qualifiquem em lei como “empresários” (art. 966 do Código Civil) são:

Sob o ponto de vista processual

Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: trata das normas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que regula boa parte do disposto no art. 37 da Constituição Federal acerca de processos administrativos sancionatórios. Por intermédio desta lei, as partes em um processo administrativo sancionatório tem assegurados o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e a pluralidade de instâncias. O processo administrativo, embora marcado pela oficialidade e pela flexi-

bilidade procedimental, deverá se valer destas características para fazer cumprir a ampla defesa e o contraditório e não o inverso.

- O sistema federalista brasileiro abre a ainda a possibilidade para que cada estado tenha a sua própria lei processual, desde que se atenha a regular o disposto na Constituição e podendo apenas e tão somente ampliar o rol de garantias mínimas previsto na Constituição. De modo geral, as poucas leis estaduais seguem as balizas estabelecidas para o processo federal regulado pela lei supracitada.
- Essas leis são usadas em amplo espectro e regem procedimentos sancionatórios que vão desde a investigação e punição de infrações de natureza fiscal, passando pelas infrações setoriais (instituições financeiras, energia, óleo e gás, telecomunicações, por exemplo) e atingindo até as infrações qualitativas (entidades integrantes dos mercados de capitais, infrações concorrenciais), até as específicas para prevenção à lavagem de dinheiro e mecanismos anticorrupção. Qual seja, independentemente do direito material envolvido e sob escrutínio, o processo tende a ser muito semelhante em todos os órgãos e instâncias que tratem da repressão administrativa sancionatória.

Sob o ponto de vista material

- Companhias de capital aberto: a Lei nº 6.385/76, que cria a CVM – Comissão de Valores Mobiliários (moldada na US-SEC: *Securities and Exchange Commission dos EUA*) estabelece sanções que a CVM está apta a aplicar, após devido processo legal sancionatório administrativo, para entes de mercado que violem disposições de lei, em especial o previsto em leis penais e na chamada Lei das S/A, a Lei nº 6.404/76. As sanções oscilam desde breve advertência verbal até cassação da autorização ou registro para atuar nos mercados de capitais, passando também por penas de multa, inabilitação de pessoas naturais para o exercício (temporário ou definitivo) de certos cargos em companhias de capital aberto (e, muitas vezes, em qualquer tipo societário de natureza empresarial), proibição temporária limitada a 20 anos para o exercício de certas atividades e proibição temporária limitada a 10 anos de atuar e uma ou mais modalidades de operação nos mercados de capitais.

- Instituições Financeiras: a Lei nº 4.595/65, em conjunto com a Lei nº 6.024/74 dispõem de regime sancionatório administrativo bastante sofisticado e que inclui sanções que são aplicadas para integrantes do sistema financeiro nacional que violam ou vulneram qualquer ponto da legislação e que coloquem em risco a higidez do sistema financeiro nacional. As sanções podem oscilar entre mera advertência verbal até liquidação compulsória com extinção definitiva da pessoa jurídica sancionada. O Sistema Financeiro Nacional, na parte sancionatória, conta com o Banco Central do Brasil como principal órgão de repressão a práticas ilícitas no âmbito do mercado financeiro, sendo auxiliado pelo CMN – Conselho Monetário Nacional e pelo CRSFN – Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que por sua vez funciona, item, como instância recursal para decisões proferidas pela CVM;
- Concorrência: a Lei 12.529/11 regula atualmente os mecanismos administrativos sancionatórios referentes a práticas anticoncorrenciais, alocando ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a aplicação de uma gama bastante ampla de sanções, com destaque especial para sanções relacionadas a práticas de cartel e concorrência desleal ou ilícita (tais como *dumping*), auxiliadas pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico. No caso da esfera concorrencial temos uma das únicas e raras exceções processuais, onde a própria Lei 12.529/11 trata detalhadamente da parte processual, não se valendo do regime geral da Lei 9.784/99 supracitada.
- Setores regulados: para cada setor regulado há uma lei específica prevendo sanções administrativas. Na base do sistema a Lei 8.987/95 (Lei das Concessões) estabelece um poder geral sancionatório para o ente concedente do serviço público para o privado que o exerça nos principais setores:
 - Setor de Óleo e Gás: Lei 9.478/97, que cria a ANP – Agência Nacional de Petróleo, estabelece a esta autoridade para aplicar sanções administrativas relacionadas a atividades no âmbito do setor de óleo, gás e biocombustíveis;

- Setor de Telecomunicações: Lei 9.472/97, que cria a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, estabelece a esta autoridade para aplicar sanções administrativas relacionadas a atividades no âmbito do setor de telecomunicações, incluindo a “repressão a infrações praticadas perante consumidores”, “praticar buscas e apreensões contra entidades reguladas”, “intervenção administrativa”, “extinção da concessão”, “multas”, “declarações de inidoneidade”, “suspensão temporária” além de outras;
- Setor de Energia: Lei 9.427/97, que cria a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, estabelece a esta autoridade poder para aplicação de sanções no âmbito dos mercados de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Por conta de uma opção política recente, o setor de energia no Brasil passou a contar com uma sobreposição entre sanção administrativa e mecanismos de controle e intervenção, dado o altíssimo grau de intervenção estatal nesse setor da economia, inaugurado a partir de 2004, intensificado em 2009 e extremado a partir de 2012;
- Setor de Alimentos e Medicamentos: Lei 9.782/99, que cria a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, outorga largos poderes a esta agência, criada nos moldes da US-FDA (Food and Drug Administration Agency dos EUA) com o fim de aplicar sanções no âmbito da segurança alimentar e da segurança farmacêutica e toxicológica;
- Setor de Saúde Suplementar: Lei 9.961/00, que cria a ANS – Agência Nacional de Saúde Pública Suplementar, outorga a esta poderes sancionatórios específicos para penalizar as pessoas jurídicas sujeitas ao âmbito da Lei 9.656/98, que trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde, bem como aplicar sanções de liquidação compulsória administrativa de entidades cujas violações legais coloquem em risco o regular funcionamento da assistência à saúde no país;

- Setor de Saneamento Básico: Lei 9.984/00, que cria a ANA – Agência Nacional de Águas, outorga a esta agência poderes sancionatórios amplos em relação ao uso, pelo particular ou mesmo pelo poder público, de recursos hídricos e serviços a eles atrelados;

Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Legislação Anticorrupção

Cumpre, ao fim desta lista, especificar o marco legal brasileiro de combate à corrupção e prevenção à lavagem de capitais no âmbito administrativo, onde sanções são estabelecidas em face de partícipes do mercado e da sociedade em geral que tenham se envolvido em atos de corrupção ou lavagem de dinheiro. O principal pilar desse sistema está na Lei 9.613/98, que cria o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, responsável pela monitoração de todas as atividades financeiras em curso no país. A Lei 9.613/98, **já estudada no tópico anterior por cuidar de crimes de lavagem de dinheiro**, dispõe também de uma ampla e reforçada gama de sanções administrativas a serem aplicadas a infratores identificados e envolvidos com atividades relacionadas à lavagem de dinheiro.

Há claríssima separação e diferenciação do que é puramente penal e do que vem a ser essencialmente sancionatório administrativo. Na doutrina existe uma discussão do *non bis in idem*, completamente rechaçada pelos tribunais pátrios que já reconheceram a legalidade da imposição de sanções cumuladas, respeitadas as esferas, quando há condenação em ambas as esferas atributivas. O COAF ainda pode impor sanções administrativas a pessoas jurídicas infratoras., algo que o direito penal brasileiro não reconhece ainda no âmbito da prevenção à lavagem de dinheiro e no sistema anticorrupção.

Outro detalhe importante no âmbito da Lei 9.613/98 é a existência de um processo administrativo sancionatório próprio, dada a altíssima complexidade de seu procedimento investigatório, conforme Decreto Federal nº 2.799/98. O CRSFN – Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional acima citado no item referente ao sistema administrativo sancionatório de atividades do setor financeiro, funciona também como instância recursal das decisões proferidas pelo COAF.

Adicionalmente ao sistema regulado pelo COAF, temos também a Lei nº 12.846/13, que trata da responsabilização administrativa em face de atos cometidos contra a administração pública, sobretudo os atos de corrupção. Conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), quando de sua discussão na Câmara dos Deputados, a LAC estava prevista para ser uma lei penal contra pessoas jurídicas, mas por força de manobras políticas, converteu-se em lei de natureza sancionatória administrativa (em parte) e de responsabilização judicial (noutra parte).

Neste ponto cabe-nos expor apenas e tão somente o sistema de combate à corrupção alocado para o âmbito administrativo sancionatório. Neste caso, não apenas a parte material (dos tipos e punições aplicáveis) está regulada nesta lei, mas também (constituindo-se outra exceção à regra geral do procedimento previsto na Lei 9.784/99) o procedimento, bastante específico e peculiar, por força, mais uma vez, de suas especificidades investigatórias.

Cabe neste subsistema, no âmbito federal, à CGU – Controladoria Geral da União, liderar as ações investigatórias e sancionatórias contra pessoas jurídicas infratoras. Esta lei visa punir exclusivamente pessoas jurídicas e não se aplica para pessoas naturais. Nesse processo administrativo a CGU pode contar, segundo conveniência própria, com o auxílio de outros órgãos como o Ministério Público e a entidade estatal diretamente prejudicada, que poderá ser representada pela Defensoria Pública (se houver).

Destaque-se, novamente, que nesses subsistemas citados, que são apenas os principais em vigor no Brasil, há incontestável atribuição para que os órgãos encarregados investiguem atos de corrupção, mas não são todas as situações em que o mencionado órgão poderá aplicar sanções relacionadas a crimes dessa natureza, embora esteja autorizada a aplicar sanções a crimes de outra natureza mas integrantes do macrossistema da *criminalidade econômica*, como é o caso do CADE, que, investigando atos de corrupção, ficará adstrito apenas às sanções concorrenciais como cartel ou *dumping*.

O sistema sancionatório administrativo, portanto, guarda marcantes diferenças de escopo em face do sistema penal. O sistema administrativo não é construído em bases criminológicas e suas penalidades não são voltadas para intuitos ressocializadores nem tampouco educativos. São sanções

puras, diretamente relacionadas ao poder de polícia da administração, com intuitos claramente repressivos e, vez ou outra, preventivos.

Conforme dito, o sistema administrativo sancionatório atua em condutas ilegais, bem como em práticas que conflitem com algum interesse *público constitucional* ou algum *interesse coletivo qualificado* que esteja sob a tutela específica de atuação do ente estatal sancionatório em questão. O comportamento ilícito está na proa das atuações administrativas, mas a reboque há a prevenção contra danos que possam ser cometidos em um determinado mercado relevante de atuação ou prejuízo social de proporções incalculáveis (como é o caso do sistema financeiro).

Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017 - Nova lei que sanciona processos administrativos no âmbito da atuação da CVM e do Banco Central

Em 13 de novembro de 2017, foi sancionada a Lei 13.506. A lei é extensa e conta com 72 artigos. No espectro de sua abrangência, além de criar tipificações para certas condutas que passam, expressamente a ser consideradas ilícitos administrativos, a lei regula o novo processo administrativo sancionador na esfera de atuação da CVM e do Banco Central.

As penalidades aplicáveis também sofreram modificações, bem como os termos de compromisso. A lei ainda cria o chamado “acordo administrativo em processo de supervisão”, novo nome dado ao “acordo de leniência” da extinta MP 784.

Outra importante inovação diz respeito ao aumento dos poderes cautelares do Banco Central do Brasil, trazendo mecanismos coercitivos de caráter liminar e antecipatório para esse âmbito administrativo, antes somente possível, em teoria, na esfera judicial.

Em relação à CVM e às suas jurisdicionadas (com impacto direto, portanto, para as companhias abertas), a lei estende as inúmeras mudanças no rito processual, bem como a possibilidade de “acordo administrativo em processo de supervisão” previstas para a jurisdição do Banco Central, com as adaptações pertinentes na regulamentação específica da CVM, naquilo que disser respeito à atuação desta.

Nas disposições finais da lei, que ocupam mais da metade do texto normativo, há modificações relevantes na legislação-base dos mercados

financeiros e de capitais, com destaque para alterações promovidas nas Leis 9.613/96 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro), 6.385/76 (Lei da CVM e do Mercado de Valores Mobiliários), 4.131/62 (Lei de Aplicações do Capital Estrangeiro no Brasil e das Remessas para o Exterior), 6.024/74 (Lei de Intervenção e Liquidação de Instituições Financeiras), 7.492/95 (Lei dos Crimes de Colarinho Branco) e, *last but not least*, a 4.595/65 (Lei da Reforma Bancária) – esta última, tendo sido afetada em artigos relevantes como o 34 e o 44, conforme veremos logo abaixo.

A Lei 13.506/17 ainda trouxe mudanças centrais no regime de vedações e punições que antes era regulado pelos artigos 34 (integralmente reescrito), 35 e 36 (que passaram a ser regulados pelos parágrafos ao art. 3º da Lei 13.506/17, alterando o regime de aplicação em imóveis), bem como os arts. 43 (que passou a ser regulado pela nova redação dada ao art. 17 da Lei 7.492/86) e o 44 (integralmente revogado e com o texto substituído pela íntegra da Seção III da Lei 13.506/17, arts. 5º a 10º, complementados pela Circular Bacen 3.857/17.

B. Sanções e seus requisitos substantivos

1. Tipos de sanção

A sanção administrativa mais comum é a multa, em valores pecuniários definidos em cada subsistema acima descritos.

Outra espécie de sanção está relacionada à restrição de direitos.

No âmbito da restrição de direitos, a gama de categorias específicas é extremamente ampla. A restrição a direitos pode atingir tanto pessoas naturais como pessoas jurídicas. Essas penas, entretanto, estão sujeitas a um princípio de tipicidade estrita e cerrada, sendo vedado a autoridades criar sanções *sponte propria* não previstas em lei.

Cada órgão de atuação terá a sua disposição um rol de penas restritivas de direitos que são aplicadas no seu âmbito específico de atuação e atribuição. Portanto, as penas que a CVM pode aplicar, não se confundem com as penas que o COAF ou o BACEN tenham a sua disposição e vice-versa. O mesmo se diz em relação à atribuição específica: apenas a CVM poderá aplicar as penas que digam respeito a sua atuação específica (mercados de capitais) e ainda que ilegalidades no campo dos mercados de capitais sejam

descobertas no bojo de uma investigação antitruste conduzida, por exemplo, pelo CADE, caberá a este remeter as partes do processo administrativo que impliquem a atuação de outra autarquia, sendo absolutamente nulo a invasão nas distintas esferas de atuação.

Não poderá o CADE aplicar as *suas penas* mas relacionadas a um âmbito de atribuição que diga respeito à atuação específica de outro órgão. Desta forma, um mesmo fato que em direito penal possa configurar um *concurso formal*, no âmbito administrativo representará um desmembramento com aplicação dúplice de sanções, não se aplicando o princípio do *non bis in idem*. Nestes casos a doutrina entende que não há o “bis”, por se tratar de esfera de atuação segregada e específica.

Esse é um dos temas mais complexos e debatidos na doutrina brasileira em razão da atuação dos inúmeros órgãos fiscalizatórios diante de ilícitos complexos praticados por particulares. Lembre-se, outrossim, que a esfera puramente criminal, muita vez, acaba atuando concomitantemente com a esfera administrativa, sempre que o Ministério Público passa também a ser envolvido *ab initio* em processos administrativos. Isso é bastante comum na prática brasileira quando há ilícitos sendo apurados pelo BACEN ou pelo COAF.

Na prática, isso leva muitas empresas que estão envolvidas em práticas ilícitas complexas a uma espiral de desconstrução que fatalmente a conduz para a insolvência em tempo curto. A pessoa jurídica, asfixiada pela atuação de órgãos da administração, acaba, no mais das vezes e ante múltiplas restrições de direitos, tendo dificuldades intransponíveis de recuperação. Os casos práticos são abundantes.

Conforme já explicitado em “III.A” acima, cada subsistema está autorizado, no âmbito de sua respectiva atuação, a aplicar sanções administrativas cuja origem seja um crime econômico ou corporativo, atingindo, em muitos casos, as pessoas jurídicas envolvidas no fato apurado. Exemplo clássico é a prática de atos de corrupção por parte de instituições financeiras: ainda que a instituição financeira ostente resultados excepcionais e siga com rigor o cumprimento de todas as demais regras contábeis, de respeito ao meio ambiente e de tratamento do trabalhador, a indigitada instituição acaba sofrendo intervenção pelo Banco Central que, pode, inclusive, decretar a liquidação

compulsória da instituição financeira se as ilegalidade cometidas alcem um nível de gravidade que coloque em risco a higidez do sistema financeiro nacional, ainda que esse risco não decorra exclusivamente ou isoladamente da saúde financeira da instituição interdita em suas atividades.

Todos os órgãos, em tese, estão autorizados a atuar em face de atos de corrupção praticados por seus jurisdicionados, mas, na prática, são poucos os órgãos da administração que atuam nesse sentido.

2. Requisitos substantivos e requisitos para impor sanções

Essencialmente, são dois os requisitos para a imposição de uma sanção administrativa:

a) Legalidade

É requisito essencial, *sine qua non* há sanção. A violação de um mandamento legal é o principal propulsor da atuação estatal. Essa violação deve ser, item, específica. Qual seja, não pode a autoridade usar de seu poder de polícia se a violação legal não disser respeito à sua área de atuação determinada. Conforme já salientamos acima, por exemplo, a CVM só poderá atuar quando a violação legal *in casu* disser respeito a uma vulneração dos mercados de capitais. Não pode a CVM atuar em caso de violações legais que digam respeito, especificamente, à atuação da ANEEL.

Em muitos casos pode ocorrer atuação conjunta e, conforme já explicitamos, cada órgão atuará de forma independente e isolada diante do problema que disser respeito a sua atuação específica. Essa violação precisa ainda ser *relevante*, qual seja, precisa representar risco sistêmico ou contaminação de interesses que representem uma certa coletividade ou, ainda, um prejuízo difuso, ainda que indireto. A relevância se distingue da *materialidade*.

Há eventos cuja relevância depende da materialidade, mas há outros eventos que não dependem de materialidade e violações de centavos podem representar a necessidade de atuação do órgão sancionador (*insider trading*, por exemplo). Sob o prisma administrativo, o *nullum crimen nulla poena sine lege* se interpreta sempre diante dos riscos de vulneração de um interesse público, sendo nula a atuação do ente estatal para se substituir a um interesse exclusivamente particular.

Por outro lado, a descrição do ilícito não segue os rigores típicos do direito penal. Por força de uma cláusula geral fiscalizatória, os entes públicos podem investigar suspeitas de violação e, de fato, procedem com fiscalizações constantes nas empresas para auditar procedimentos e apurar, genericamente, a possibilidade de ocorrência de ilícitos. Para identificar esses ilícitos a autoridade não precisa ser provocada: pode agir dentro de seu poder de polícia e pedir auditoria sem aviso prévio como pode, item, atuar mediante denúncia anônima ou mesmo mediante notícia veiculada em jornais ou em qualquer tipo de mídia que torne a suspeita pública.

b) Devido Processo Legal

Sob o ponto de vista constitucional, todo e qualquer sanção administrativa deve seguir um devido processo legal que contenha mecanismos para o exercício da ampla defesa e do contraditório, visto no Brasil sob o binômio da *ciência e participação*.

Tais requisitos, que são também garantias do acusado e salvaguardas do sistema em face de todos os jurisdicionados, incluem todas as garantias previstas para o processo judicial, dentre as quais destacamos:

3. Sanções contra empresas e outras organizações

De forma geral as autoridades em questão não distinguem suas ações sob o prisma subjetivo: não importa se o investigado é pessoa natural ou jurídica – em ambos os casos a autoridade atua indistintamente e essa circunstância não altera procedimentos nem garantias.

Conforme relatado no item “III.A” acima, recentemente foram aprovadas leis especiais sobre anticorrupção e setores regulamentados da Administração Pública, destinando suas regras de cumprimento às pessoas jurídicas, especialmente empresas.

C. Procedimentos, salvaguardas e garantias

1. Instituições e autoridades

Na maioria dos subsistemas administrativos sancionatórios, costuma-se separar o ato de investigação e conseqüente persecução, do julgamento final.

Desta forma, é sintomático que, de forma ampla e geral, se permita uma divisão entre investigação e acusação, de um lado, e julgamento, de outro.

Os mecanismos de controle em face das decisões administrativas podem ser identificados tanto dentro do subsistema sancionatório administrativo, por meio de recursos para instâncias e autoridades superiores, quanto na esfera externa ao subsistema sancionatório administrativo, por meio de revisão judicial. Trataremos de cada item separadamente abaixo.

a) Autoridade Investigatória e Persecutória

De forma geral as investigações começam em gerências ou departamentos técnicos ligados a autarquias e agências que tenham por função fiscalizar a atuação de algum agente a ela jurisdicionado.

Em alguns casos, a autoridade encarrega das investigações dá ciência do procedimento preliminar por meio de um *ofício* ou *portaria*. Noutros casos, a autoridade necessita coletar dados cujo risco de perda impede que a ciência se dê de forma contemporânea às investigações, mas, em todos os casos, tão logo a autoridade entenda que está de posse de elementos suficientes para formular uma acusação, a ciência acaba ocorrendo de forma automática e subsequente.

Assim, casos em que a acusação é feita e a parte acusada deixa de ser notificada acaba por carregar nulidade insanável, na maioria das vezes corrigida pela via recursal administrativa e em poucos (mas não raros) casos, por via judicial.

As áreas técnicas das respectivas autarquias ou agências encarregadas dessa investigação seguida ou não de uma acusação formal, são altamente especializadas em seu campo de atuação, razão pela qual, na prática, notam-se raras investigações cuja origem está associada a um ato de corrupção ou a uma violação direta de leis penais econômicas. Na grande maioria dos casos a descoberta do ilícito corporativo surge após a investigação de algum item técnico específico, como, por exemplo, um contrato suspeito ou um deslize contábil que provoque ou gere risco sistêmico dentro de uma determinada esfera de atuação.

Por exemplo: não consta do dia a dia dos técnicos da ANEEL investigarem se a companhia está envolvida em um esquema de corrupção, mas faz

parte de seu escopo investigar empresas cuja atuação esteja prejudicando os consumidores de energia ou represente, v.g., um risco de blecaute por alguma questão técnica. Se ao investigar as causas de um possível blecaute ou de um aumento abusivo de tarifas ou algum defeito na prestação de seus serviços, a área técnica detectar suspeitas de lavagem de dinheiro, passará, item, a investigar essa possível violação legal, mas raramente o fará sem envolver outras autoridades especializadas no tema, como o COAF e a CVM. Não há, entretanto, casos de investigação relacionados a corrupção ou a delitos corporativos que tenham se iniciado em agências técnicas como a ANEEL, ANATEL, ANVISA ou ANS.

Os fiscais ou técnicos de um determinado setor relevante são dotados de grande independência de atuação, ficando subordinados apenas aos chefes de departamento ou gerentes encarregados da função fiscalizatória específica. Como exemplo podemos trazer a CVM, que é dotada de 13 superintendências segregadas por assunto. Cada superintendência pode ter de 1 a 4 gerências distintas, onde estão alocados os técnicos que cuidam de investigações e denúncias dentro de sua respectiva área relevante.

Como exemplo, podemos pinçar a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários. Essa Superintendência é dividida em três Gerências, cada qual com sua atuação específica: há uma encarregada de cuidar dos registros de ofertas de venda (onde entram os IPOs), outra encarregada de cuidar dos registros de compra (onde entram as OPAs) e outra que cuida de registros residuais de mercado que não estejam sob a competência de outra Superintendência.

Caso uma dessas gerências, no âmbito de IPO ou de um processo de abertura de capital de uma companhia fechada descubra a ocorrência de um ilícito corporativo, essa gerência poderá investigar e solicitar a aplicação de sanções, desde que o ilícito em questão tenha efeito sobre a sua área de competência e represente um risco para o registro de oferta de sua competência.

Se o ilícito puder representar desdobramentos adicionais, a área em questão envolverá outras de competência específica, com a SEP (Superintendência de Relação com Empresas), que por sua vez conta com 5 gerências especializadas e assim por diante. Essa atuação se dá de forma absolu-

tamente independente em relação à Diretoria Colegiada da CVM, que é o órgão responsável pelo julgamento da questão e devida aplicação final da sanção. As áreas e gerências são também independentes entre si e apenas observam uma hierarquia interna.

Desnecessário frisar que cada célula sancionatória dentro de cada órgão específico guarda total independência em face de outros órgãos, portanto, nenhuma outra autarquia, como BACEN, ANEEL e ANATEL, por exemplo, é dotado de qualquer prerrogativa para interferir no trabalho da respectiva Gerência, subordinada a uma Superintendência, que se situa no organograma da CVM. Em muitos casos essa independência é também chancelada por uma autonomia atributiva, o que significa admitir que nem mesmo o Poder Judiciário tem o poder de rever o mérito de certas decisões, exceto se pela fundamentação o Poder Judiciário entender que houve violação da lei na aplicação da sanção.⁷⁰

Na maioria dos casos os integrantes desses órgãos são investidos em seus respectivos cargos mediante provas públicas e concurso público. Os cargos mais elevados são, na maioria das vezes, de livre indicação pelo Presidente da República, após recomendação do respectivo Ministro da área, com final processo de sabatina e aprovação pelo Plenário do Senado da República, da mesma forma como são indicados os Ministros de Cortes Superiores.

b) Autoridades decisórias

Essas autoridades superiores em cada respectivo órgão, além dos poderes de julgamento final dos processos administrativos em questão, são dotadas de poder regulamentar, sendo-lhes facultado a edição de Portarias, Instruções, Deliberações e outras normas de caráter infralegal e que visam regulamentar com detalhes e profundidade, temas que lhes são delegados por lei ou decreto. Esta é uma peculiaridade nefasta do sistema brasileiro, pois as mesmas pessoas que outorgam as regras ficam responsáveis por interpretá-las e julgar os respectivos jurisdicionados com base nessas mesmas regras por elas baixadas.

⁷⁰ Exemplo: cabe exclusivamente ao CADE impor sanções de natureza anticoncorrencial, tais como a decretação de desfazimento compulsório de uma incorporação ou de uma transferência de controle. Se o caso é deslocado para o Poder Judiciário por iniciativa de quaisquer das partes afetadas, o Judiciário fica adstrito apenas a analisar se a sanção administrativa aplicada pelo CADE violou algum preceito legal, como a ampla defesa, o devido processo legal ou o princípio do contraditório.

Conforme salientado, o julgamento final cabe aos respectivos órgãos colegiados dessas autarquias ou entes estatais. O modelo de organograma é muito semelhante em todas essas agências ou autarquias e normalmente o órgão é presidido por um Presidente com mandato de até 5 anos, que se assessorava por meio de 4 diretores, todos indicados pelo Ministro da respectiva área, cuja indicação segue da Presidência da República para o Senado, a quem caberá sabatinar o candidato e autorizar-lhe a nomeação pelo Presidente da República que o indicou por recomendação do respectivo Ministro da área.

Essas pessoas, normalmente técnicos de altíssima reputação em suas respectivas áreas, com notável saber e relevância acadêmica ou experiência de décadas no tema, assume essas funções com mandato de 5 anos. A duração dos mandatos é alternada de modo que uma mesma composição colegiada funcione por no máximo 1 ano.

Tais membros de órgãos colegiados, entretanto, não se segregam por especialização e a eles caberá julgar todos os casos que lhes são submetidos. Uma exceção é o BACEN, que tem diretorias especializadas, equivalentes às superintendências em outros órgãos. Mas de modo geral, a especialização do diretor de um ente sancionatório engloba a competência geral do órgão e perpassa pelas atribuições de todas as superintendências que lhe estiverem subordinadas de forma indistinta.

O grau de independência pode ser constatado, inclusive, em casos recentes julgados, por exemplo, na CVM, em que a autarquia chega a condenar o próprio governo, como acionista controlador de sociedades de economia mista como Petrobras e Eletrobras, por força de violações que o governo cometeu ao votar em matérias de interesse conflitante e que lhe caberia manifestar a abstenção de voto. Pendem ainda investigações, na CVM, que envolvam casos de corrupção.

Nos casos em que suas decisões são desafiadas no Poder Judiciário, normalmente o juiz da causa chama a autarquia para atuar no processo como *amicus curiae*, de modo que o vínculo da autoridade administrativa sancionatória com o caso nem sempre se exaure quando as partes resolvem discutir a causa em juízo.

No âmbito da Lei Anticorrupção, não há ainda casos, nem administrativos nem judiciais cíveis que formem um arcabouço suficiente para auxiliar nesta análise.

Em relação ao mérito das decisões, por disposição constitucional todas as autoridades sancionatórias administrativas tem o dever, sob pena de nulidade absoluta, de apresentar detalhada fundamentação no caso de aplicação de sanções. A proporcionalidade é um princípio, item, obrigatório e sempre seguido a risca para que o receio de nulidade judicial não venha colher o trabalho administrativo de assalto e tornar a atuação administrativa estéril.

Além da proporcionalidade, a autoridade administrativa segue padrões idênticos ao da lei penal e em todos casos analisa a gravidade da ilicitude (com base na exposição do risco ao mercado relevante sob os cuidados da atarquia ou em face de danos ou prejuízos difusos obtidos pela ação ilegal), as circunstâncias agravantes e atenuantes (como é o caso, por exemplo, de denúncias espontâneas e autodenúncias) bem como casos de aumento e diminuição previstos na lei ou regulamento específico. Um item de máxima atenção e que é sobremaneira levado em consideração no âmbito administrativo é a reincidência. Companhias reincidentes ou que tenham violado termos de compromisso ou acordos de leniência costumam ter seus casos julgados com um rigor bem mais elevado.

As decisões proferidas pelas autoridades administrativas, após o percurso de todas as instâncias, são auto executáveis, dispensando-se o *exequator*.

Contudo, caso os alvos das sanções queiram debater algum ponto específico ou a legalidade na imposição das penas, poderão se valer de medida de urgência com o fim de suspender a eficácia da decisão administrativa até decisão judicial final, mas, se não o fizerem em prazo razoável, a sanção é automática.

c) Autoridades de controle e âmbito de controle

No Brasil, uma vez exaurida a jurisdição administrativa em todas as suas instâncias, o caso objeto do processo julgado fica sob o escrutínio e controle do Poder Judiciário, exclusivamente.

Esse controle, entretanto, depende de provocação da parte interessada e é vedado, constitucionalmente, que esse controle seja feito por iniciativa do Poder Judiciário.

Em raros casos pode haver um controle de forma que é exercido pelo Ministro da respectiva pasta onde a autarquia ou a agência está alocada, mas são casos tão raros e que colocam a independência do ente sancionador em tamanho grau de risco que apenas são acionados para se evitar um *perigo de dano* face a violações absolutas de garantias cuja nulidade do ato é evidente e distante de qualquer dúvida.

Conforme vimos, cada vez mais os conflitos atributivos tem deixado fora do alcance de escrutínio por parte do Poder Judiciário que se dê a revisão de mérito de decisões sancionatórias administrativas. No caso das condutas anticoncorrenciais há uma jurisprudência cada vez mais sólida se firmando. Essa tendência vem sendo seguida nos poucos casos em que decisões técnicas são levadas para o âmbito judicial, sem prejuízo, em casos como de combate à corrupção, lavagem de dinheiro ou *insider trading*, que a revisão de uma pena imposta por uma autarquia no âmbito dos juízos cíveis corra paralelamente ao processo penal que visa apenas as pessoas físicas envolvidas nos delitos, decorrentes dos exatos mesmos fatos.⁷¹

2. Poderes investigatórios e deveres de cooperação

a) Poderes investigatórios

Cada entidade, no âmbito *de* sua respectiva área de atuação, tem poderes fiscalizatórios amplos. Esses poderes fiscalizatórios permitem que técnicos, auditores ou fiscais ligados a cada esfera de atuação relevante possa auditar as atividades exercidas pelas respectivas pessoas jurisdicionadas.

Podem assim, ao investigar, pedir papéis, contratos, comprovantes de pagamentos, amostras, cópias de comunicações internas, emails, cartas, acordos, documentos societários e, em casos específicos, gravações de

⁷¹ Exemplo: é possível que em casos de *insider trading* que a CVM imponha pena de inabilitação compulsória permanente a uma pessoa física e, ao mesmo tempo em que essa pena é revisada na Justiça Federal Cível em processo movido pelo acusado contra a CVM, corra contra ele ação penal movida pelo Ministério Público em Vara Cível da Justiça Estadual, a fim de imputar-lhe a pena de prisão prevista na Lei 6.385/76. Na ação cível, entretanto, o juízo não poderia, em tese, rever o mérito da pena, mas apenas verificar se a aplicação da pena de inabilitação permanente seguiu devido processo legal e respeitou a oportunidade de ampla defesa e de exercício do contraditório por parte do acusado, ora reclamante judicial.

conversas telefônicas travadas nos últimos cinco (5) anos, além de outros procedimentos que são descritos nas relevantes leis de incidência sobre a atuação de cada órgão específico.

Muitas empresas se fiam nas proteções de sigilo bancário e em acordos de confidencialidade celebrados com terceiros e optam por se recusar a compartilhar certas informações, entendendo que apenas uma ordem judicial pode alcançar comunicações internas, informações armazenadas em servidores protegidos por senha ou sigilo. Não há frequência de discussões judiciais nesse âmbito, pois como regra as jurisdicionadas raramente se furtam a auditorias amplas requisitas por fiscais, sobretudo quando as auditorias acontecem de surpresa sem aviso prévio, em procedimentos comumente conhecidos pelo jargão de “batidas”.

Os mecanismos investigatórios estão a disposição do técnico ou fiscal encarregado da auditoria e são amplos, podendo alcançar quaisquer meios previstos em lei e segundo juízo de conveniência exercido pelo próprio fiscal no momento em que estiver procedendo com a auditoria. Algumas restrições, como se verá abaixo, são aplicáveis, tais como o espaço de trabalho reservado ao Departamento Jurídico interno da companhia, sagrado de inviolabilidade por lei e na grande maioria dos casos, respeitado pelos fiscais, auditores ou técnicos que fazem trabalhos de auditoria ou fiscalização espontânea em suas jurisdicionadas.

Raramente são pedidos mandados judiciais para se buscar detalhes no âmbito de investigações preparatórias de processos sancionatórios administrativos.

As possibilidades de investigação são amplas e não carecem de suspeita concreta, pois em muitos casos há até um calendário de auditorias em que é esperado, pela empresa, que seja escrutinada de maneira ampla ao menos uma vez por semestre.

Toda investigação, entretanto, e desta forma todo pedido de prova ou poder investigatório precisa estar diretamente atrelado ao escopo de atuação do ente estatal e, desta forma, se não houver conexão com o interesse público que está sob a proteção da respectiva autarquia, a parte investigada pode se negar a fornecer a documentação.⁷²

72 Exemplo: se um fiscal da ANEEL se interessa por uma determinada operação realizada por

Uma investigação mais aprofundada, na maioria dos casos, nasce dessas auditorias ou de denúncias anônimas ou problemas veiculados em notícias de jornal ou mídias, mas nada impede que, dentro de seu poder geral fiscalizatório, o fiscal ou técnico proceda a um data mining não relacionada a uma suspeita específica, algo extremamente comum nas chamadas auditorias por amostragem.

b) Deveres de cooperação e direito de não autoincriminação

Não há, por parte dos investigados, um dever legal de cooperação, mas é comum que os investigados reafirmem um compromisso moral de colaboração.

O direito contra autoincriminação é amplo e, desde que não importe em obstrução da justiça ou das autoridades investigatórias, nem resulte em destruição de provas ou evidências, o investigado não tem o dever de atuar em seu próprio desfavor a ponto de se substituir ao auditor ou fiscal, entregando deliberadamente provas contra si mesmo.

3. Garantias processuais gerais

É importante notar que as garantias processuais previstas na Constituição Federal são dotadas de ampla cobertura e espectro. Desta forma, tudo o quanto já tenha sido descrito antes acerca de garantias no âmbito dos processos judiciais se aplica aos processos sancionatórios administrativos com algumas pontuais exceções que trataremos a seguir.

a) Prerrogativas

No Brasil é assente, como regra geral, que as prerrogativas são associadas a funções públicas, em especial as funções que envolvam exercício de cargos públicos.

No plano administrativo, quando o acusado integra a administração, há um processo sancionatório específico para o integrante do corpo funcional estatal.

Caso não integre cargo ou função pública, o acusado não gozará de

uma distribuidora de energia que esteja no âmbito de atuação daquele fiscal, ele só poderá pedir documentos e fazer questionamentos que estejam ligados especificamente ao seu âmbito de atribuição e não poderá sair aleatoriamente pedindo informações que não estejam diretamente ligadas com aquela operação específica.

privilégios nem prerrogativas na esfera administrativa, mesmo que ostente a situação de ex-funcionário ou funcionário aposentado. Pessoas jurídicas não gozam de qualquer prerrogativa ou privilégio, imperando em todos os casos o princípio da igualdade perante a lei.

b) Ônus da prova

O ônus da prova nos processos administrativos pertence exclusivamente à instância acusatória. Um dos maiores problemas existentes nos processos sancionatórios administrativos é o alto grau de absolvições em face de *falta de provas*.

c) Acesso ao processo

A constituição brasileira, ao consagrar o princípio da ampla defesa e do contraditório inclusive para os processos administrativos, não deixa margem para dúvidas (sustentada pela quase unanimidade da doutrina e da jurisprudência dos vários órgãos administrativos) a respeito do pleno acesso aos autos do processo. Sempre que o(s) acusado(s) constituir advogado, lei específica que rege o exercício da advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIII) assegura que o advogado (ainda que não tenha lhe sido outorgada a procuração formalmente) poderá acessar quaisquer autos de qualquer processo, findo ou em andamento.

Grande controvérsia na prática dirá respeito aos autos gravados com restrições de acesso em virtude de sigilo legal ou segredo de justiça. É possível que autos de processos administrativos, na prática, constem com documentos emprestados de processos judiciais acobertados pelo segredo de justiça, impondo assim por decorrência, necessário sigilo para o processo administrativo, item.

Em tais casos tanto as partes quanto seus advogados podem encontrar dificuldade de acesso aos autos. Entretanto, é sempre crucial lembrar que esse status de sigilo ou segredo de justiça deve perdurar, na maioria dos casos, por tempo limitado e, assim, o acesso das partes deve ocorrer tão logo a motivação para que essa restrição desapareça, ainda que a motivação do sigilo perdure por longo tempo ou por tempo indeterminado.

Exemplo: casos que lidem com ações de estado, que envolvam menores ou adolescentes e os casos que tratem de direitos envolvendo privacidade

ou a esfera íntima de quaisquer das partes envolvidas devem permanecer indefinidamente sob sigilo, mas esse sigilo não pode impedir o acesso das partes e de seus procuradores e advogados à íntegra dos autos e dentro de prazos razoáveis para que a defesa possa ser elaborada e apresentada.

d) Direito de autodefesa e defesa oral

Os processos administrativos são dotados de grau menor de rigidez e, por isso, ainda que não haja previsão expressa em lei, é comum que as partes apresentem argumentos orais e sejam ouvidas em audiências ou reuniões que acontecem a pedido das partes.

Bom exemplo disso é a CVM, que possui canal bastante eficiente de registro online de audiências. As partes interessadas podem pedir audiências diretamente nos órgãos em que as implicações sancionatórias ocorrem e a audiência tende a ocorrer dentro de alguns dias contados do pedido e sempre antes que haja um julgamento final.

Outros órgãos ainda (novamente com destaque para a CVM) permitem que as partes apresentem defensores para que façam defesas orais, argumentações ou sustentações orais antes de um julgamento final, para que se tenha espaço, item, para argumentos orais apresentados por pessoas encarregadas da defesa técnica dos acusados.

A informalidade é um traço característico das manifestações orais e não há no âmbito administrativo uma forma rígida de como devam ocorrer e se o órgão administrativo tem obrigações (como de responder, por exemplo) ou prerrogativas (de questionar, por exemplo) além da obrigação de ouvir. Questões como o tempo de duração dessas audiências, bem como limites objetivos de parte a parte são regidas pelo bom senso e cada órgão específico desenvolve suas práticas com base nas experiências que coletar em processos passados de sua atribuição.

e) Provas secretas

Não é incomum o uso de provas ocultas em processos administrativos. No caso de processos perante o BC e a CVM, é comum que ligações sejam gravadas pelas instituições e mantidas arquivadas pelo prazo de cinco (5) anos. Os órgãos públicos têm acesso irrestrito ao inteiro teor dessas ligações e podem acessá-las a qualquer tempo.

É frequente que acusações e pedidos de investigação de *insider trading*, por exemplo, tenha início com esse tipo de prova não divulgada. Contudo, logo após a acusação formal ou indiciamento, todo o conteúdo que sustenta uma investigação deve, por prestígio ao princípio constitucional do contraditório, ser integralmente franqueado a todas as partes do processo, ainda que o conteúdo, por questões de sigilo legal ou segredo de justiça, se mantenha reservado para o público em geral.

Impossível haver, sob pena de nulidade total e absoluta, sanção baseada em prova oculta não compartilhada com os envolvidos no processo. Muito se questiona, entretanto, se a autoridade administrativa pode *absolver* sumariamente com esteio em provas ocultas dessa natureza. No âmbito administrativo há quem entenda que o princípio da *pas de nullité sans grief* convalida o mérito absolutório; outros, mais formalistas e completamente obedientes ao contraditório, entendem que os motivos da absolvição devem se transmutar da absolvição de mérito para uma absolvição em virtude de nulidade. Embora minoritários, os advogados e autoridades que defendem essa linha de atuação sustentam essa alternativa teria efeitos diversos quando no processo assim encerrado surgirem novas provas que sustentem revisão do *decisum*.

f) Transparência

Os processos sancionatórios administrativos são regidos pelo princípio da publicidade, de modo que as exceções previstas no item “c” acima se aplicam, item, nos casos em que o interessado em ter acesso aos autos do processo não figurar como parte.

Com o maior uso da tecnologia e a popularização dos processos eletrônicos, cujas provas e documentos podem ser obtidos em terminais com acesso a rede mundial de computadores, um maior espectro de pessoas passou a ter acesso a processos sancionatórios administrativos, com destaque para a imprensa e as entidades de classe e de defesa de direitos das mais variadas espécies e categorias (entidades de direitos humanos, entidades em prol do direito de consumidores, entidades pro-concorrência, entidades de investidores nos mercados de capitais, entidades de clientes bancários e do sistema financeiro e assim por diante).

Portanto, não havendo sigilo legal ou segredo de justiça, o acesso é pleno e irrestrito e a transparência, muito ampla.

g) Empresas e outras organizações

Pessoas jurídicas, sobretudo as empresariais e os outros formatos previstos em lei de pessoas jurídicas de direito privado, não são recebidas com qualquer distinção e são tratadas de forma igual. Têm os mesmos direitos que uma pessoa natural conforme acima descrito e a sua respectiva condição jurídica em nada altera a forma de exercer direitos e defender-se em processos administrativos.

4. Discricionariedade para instaurar e conduzir procedimentos

5. Relações com outros regimes nacionais e internacionais

a) Provas emprestadas

Na seara administrativa os órgãos podem tanto se valer de provas coletadas por outros órgãos e instâncias como podem, item, compartilhar provas obtidas. Quando o processo está sob sigilo, a questão dos empréstimos entre instâncias é de séria controvérsia, mas após o levantamento de um sigilo ou mesmo após o devido contraditório, nada impede que órgãos administrativos compartilhem informações.

Ainda que não venham a compartilhar formalmente, nada impede que o amplo acesso a um processo administrativo exclua um órgão fiscalizador de consultar e usar provas e evidências juntadas em outros processos administrativos findos ou em curso.

No âmbito da CVM e do Banco Central do Brasil, por exemplo, onde ocorrer gravação compulsória de conversas telefônicas dentro das instituições sob sua jurisdição, o conteúdo de tais gravações não goza de privilégios de sigilo e dispensa qualquer autorização judicial para que ocorra a gravação, o uso em processo administrativo e o seu compartilhamento amplo com outros órgãos.

Além disso, muitos órgãos assinam convênios entre si, bem como consórcios públicos para cooperação neste tipo de ação. Em operações mais graves, é comum que se formem as chamadas *forças-tarefa* para multiplicar o âmbito investigativo e tornar automático o compartilhamento de informações obtidas nas ações fiscalizatórias.

É comum também que esses convênios possam até ocorrer entre órgãos

da administração e entidades privadas integrantes do sistema da autorregulação (Exemplo: há convênios de cooperação entre a CVM, a Bolsa, a BSM e ANBIMA e assim por diante, bem como destas com o Banco Central, o COAF e outros órgãos afins).

b) *Ne bis in idem* na ordem legal interna

O *ne bis in idem* é um argumento de defesa comumente usado, mas raríssimamente acatado.

A tentativa sempre acaba fracassando pois como as instâncias administrativas são divididas por esferas muito rígidas e especiais de atribuições, o sistema que cada ente administrativo visa proteger acaba tendo mecanismos próprios de escopo sancionador.

É comum que uma instituição financeira que opere na forma de companhia aberta seja fiscalizada duplamente pelo Banco Central do Brasil e pela CVM. Não é incomum que em casos relevantes, ambos os órgãos investiguem e processem administrativamente alguma instituição financeira ou mesmo seus agentes, representantes, diretores ou conselheiros. Se houver sanções, considerando que os *fundamentos* para a aplicação de uma sanção pelo BC serão completamente diversos dos *fundamentos* para a aplicação de uma sanção pela CVM o que autoriza intérpretes a entender que nesses casos há uma espécie de concurso material administrativo onde as ações perpetradas pelos agentes acusados podem dar origem a um somatório de sanções originadas em tipos distintos e que são diferenciados pelo escopo atributivo do órgão sancionador.

Esses casos são comuns quando há setor regulado (que implique em automática jurisdição parte da ANEEL, ANATEL, ANS, etc) e a CVM, bem como em casos de análise de violações de cartel, em que BC e CADE podem atuar juntos se a empresa violadora for instituição financeira e assim por diante.

c) Cooperação internacional

No âmbito administrativo a cooperação internacional é frequente e bastante informal. Não segue os ritos vistos no âmbito judicial e normalmente se dão dentro de um convênio entre órgãos ou uma afiliação transnacional ou multilateral.

Na área concorrencial a cooperação internacional engloba um sistema complexo e eficiente de troca de informações e aplicação de sanções em múltiplas jurisdições.

No mercado financeiro item – Bancos Centrais costumam cooperar em ações investigativas, sobretudo quando o tema das lavagens de capitais demanda ação multilateral conjunta.

Exemplo derradeiro no Brasil ocorre com a CVM, que por ser integrante da IOSCO, é capaz de cooperar com agências de fiscalização dos mercados de capitais de todo o mundo sem intermediários. Muitos casos de *insider trading* foram recentemente resolvidos no Brasil, no âmbito administrativo, por meio de cooperação direta entre a CVM e a US-SEC bem como as bolsas de São Paulo e Nova Iorque, em atuação conjunta.

D. Avaliação

1. Garantias

Na abertura desta conclusão, é importante frisar e rememorar que todas as garantias processuais, sobretudo as de natureza e fonte constitucional, se aplicam de forma ampla e majoritariamente irrestrita nos processos sancionadores administrativos.

Na prática, o receio que as autoridades têm de ter seus processos anulados ou revistos os leva a um grau de flexibilização maior dos processos sancionadores administrativos a fim de multiplicar as oportunidades de defesa e eliminar dúvidas que possam gerar nulidades futuras.

Majoritariamente, nota-se nos processos administrativos a incidência dos seguintes princípios:

- *contraditório*: o contraditório é talvez o principal eixo de todo o processo, seja ele judicial, seja administrativo. Regido pelo binômio *ciência + participação*, pelo contraditório a administração fica obrigada a dar ciência de todos os atos praticados, documentos usados, investigações feitas bem como atos a ocorrer, abrindo prazo razoável para que o acusado ou investigado possa participar plenamente do processo, não apenas tomando ciência, mas sobretudo sendo convidado a participar dos atos e apresentar suas razões de defesa por escrito ou oralmente.

- *ampla defesa*: em coordenação com o contraditório, a ampla defesa captura um de seus aspectos de forma autônoma, na medida em que cria mecanismos infraconstitucionais a fim de dar maior amplitude possível na prática dos arrazoados e da defesa, seja ela técnica ou não-técnica, por escrito ou oralmente. Por esse princípio exerce-se o direito ao silêncio, o direito a não incriminar-se, o direito a rejeitar a acusação e afirmar a própria inocência.

- *duplo grau de jurisdição ou pluralidade obrigatória de instâncias*: os processos administrativos julgam-se, todos, em dupla instância sendo sempre possível recorrer para instâncias superiores, com amplas possibilidades de revisão das decisões.

- *publicidade dos atos*: constitucionalmente os atos praticados pela administração pública seguem obrigatoriedade de ampla publicidade e transparência, invertendo-se esta lógica da publicidade apenas quando tratarmos da privacidade e de questões de estado ou envolvendo menores, igualmente protegidas pela Constituição Federal.

- *princípio da legalidade ou da nulla poena sine lege*: as sanções e o respectivo processo devem seguir um regime de legalidade estrita e tipicidade fechada.

- *princípio da impessoalidade*: corolário do princípio da imparcialidade, os processos administrativos são regidos por valores que obstam a autoridade a dar tratamento privilegiado não previsto em lei para qualquer parte ou investigado.

- *princípio da obrigatoriedade*: havendo fundadas evidências de violação legal, fica a autoridade obrigada a promover o processo sancionatório, sob o risco de tornar-se ela, autoridade, violadora da lei e autora de crime de *prevaricação*.

- *princípio da gratuidade*: corolário administrativo do seu equivalente judicial acesso à Justiça, o princípio da gratuidade elimina as custas dos litígios administrativos para que todos os partícipes tenham acesso a uma defesa justa, independentemente de sua capacidade contributiva.

2. Eficiência

De modo geral os processos administrativos sancionadores no Brasil

gozam de bom prestígio e um grau alto de respeitabilidade pelas partes. No âmbito administrativo sancionador é bastante raro termos reclamações sobre violações essenciais de princípios processuais de natureza constitucional descritos no item “1” logo antes.

No âmbito acadêmico notam-se, em algumas searas, uma profundidade de discussão muito mais marcante no âmbito administrativo do que propriamente no judicial. Como em muitas áreas a especificidade das questões e da regulação se tornam gigantescas, a consequente qualidade e profundidade das decisões administrativas são muito maiores do que na esfera judicial.⁷³

É muito comum termos partes que se contentam com a decisão dos órgãos administrativos e não levam a discussão para a esfera judicial. De tempos em tempos a interferência partidária na autonomia desses órgãos afeta a qualidade dessas decisões, mas de modo geral tais órgãos tem conseguido manter essa independência, mantendo o alto nível técnico e jurídico de suas decisões.

4. PERDA DE BENS E CONFISCO⁷⁴

A. Objetivos e características gerais do regime legal

A obrigação de reparar os danos causados pelas atividades lesivas e a expropriação dos bens, valores e ativos obtidos direta ou indiretamente com o crime derivam do princípio geral do Direito que veda o enriquecimento sem causa.

Seu objetivo, dentro do sistema jurídico, é o de desestimular a prática e a repetição do ilícito, impedindo que o agente mantenha consigo as vantagens obtidas direta ou indiretamente com a atividade lesiva, impondo-lhe o dever de reparar o dano, quando possível, e reafirmando a validade da norma violada, proibitiva do comportamento lesivo.

⁷³ é o caso do sistema financeiro nacional sob a regência do BC, os mercados de capitais sob a regência da CVM, a esfera concorrencial sob as atenções do CADE e o setor elétrico e respectivo marco regulatório, sob regência da ANEEL

⁷⁴ Tópico redigido por Flávio Boechat Albernaz.

B. Sanções e seus fundamentos materiais

1. Sanções contra empresas e outras organizações

A lei processual penal brasileira prevê, em caráter cautelar, o bloqueio de bens e de valores que constituam proveito ou produto do crime e as leis penais, seja o Código Penal, sejam as leis especiais, cominam a pena acessória de perdimento desses ativos ou de valores equivalentes, nas hipóteses em que esses bens e valores de origem ilícita não sejam encontrados ou estejam no exterior.

Embora a perda do proveito ou do produto do crime não se confunda, na legislação brasileira, com a obrigação de reparar os danos causados pelo ilícito, esta também um efeito automático da condenação criminal, a medida processual cautelar de bloqueio de bens, valores e ativos serve a ambas as finalidades: evitar que o responsável pelo delito, seja ele pessoa física ou jurídica, dilapide o patrimônio para assegurar a reparação dos danos e/ou para garantir a eficácia do confisco dos bens.

Anote-se, contudo, que esses temas foram tratados no item II e não serão aqui repetidos.

Os mesmos atos que podem caracterizar um ilícito penal podem, concomitantemente, gerar responsabilidade civil e administrativa aos seus autores, sendo tais instâncias independentes no sistema jurídico brasileiro. Isso significa que a persecução penal e a punição criminal de um determinado comportamento ocorrem sem prejuízo da persecução e punição nas esferas civil e administrativa.

Sendo assim, o bloqueio de ativos ou sequestro de bens e seu confisco ao final do processo constituem medidas legais previstas também nas leis civis e administrativas dedicadas à repressão do ilícito econômico. E assim como no Direito Processual Penal, no Direito Processual Civil o bloqueio cautelar de bens serve tanto à futura reparação dos danos como à expropriação das vantagens obtidas direta ou indiretamente com a infração.

As regras processuais gerais estão definidas no Código de Processo Civil.

O artigo 300 do Código de Processo Civil exige, como requisito ao sequestro de bens, a existência de elementos de prova que evidenciem (a) a

fundada suspeita de ocorrência do ilícito e da responsabilidade do sujeito passivo da medida, e (b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Em suma, a medida de urgência de arresto, sequestro ou arrolamento de bens requer que se demonstre, com alguma razoabilidade e por qualquer meio de prova admitido em Direito, a ocorrência do fato ilícito, a sua ligação com o destinatário da medida restritiva e os riscos de que a ausência da tutela provisória possa tornar inútil a tutela final de perda de bens e valores.

O sequestro de ativos como medida cautelar está previsto, ainda, na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que define os atos de improbidade administrativa e dispõe sobre as sanções não-penais aos funcionários públicos nos casos de enriquecimento ilícito e de danos ao patrimônio público. Essa lei se aplica aos funcionários públicos e aos terceiros que, não sendo agentes públicos, concorram para a prática do ato ilícito ou dele se beneficiem direta ou indiretamente.

O artigo 16 estabelece que, havendo fundados indícios de responsabilidade do agente público ou de terceiros, o legitimado ativo poderá requerer o sequestro dos bens do agente e/ou do terceiro que tenham enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. A ordem de bloqueio judicial poderá abranger bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior (art. 16, § 2º).

O artigo 12, I e II, da Lei 8.429/92 estabelece a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos envolvidos. Sendo conhecida a pessoa jurídica lesada, a sentença deve determinar a reversão dos bens em seu favor (art. 18).

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, estabelece as regras para a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Conhecida como Lei Anticorrupção, ela foi promulgada na sequência dos debates no Congresso Nacional sobre a adoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes contra a Administração Pública. Ao final, prevaleceu a opção política pela responsabilidade objetiva das pessoas morais tão somente nos âmbitos civil e administrativo, com penas civis bastante semelhantes a algumas adotadas no Direito Penal.

A perda de bens, direitos e valores que representem vantagem ou proveito obtidos direta ou indiretamente com a infração está prevista no artigo 19, I.

A Lei 12.846/13 estabeleceu que a ação civil pública é a via processual adequada para a apuração da responsabilidade civil das pessoas jurídicas, e deverá tramitar segundo o rito da Lei 7.347/85; a legitimidade ativa foi atribuída, em caráter concorrente, ao Ministério Público, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 19, *caput*).

O artigo 19, § 4º, da Lei 12.846/13 prevê a adoção, como medida de urgência, da indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé. Os requisitos quanto à prova são os mesmos exigidos pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, i.e., (a) a fundada suspeita de ocorrência do ilícito e da responsabilidade do sujeito passivo da medida, e (b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O artigo 24 determina que os bens, direitos e valores confiscados com fundamento no artigo 19 e a multa revertam, preferencialmente, aos órgãos e às entidades públicas lesadas pelas atividades ilícitas.

O direito de propriedade é assegurado como direito fundamental no artigo 5º, *caput* e XXII, da Constituição da República; e o mesmo artigo 5º, no inciso LIV, reza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Logo, as ordens de expropriação se sujeitam às garantias constitucionais e legais aplicáveis ao Direito Processual, de natureza penal ou não-penal. Em síntese, a perda de bens e valores há de ocorrer segundo as regras do devido processo legal, decretada pela autoridade competente em processo em que sejam assegurados os direitos de defesa e contraditório.

Praticamente todas as normas jurídicas que versam sobre a perda de bens fazem expressa ressalva aos direitos de terceiros de boa-fé, que não podem ser atingidos pela constrição. No processo civil, o instrumento processual adequado para que o terceiro de boa-fé deduza a sua defesa são os embargos de terceiros.

Como já foi dito no item II B.1, a Lei 9.613/98, que define os crimes de lavagem e ocultação de ativos, permite o bloqueio e o posterior confisco de bens e valores existentes em nome de interpostas pessoas (art. 4º). No entanto, aqui não há grande dificuldade quanto à proteção do direito de propriedade. Primeiro porque a lei trata de bens de propriedade do investigado ou do acusado, mas que se encontrem em nome de terceiros justamente para ocultar a sua origem, localização, movimentação, propriedade etc., artifício que constitui uma das elementares dos crimes de lavagem e ocultação de ativos. Segundo porque, muito provavelmente, esse terceiro, que se pressupõe identificado, estará presente como acusado ou investigado nos processos ou nas investigações sobre os crimes de lavagem de dinheiro.

5. REGIMES DE CONFORMIDADE (*COMPLIANCE*)⁷⁵

A. Objetivos e características gerais do regime legal

O regime jurídico de conformidade brasileiro (*Compliance*) moldou-se nas práticas advindas dos Estados Unidos da América, sobretudo de companhias brasileiras que são filiais ou associadas de empresas sediadas naquele país.

Ao transferir localmente a cultura corporativa do país de origem, o mercado brasileiro absorveu essas práticas, cujo escopo principal é a *proteção da pessoa jurídica*.

Os sistemas conformativos ainda podem produzir mecanismos que tenham por escopo proteger, item, os administradores das companhias bem como seus acionistas que detiverem poder de controle. Na defesa (indireta) de tais administradores, a companhia facilita a eles acesso a informações para que se valham de processos internos que atestam a sua diligência. Por meio dessa comprovação, lançam mão da *business judgment rule doctrine*, de largo uso no meio corporativo brasileiro, para eximir os administradores de responsabilidade por qualquer eventual violação de dever de diligência.

Esse mecanismo *protetivo* à pessoa jurídica transfere-lhe toda e qualquer instância repressiva, mas sem parecela alguma de poder sancionatório. No âmbito sancionatório a pessoa jurídica pode se valer, por empréstimo,

75 Tópico redigido por Evandro Pontes.

do regime jurídico laboral bem como do regime jurídico cível (especificamente em relação à responsabilidade civil dos administradores e acionistas com poder de controle em face da companhia e de demais acionistas, com ou sem poder de controle). Isso será visto logo abaixo.

Como decorrência desse eixo principal de natureza *protetiva*, os sistemas de conformidade representam, internamente nas companhias, um dos mais relevantes sistemas de prevenção à prática de ilícitos. Essa capacidade preventiva, decorrente da capacidade protetiva, irá decorrer diretamente do grau de independência que gozarem os profissionais envolvidos nessa função.

O sistema de conformidade visa especificamente dar respostas a práticas que forem consideradas violações de leis (de qualquer natureza, inclusive criminais, cíveis, administrativas, regulamentos e instruções normativas outorgadas por agentes reguladores e etc) e regras estatutárias.

Por regras estatutárias entende-se não apenas aquilo que a doutrina chama de *estatutos stricto sensu*, qual seja, o documento que contiver o *nomem iuris* de “Estatuto Social” (ou o seu equivalente “Contrato Social”) e tem publicidade por meio de arquivamento no Registro de Comércio, mas também os regulamentos internos, códigos de ética e *compliance* e outros documentos aprovados em assembleia por acionistas e que, embora não integrem os Estatutos *stricto sensu*, compartilham a sua natureza sendo considerados, juridicamente, *Estatutos lato sensu*.

Portanto, no Brasil, a consideração ética deve ter natureza formal: se a regra ética violada não for parte integrante de um Código de *Compliance* ou de alguma política específica celebrada por escrito, sob o ponto de vista jurídico, o sistema de conformidade terá limitadíssimos mecanismos de atuação. É necessário que a sua atuação obedeça a um princípio de reserva legal contido em políticas, regulamentos ou códigos internos, mesmo quando se tratar de uma regra ética ou de mero “conflito de interesses”. O mesmo pode-se dizer quanto a contemporaneidade desse documento positivo: em *compliance* o princípio da anterioridade da lei punitiva é também de suma importância.

No caso específico dos “conflitos de interesses”, a doutrina societária já consolidou alguns casos de conflito formal, conflito material e impedimentos

previstos em lei (e.g., administrador que, como acionista, aprova as próprias contas) e alguns já tratados na jurisprudência administrativa da CVM (e.g., acionista controlador que vota matéria, em companhia controlada, que irá trazer benefício particular exclusivo ao acionista controlador votante) como potencialmente violadores de uma ética prevista em lei ou na jurisprudência específica. Contudo não há um caso sequer de atuação de departamentos de *compliance* nesses casos.

A efetividade dos mecanismos sancionatórios de *compliance* no Brasil encontra seríssimos obstáculos decorrentes da legislação trabalhista, que é, de forma desequilibrada, protetiva em favor de trabalhadores (tenham ou não cometido crimes no âmbito das respectivas funções), conforme se verá.

B. Sanções e seus requisitos substantivos

1. Tipos de sanção

Departamentos de *compliance* e regimes de conformidade, no Brasil, não aplicam sanções de forma independente ou autônoma.

Eles costumam subsidiar sanções ou medidas restritivas que são impostas aos funcionários por meio de diretorias de Recursos Humanos ou Secretarias chamadas de “Pessoal” (DP ou “Departamento Pessoal”).

Os setores internos de conformidade podem conduzir investigações e procedimentos internos, mas no Brasil, por conta de restrições legais, não podem impor sanções a funcionários nem a administradores. Isso cabe exclusivamente aos setores de RH, no caso dos funcionários e à assembleia geral de sócios ou acionistas, no caso das sanções contra administradores.

Dentre as sanções disponíveis que um setor de RH pode aplicar com base em um procedimento conduzido pelo setor de conformidade (*compliance*) estariam: (i) advertência verbal; (ii) advertência por escrito; (iii) suspensão (nunca superior a 30 dias) e (iiii) rescisão por justa causa.

A imposição de multas a trabalhadores por parte do empregador é absolutamente vedada por lei no Brasil.

Medidas indenizatórias decorrentes de prejuízo apurado pela companhia são medidas que, embora possíveis em tese, não encontram respaldo na lei laboral específica nem mesmo gama de jurisprudência que a sustente.

A dificuldade que as companhias têm em juízo de afastar casos de “culpa recíproca”, bem como de comprovação de dolo específico, aliadas ao caráter protetivo da Justiça do Trabalho no Brasil (sempre muito rigorosa com o “caráter alimentar” dos “ganhos” auferidos pelos trabalhadores no Brasil) são sérios obstáculos na busca de tais ressarcimentos.

Isso já não ocorre quando temos administrador, prestador de serviço, fornecedor, cliente, credor, devedor ou outro *stakeholder* não-celetista sendo alvo de uma investigação de *compliance*. Nesses casos, se a Justiça do Trabalho entender que não se trata de uma relação laboral tipicamente celetista⁷⁶, encaminhará o caso para a Justiça Comum, que tende a aplicar os critérios de indenização por culpa em regime de maior equilíbrio e sem proteções para um dos lados da disputa judicial.

As penalidades de advertência em geral não costumam ter qualquer efeito danoso direto para o funcionário, sendo apenas uma sinalização prévia de que a empresa pode eventualmente estar subsidiando um procedimento para demissão por justa causa.

Banimentos profissionais, publicações ou divulgações de faltas cometidas, organização de “listas negras”, recomendações depreciativas, confiscos, sequestro de bens, reduções salariais, rebaixamento de cargo, perda de função por equiparação e outras medidas similares são absolutamente proibidas no Brasil, por força de imposição regulatória e de jurisprudência unânime no Brasil. Cassação de licenças é ato impossível que as empresas nem sequer conseguem juridicamente cogitar.

Medidas preventivas ou de controle de danos só podem ser implementadas envolvendo nome de funcionário quando este autorizar expressamente o seu uso e efetivamente participar da ação preventiva, algo que, embora seja juridicamente possível, nunca ocorreu no Brasil.

A suspensão do contrato de trabalho como medida sancionatória é de raríssimo uso e de alto risco para a empresa que lance mão desse mecanismo: a jurisprudência trabalhista restringe os casos de suspensão de natureza disciplinar de tal modo que torna impossível, sob o ponto de vista

76 Entende-se por “celetista” aquele funcionário que tem relação ou contrato de trabalho com a empresa cuja regência seja pela Consolidação das Leis do Trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho é o diploma legal que impõe essas inúmeras restrições sancionatórias e disciplinares em face de empregados que estejam sob a sua proteção jurídica.

factual, a sua aplicação.

A sanção mais grave possível é também a mais comum, qual seja, a rescisão por justa causa.

No caso de medidas a serem impostas para funcionários que comprovadamente violaram leis (criminais inclusive), o departamento de *compliance* aciona o RH, que aplicará a sanção cabível.

No Brasil todas as rescisões de contratos de trabalho são indenizáveis na forma da lei. Contudo, se a causa da rescisão estiver dentre as previstas na legislação, o funcionário pode perder o direito a essa indenização e o seu contrato é rescindido sendo-lhe pago apenas e tão somente os dias trabalhados e as férias vencidas e não pagas até a data de rescisão, além dos adicionais por função, período de trabalho, periculosidade e insalubridade previstos em lei. O funcionário demitido nessas situações perde também o direito a gozar de ajudas governamentais que são franqueadas a pessoas que entram em regime de desemprego. Nesses casos em que o funcionário é demitido sem uma justa causa prevista em lei, o governo brasileiro dá uma ajuda de custo por 6 meses proporcional ao salário que era recebido antes da rescisão e limitado a um teto de 2 salários mínimos.

Além disso o funcionário demitido por justa causa perde o direito de levantar uma indenização pelo regime de seguridade social que é alimentado pelo próprio trabalhador. Esse direito acaba sendo mantido mas o seu momento de exercício é diferido para o instante em que o funcionário é declarado pelo governo brasileiro como oficialmente aposentado. São essas, na prática, as sanções que um funcionário pego no Brasil em ato de corrupção fica sujeito segundo o sistema de conformidade e as práticas de *compliance*.

Especificamente em relação aos administradores e demais *stakeholders*, o sistema de *compliance* irá subsidiar o departamento jurídico interno da companhia para que esta acione civilmente os faltosos, sujeitando-se a uma indenização que no Brasil raramente ultrapassa R\$300.000,00 (trezentos mil reais), segundo jurisprudência consolidada das cortes superiores.

Depois da *Operação Lava Jato*, a recuperação de ativos passou a se tornar mais comum no âmbito da administração, mas vale destacar que essa iniciativa não alcança os sistemas de *compliance* e não tem sido vista

em ações que são movidas pela companhia contra administradores. Preva-
lecem, nestes casos, os mecanismos administrativos descritos no Capítulo
III acima.

No caso de setores regulados, como bancos, seguradoras, companhias
do setor elétrico ou do setor de óleo e gás, companhias do setor de teleco-
municações bem como companhias abertas, os setores de conformidade
das empresas poderão ainda compartilhar o resultado de suas investigações
com autarquias, a fim de disparar procedimentos administrativos sancio-
natórios contra ex-funcionários.

Recentemente, o governo federal brasileiro editou a Medida Provisória
nr. 784, de 7 de junho de 2017, que criou os acordos de leniência no âmbito
do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, para que
companhias abertas e instituições financeiras possam selar termos de com-
promisso e acordar sanções para as pessoas jurídicas no âmbito adminis-
trativo. Um dos efeitos dessa medida poderá ser o aumento de procedimentos
administrativos sancionadores (nos termos do Capítulo III acima) contra
ex-funcionários segundo investigações iniciadas em respectivos departa-
mentos de *compliance*.

2. Requisitos substantivos e garantias para impor sanções

As práticas de conformidade em si, no Brasil, não são reguladas por lei.

Constituem conjunto de práticas e políticas que as empresas se utilizam
e cujas experiências compartilham em fóruns específicos de debate. As
únicas situações de intervenção estatal singram no sentido de esterilizar
a ação dos departamentos de *compliance*, sobretudo por meio dos meca-
nismos ultraprotetivos da legislação laboral brasileira, ou, por outro lado,
estimulá-la segundo algumas práticas setoriais administrativas. Frequen-
temente os departamentos de *compliance* no Brasil sofrem por conta dessa
oscilação regulatória

Não há qualquer *standard* normativo para a atuação de um departa-
mento de *compliance* e normalmente, sua atividade é plena e tem por
escopo, conforme já dissemos, proteger a empresa (em primeiro lugar) e
seus administradores (em segundo lugar e por consequência da defesa da
primeira). Sua atuação é de natureza preventiva e mesmo quando se detecta

a hipótese de atuação sancionatória via demissão por justa causa, a sanção aplicada em si deve ter, na acepção da hermenêutica laboral consolidada nos tribunais brasileiros, uma finalidade preventiva para se evitar que o funcionário punido, comprovadamente reincidente, siga prejudicando a pessoa jurídica empregadora.

Como o sistema de conformidade não aplica sanções, basta que os departamentos de RH sigam a lista fechada constante do art. 482 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)⁷⁷, aliada a robusta documentação de prática reiterada dos ilícitos, para aplicar a sanção da rescisão por justa causa. Isso não garante à empresa, entretanto, que o procedimento seja integralmente revisto pelo Juiz do Trabalho e que, ao fim, seja entendido que sob o ponto de vista estritamente laboral a justa causa não tenha ocorrido ou não tenha sido provada, cabendo a empresa ter que indenizar a *posteriori* o ex-funcionário que tenha eventualmente violado políticas internas.

As maiores limitações e salvaguardas para os funcionários estão todas previstas no sistema protetivo laboral brasileiro. Já no caso dos administradores, estes costumam se valer do *business judgement rule doctrine* e do argumento de que muitos dos atos criminosos não causam dano direto à companhia (prejuízo apurado financeiramente ou perda financeira concreta, havendo, muita vez, o inverso – um ganho financeiro alimentado por um esquema ilícito).

Quando às sanções impostas a pessoas jurídicas, todas as garantias devem estar previstas em contrato, do contrário, dever-se-á analisar no caso a caso se a companhia que está a sancionar o faz com base em hipótese legal de denúncia vazia. No Brasil a violação de lei penal é causa bastante para rescisão contratual – mesmo assim é comum ter-se cláusula de hipótese de denúncia com retenção de pagamentos em caso de violação de normas de *compliance* por parte da contratante.

3. Sanções contra empresas e outras entidades

As únicas pessoas jurídicas que podem ser atingidas pelo sistema de conformidade são aquelas que atuam perante as companhias como *stakeholders* (credores, devedores, fornecedores, clientes, prestadores de serviço e etc).

Estas, ao contrário dos funcionários, podem sofrer “banimento”, “*blacklisting*”, supervisão de atividades, intervenção, controle indireto e outros mecanismos que, contratualmente, permitirão à sociedade contraparte e seu respectivo departamento de *compliance* e conformidade que se valha de mecanismos fortes e eficazes de sanção direta.

Contra outras companhias e pessoas jurídicas poderá o *compliance* da companhia afetada mover ações indenizatórias e atuar como *amicus curiae* em procedimentos administrativos e judiciais que são movidos por autarquias ou pelo Ministério Público.

De forma geral as companhias contratadas são submetidas a procedimentos complexos de KYC/KYV (*know your customer* ou *know your client*; ou *know your vendor*) em que a contraparte adere a uma série de obrigações de reporte e conformidade, aderindo também a políticas e regulamentos para que possa ser contratada.

As sanções pelo não cumprimento desses requisitos podem envolver o bloqueio de pagamentos pendentes até o banimento da companhia contratada nos negócios da contratante, assim como a sua inserção em *blacklisting* ou em cadastros negativos cujo compartilhamento deve obedecer aos limites constitucionais do respeito à imagem.

São todas medidas preventivas, mas é comum haver igualmente medidas de retaliação previstas em lei e aceitas tanto na doutrina quanto na jurisprudência e nos costumes.

C. Procedimentos e suas garantias

1. Instituições e atores

a) Autoridades investigativas e o poder sancionatório

Os departamentos internos de *compliance* e seus respectivos oficiais e *supervisors* são os atores responsáveis pelas investigações no âmbito do sistema de conformidade no Brasil.

Tais oficiais podem investigar tanto pessoas físicas internas (*insiders*) quanto pessoas físicas e jurídicas externas (*outsiders*) tendo ampla margem de atuação sobre todos os *stakeholders* de uma companhia. Em muitos casos o *compliance* pode também investigar coligadas e controladas (tanto

as pessoas jurídicas quanto as pessoas físicas que forem a elas ligadas).

O âmbito investigativo é amplo e um departamento de *compliance* pode monitorar toda e qualquer atividade praticada no âmbito empresarial: pode monitorar ligações (com gravação de conversas), acompanhar debates entre áreas restritas (*chaperoned calls*) e não restritas, troca de mensagens (desde correspondências formais, passando por emails e atingindo até sistemas de mensagens instantâneas), documentos, arquivos e tudo mais que for usado como recurso no âmbito das atividades da empresa, seja o recurso fornecido pela empresa ou não. É permitido e usual que os departamentos de *compliance* no Brasil filmem o ambiente interno das empresas e toda e qualquer atividade desempenhada no ambiente corporativo, respeitados os espaços de privacidade (banheiros, vestiários e toaletes).

O departamento de *compliance* também pode monitorar em alguns casos as movimentações financeiras em contas correntes, contas de corretora de valores mobiliários, cadastros negativos (SERASA), movimentações de cartões de créditos (corporativos ou mesmo pessoais), gastos anômalos, redes sociais, atividades de lazer praticadas por seus funcionários e que possam comprometer a reputação da companhia, impor *mandatory block leaves* (férias compulsórias, que são implementadas pelo setor de RH com total bloqueio de acesso a informações e mecanismos de comunicação remota por um prazo não superior a 15 dias), verificar o cumprimento de obrigações escolares (quando aplicável, como o pagamento de mensalidades escolares, inclusive devidas a conta de dependentes, frequência e desempenho em cursos financiados pela companhia, ainda que parcialmente e, alguns casos, mesmo que não financiados pela companhia).

O *compliance* também pode verificar o cumprimento de obrigações civis que possam atingir a reputação da companhia, como o pagamento de impostos e tributos e de obrigações sensíveis como as prestações condominiais e contribuições associativas de interesse da companhia cuja obrigação caiba ao supervisionado, seja por causa da natureza da atividade, seja por força de reembolso combinado com empregador (Ex.: pagamento de associações de classe como OAB e de associações sindicais, entidades de autorregulação como ANBIMA ou ISDA).

O *Compliance* no Brasil é também responsável pelo treinamento e pela educação corporativa constante de seus funcionários, administradores e

demais *stakeholders*. As falhas em cumprir um cronograma de treinamentos e palestras poderá impor ao faltoso sanções internas que podem chegar até a demissão (mas que raramente são admitidas como justa causa para eliminar indenizações).

Para atuar em um departamento de *Compliance* no Brasil é demandada experiência específica no campo de atuação. A falta de experiência em *compliance* normalmente é suprida por profissionais com experiência jurídica anterior.

No Brasil não há uma regra de independência e cada companhia calibra essa independência de acordo com os interesses societários em pauta. Há companhias onde o *Compliance* responde diretamente para a assembleia geral ordinária, há casos em que o *compliance* responde para o conselho de administração, há casos em que o *compliance* responde para a diretoria executiva como um todo ou apenas para o presidente executivo da companhia e há casos em que o *compliance* está ligado a um diretor com designação específica (como o diretor jurídico ou o diretor financeiro ou de relação com investidores). Em todos os casos e exceto naqueles em que os oficiais respondem para um diretor com designação específica que acumula a função de *compliance* com outras funções (jurídica ou controladoria, por exemplo), o departamento de *compliance* geralmente se constitui como diretoria autônoma.

O mais comum no Brasil é termos departamentos de *compliance* respondendo diretamente para o diretor presidente ou ligados a departamentos jurídicos. Na maioria dos casos o grau de independência dos departamentos de *compliance* é bastante reduzido, contando com possibilidades múltiplas de interferência da diretoria executiva nos procedimentos de investigação comumente entabulados e sob responsabilidade do *Compliance*.

Apesar do grau de independência, os departamentos de *compliance* no Brasil não possuem qualquer poder sancionatório autônomo, conforme já dissemos acima, tendo de se valer de mecanismos gerais e canais de sanção como os departamentos jurídicos, os departamentos de RH, as assembleias gerais, os conselhos (fiscais e de administração) para que estes tomem as providências que estiverem legitimamente dentro das respectivas competências para agir.

Em outras palavras, departamentos de *compliance* são desprovidos, no Brasil, de qualquer capacidade sancionatória ou postulatória autônomas.

Nesses casos o procedimento interno jamais dispensará que a verdadeira autoridade sancionatória possa cogitar sequer de simplificar seu procedimento administrativo ou judicial próprios, conforme visto nos Capítulos anteriores II e III.

Uma vez apurada, pelo sistema de conformidade, qualquer violação legal, a companhia deverá lançar mão dos canais tradicionais e todo o procedimento, por mais detalhado que tenha sido internamente na empresa, deverá ser repetido administrativa ou judicialmente, inclusive quando a sanção for de mera demissão sem justa causa ou advertência, caso o sancionado submeta tudo novamente a uma revisão judicial.

2. Poderes investigativos e dever de cooperação.

Os poderes investigatórios são amplos e no caso de investigação baseada em uso de recursos fornecidos pela companhia (telefone móvel, computador, telefone fixo) o âmbito de investigação é ainda mais extenso. Como se trata de bens que pertencem ao empregador (são, de fato e de direito, propriedade privada do empregador que fornece o meio para o funcionário desempenhar suas funções), afora nem mesmo o princípio constitucional da reserva da intimidade pode ser oposto como limite a uma atividade investigatória dos departamentos de conformidade.

Em relação a informações consideradas públicas ou semi-privadas (cadastros negativos, redes sociais, ainda que em regime fechado de exposição, obrigações fiscais e tributárias, e etc) os poderes investigatórios dos sistemas de conformidade são amplos dentro do âmbito empresarial específico da companhia.

Não há qualquer codificação desses poderes investigatórios e eles são largamente praticados no Brasil, com uso, inclusive, de ferramentas sofisticadas de *surveillance* e interceptação.

Além das medidas descritas acima, os departamentos de *compliance* podem interrogar e questionar toda e qualquer pessoa que esteja no âmbito de sua atuação e pedir esclarecimentos sobre operações em andamento, concluídas, não concluídas e rejeitadas ou mesmo aquelas que sequer foram

contratadas ou iniciadas mas que tenham sido ao menos prospectadas. Pode pedir documentos e questionar funcionários, administradores e outros *stakeholders*.

Observados os níveis de autonomia e independência, é comum que o *compliance* tenha uma quase total discricionariedade investigativa, decidindo quando e quem investigar e até qual nível de detalhes venha a buscar informações.

Nesses casos é comum que os departamentos de *compliance* investiguem por critérios como *amostragem*, *data mining*, *risk assessment* sem que haja qualquer suspeita concreta ou mesmo um perigo concreto comprovado ou sob evidência, sendo-lhe viável interceptar até relações normais de trabalho para identificar a lisura de algum procedimento ou o cumprimento de uma norma de controle interno. Departamentos de *compliance* não ficam nem mesmo adstritos às limitações da *dúvida razoável*, podendo investigar até situações que estejam *acima de qualquer dúvida*.

O funcionário, por sua vez, goza de enormes garantias franqueadas pelo sistema de direito laboral e pelo sistema de seguridade social brasileiro, não lhe sendo viável interferir em investigações, mas cabendo-lhe defender-se quanto a sanções e extensão dessas mesmas, sem que necessite sequer debater o mérito das ações objeto da investigação. Desta forma, embora o funcionário tenha poucos instrumentos em face dos meios investigatórios, disporá de meios materiais robustos para evitar penas e sanções, por mais brandas que sejam.

Assim, não há da parte do funcionário qualquer dever de cooperação ou garantia de premiação no caso de decidir por colaborar com as investigações, nem garantias ao silêncio (como *e.g.*, ocorrem com os *Miranda Rights* nos EUA). Cooperação espontânea ou proteções de autoincriminação não geram efeito sobre as sanções que um departamento de conformidade busca, a saber, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

D. Conclusões

1. Garantias

No sistema de conformidade não há salvaguardas constitucionais de natureza processual. Sob o ponto de vista processual, o poder do sistema

de conformidade é bastante amplo e desigual.

As limitações todas são de natureza material.

O sistema jurídico laboral no Brasil impõe sérias restrições quanto a possibilidade de apenamento, por parte da empresa, em face de funcionários faltosos.

No âmbito societário e civil, quando as sanções envolvem administradores, acionistas ou *stakeholders* externos (*outsiders*), prevalece a legislação privada com respectivas garantias constitucionais, sem entretanto significar qualquer interferência ou limitação nos poderes instrutórios dos setores de *compliance*.

Poucas companhias adotam salvaguardas constitucionais e franqueiam ao acusado ou investigado mecanismo de defesa com processos internos formalizados, incluindo a nomeação de defensor técnico, contraditório, prazos com plena ciência e participação na integralidade dos atos praticados por um departamento de *compliance*.

2. Eficiência

O sistema de conformidade no Brasil é altamente ineficiente.

As empresas, ao incorrer em altos custos para manter investigações privadas, acabam alimentando os poderes instrutórios dos departamentos de *compliance* com mecanismos bastante poderosos, mas como o seu escopo é proteger a companhia, nem todas as investigações geram desdobramentos na área penal ou na área administrativa.

Além disso, o denso filtro exercido pela legislação laboral, de caráter altamente paternalista e protetivo em face de funcionários faltosos, torna o sistema de conformidade no Brasil uma máquina custosa, cara e pesada com possibilidades extremamente limitadas de benefício para a empresa, pois não lhe é assegurado mecanismos de ressarcimento e recuperação de ativos. Ainda que sob um ângulo teórico se possa vislumbrar essa hipótese, na prática os tribunais trabalhistas brasileiros obstruem qualquer ação que afete o chamado *aspecto alimentar* dos rendimentos auferidos pelos funcionários, ainda que a origem de tais rendimentos se comprove criminoso.

Outro aspecto de alta relevância diz respeito a independência dos departamentos de *compliance* com respectiva autonomia de ação e reporte.

A grande maioria dos mecanismos de conformidade no Brasil está inserida em um contexto societário executivo onde as investigações e processos sofrem profunda interferência por parte dos principais executivos. Isso os exclui, por lógica, de qualquer atuação investigativa dos sistemas de conformidade em face de altos executivos, que nunca no Brasil se tornam alvos de investigações internas.

Peculiaridades dos mercados de capitais brasileiros, que são dotados de alta concentração com privilégio sobre a figura central do acionista controlador, que por sua vez faz questão de ocupar todos os assentos da administração, redundam em um sistema altamente verticalizado em que o acionista controlador mantém possibilidades amplas de interferência em processos internos nas companhias. Assim, no sistema de conformidade não é diferente e se as ilegalidades partem por iniciativa do próprio acionista controlador, não há desta forma a possibilidade de vermos os departamentos de *compliance* atuando contra administradores ou contra esses controladores, quando estes forem os verdadeiros geradores das ilegalidades.

Diferentemente dos EUA, em que o capital é pulverizado e não há a figura do acionista controlador, os mecanismos de conformidade e fiscalização podem estar associados diretamente a um conselho fiscal, um conselho de administração, um comitê estatutário ou mesmo até ligados diretamente à assembleia geral de sócios. Contudo, como no Brasil a pessoa que tem poderes absolutos na assembleia geral se autoelege para conselhos, que por sua vez se autoelegem para os cargos executivos-chave da companhia, essa forma vertical de manutenção do poder corporativo é a força mais contundente de aniquilação das eficiências de mecanismos de conformidade no Brasil.

É de consenso no Brasil que os mecanismos de fiscalização (onde o sistema de conformidade está inserido) são altamente defeituosos, sendo um dos maiores motores para a acomodação corporativa de crimes econômicos no setor no setor privado.

Departamento de *compliance* mais eficazes fazem parte, sempre, de um conglomerado estrangeiro cujo controle é pulverizado em outra jurisdição, ou ainda em companhias com controle pulverizado localmente ou, ultima ratio, em setores altamente regulados e com tradição robusta de interven-

ção fiscalizatória oficial (em paralelo à autorregulatória) como é o caso das instituições financeiras e as companhias abertas. Autarquias regulatórias mais jovens (como a ANEEL, ANATEL ou a ANP) ainda sofrem sensivelmente por conta da falta de experiência acumulada nesse interface com as fiscalizações internas e outros problemas de interferência político-partidária que os órgãos mais antigos costumam não sofrer tanto.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2005, n.73 [acesso em 2017-10-10], pp.33-37. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000300003&lng=en&nrm=iso. ISSN 0101-3300. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002005000300003>.
- ARANTES, Cláudio N.S. O clientelismo, a política e a ciência política brasileiras: uma revisão da literatura. Trabalho de disciplina FFLCH-USP. Cópia pessoal concedida pelo autor. 1998
- AVRITZER, L., BIGNOTTO, N., et al. *Corrupção: ensaios e crítica*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008
- BONIFACIO, Robert e RIBEIRO, Ednaldo. Corrupção e participação política no Brasil: diagnósticos e consequências. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.* [online]. 2016, n.20 [acesso em 2017-10-10], pp.7-42. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522016000200007&lng=en&nrm=iso. ISSN 2178-4884. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220162001>
- BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso
- _____. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CARVALHO, Mario Cesar & NUNES, Walter. Dinheiro recuperado na Operação Lava Jato cai 90% (online) 03/01/2018. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/01/1947642-dinheiro-recuperado-na-operacao-lava-jato-cai-90.shtml> acesso em: 03/01/2018

- CHARLEAUX, João Paulo. Como é feito o 'índice de corrupção' no mundo. E por que ele não mede o que diz medir. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/10/07/Como-%C3%A9-feito-o-%E2%80%98C3%ADndice-de-corrup%C3%A7%C3%A3o%E2%80%99-no-mundo.-E-por-que-ele-n%C3%A3o-mede-o-que-diz-medir>
- CUNHA, Alexandre Mendes. Patronagem, clientelismo e redes clientelares: a aparente duração alargada de um mesmo conceito na história política brasileira. *História, Franca*, v. 25, n. 1, p. 226-247, 2006. disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742006000100011&lng=en&nrm=iso. acesso 04 Nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-90742006000100011>.
- DALLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção. Rio de Janeiro: Primeira pessoa, 2017
- DOWBOR, Ladislau. Os caminhos da corrupção: uma visão sistêmica. *Economia Global e Gestão* [online]. 2012, vol.17, n.3 [citado 2017-10-10], pp.77-105. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442012000300005&lng=pt&nrm=iso. ISSN 0873-7444.
- FAORO, Raimundo. Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro. Porto Alegre; Rio de Janeiro: Globo, 2012.
- FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro : Record. 2001.
- , Gilberto. Sobrados e Mucambos. Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. Rio de Janeiro : J. Olympio. 1981.
- GALLAS, Daniel. Brazil's Odebrecht corruption scandal, 03/07/2017. BBC News (online) Disponível em <http://www.bbc.com/news/business-39194395> Acesso: 06/11/2017
- GATINOIS, Claire. Au Brésil, le règne de l'impunité. *Le Monde* | 28.02.2017. http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/28/au-bresil-le-regne-de-l-impunite_5086863_3232.html#cTAVXlkDs6KoKHFA.99 acesso em: 10/10/2017.
- GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurelio. Dicionário De Políticas Públicas - 2ª EDIÇÃO. São Paulo: UNESP. 2015,
- HINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo : Companhia das letras. 1995

- IBGE, Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007 no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979.
- INTERNATIONAL TRANSPARENCY. Access in 2017-10-10 (<https://www.transparency.org/country/BRA>);
- JAGUARIBE, Hélio. “Política de clientela e política ideológica”. *Digesto Econômico*, VI, 68, Julho de 1950.
- KRIEGER, Gusvavo et al. *Os donos do Congresso*. SP : Ática. 1994.
- LAPOP – Latin America Public Opinion Project – Americas Barometer 2017 (<https://www.vanderbilt.edu/lapop/cow/cow.02.10092017.en-large.png>)
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto (O município e o regime representativo no Brasil)*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1976.
- MARANHÃO, Fabiana. Dinheiro devolvido pela Lava Jato à Petrobras é 1,6% de prejuízo com corrupção. (online) 22/11/2016. <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/11/22/dinheiro-devuelto-pela-lava-jato-a-petrobras-e-16-de-prejuizo-com-corrupcao.htm> acesso em: 10/10/2017.
- MARCELINO, Francisco and VALLE, Sabrina. The Talented Mr. Youssef, Brazil's Black-Market Central Banker. 01/14/2015. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-01-14/the-talented-mr-youssef-brazil-s-black-market-central-banker> acesso 10/10/2017.
- OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. *Populações Meridionais do Brasil* (publicado em 1918). Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2005
- PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo: colônia*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.
- ROMEIRO, Adriana. A corrupção na Época Moderna - conceitos e desafios metodológicos. *Tempo* [online]. 2015, vol.21, n.38 [acesso 2017-10-10], pp.216-237. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042015000200216&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1413-7704.
- SALOMÃO, Alexa; BRAMATTI, Daniel e GODOY, Marcelo. Organizações criminosas deixam rombo de R\$ 123 bi. O Estado de S.Paulo 18 Junho 2017. Acesso em 10/10/2017. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,organizacoes-criminosas-deixam-rombo-de-r-123-bi,70001846542>
- SEGAL, David. Petrobras Oil Scandal Leaves Brazilians Lamenting a Lost Dream. *The New York times*. Acesso: 08/07/2015. Disponível em <https://www.nytimes.com/2015/08/09/business/international/effects-of-petrobras-scandal-leave-brazilians-lamenting-a-lost-dream.html>

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. ADIn 2736, relator min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010
- _____, RE 548181, relatora min. ROSA WEBER, 1ª Turma, julgado em 06/08/2013
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Ed. RT, 1998
- SODRE, Antonio Carlos de Azevedo e ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil: estudo dos relatórios do programa de fiscalização da Controladoria-Geral da União. Rev. Adm. Contemp. [online]. 2010, vol.14, n.3 [acesso 2017-10-10], pp.414-433. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552010000300003&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1982-7849.
- SOUZA, Josias de. Corrupção ronda a Odebrecht desde a ditadura. 22/04/2017. Acesso em: 05/11/2017. <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2017/04/22/corruptao-ronda-a-odebrecht-desde-a-ditadura/>
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 7ª Câmara Criminal, Mandado de Segurança nº 990.10.020257-0, rel. Fernando Miranda, m.v., j. em 24.6.2010
- WORLD ECONOMIC FORUM, [i]The Global Competitiveness Report 2016–2017,(http://reports.weforum.org/pdf/gci-2016-2017-scorecard/WEF_GCI_2016_2017_Scorecard_GCI.A.01.01.02.pdf)

Parte II

DIMENSÕES CIVIS

RESPONSABILIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Claudia Cristina Barrilari

1. ATIVIDADE EMPRESARIAL E DIREITOS HUMANOS NO CAMPO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A tutela dos Direitos Humanos tem seu marco inicial no cenário pós Grandes Guerras, na segunda metade do século XX, e surge como resposta à conjuntura político-social que permitiu as atrocidades praticadas em nome da guerra.¹

Cumprir lembrar que o tema surge vinculado à figura do Estado e à concepção tradicional de soberania. A partir desse momento passa-se a falar em um novo direito: o direito internacional dos Direitos Humanos e na elaboração de uma base normativa que pudesse influenciar as leis internas de cada Estado.

Um dos pontos fundamentais das discussões internacionais gira em torno da possibilidade de responsabilização do Estado. No âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos, o Estado é o principal sujeito, seja a violação praticada por um indivíduo, seja por uma pessoa jurídica.² A tradicional posição estatocentrista de responsabilização merece ser revista de modo a ampliar o espectro de responsabilidade decorrentes de violações de Direitos Humanos, possibilitando responsabilizar diretamente os violadores, quer sejam Estados, indivíduos ou empresas.³

1 Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 82.

2 “Não têm personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos, e tampouco as empresas, privadas ou públicas. A proposição, hoje frequente, do indivíduo como sujeito de direito das gentes pretende fundar-se na assertiva de que certas normas internacionais criam direitos para as pessoas comuns, ou lhes impõem deveres. É preciso lembrar, porém, que os indivíduos – diversamente dos Estados e das organizações – não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas.” REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. Saraiva: São Paulo, 2000, p.146.

3 “A visão jurídica clássica do Direito Internacional é a de que este somente se aplica a Estados,

Em tempo mais recente, possíveis violações dos Direitos Humanos em âmbito corporativo assumem papel de destaque no contexto do direito internacional, especialmente no campo das Nações Unidas e da OCDE. O tema deve ser compreendido à luz da globalização e da reestruturação da capacidade regulatória do Estado, ao lado do crescimento exponencial de empresas privadas.

Nesse contexto, o Pacto Global da ONU de 1999, teve importante papel pela inovadora proposta dirigida diretamente às empresas, de engajamento em princípios voltados para adoção de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, concentrados em temas relativos às relações de trabalho, ao meio ambiente e ao combate à corrupção. Desse modo, são quatro grandes campos de atuação cuja meta é estimular as empresas a voluntariamente desenvolverem em seu ambiente corporativo diretrizes e medidas de apoio voltadas a garantir a plena observância desses campos de atuação.⁴

As corporações devem consensualmente aderir aos princípios propostos. Não obstante assentado em bases voluntárias, o Pacto procurou incentivar mecanismos obrigatórios de prevenção de violações de direitos humanos em âmbito empresarial. Ou seja, as corporações são convidadas a incorporarem pautas específicas de tutela aos direitos humanos.

A falta de imposição de uma clara obrigação para as empresas para que sejam responsabilizadas diretamente pela violação dos direitos humanos é um primeiro fator que tem que ser superado. Nesse sentido, embora o tema seja relativamente recente se confrontado com o direito internacional dos Direitos Humanos, ele surge vinculado ao tradicional padrão de responsabilidade estatalista. Há, no cenário global, uma série de fatores que poderiam contribuir para a superação desse padrão de responsabilidade, de modo a se permitir a construção de uma base principiológica de

embora especialmente desde meados do século XX, tenha ganhado peso o entendimento de que o Direito Internacional passa a abranger e a ser relevante para outros atores internacionais além dos Estados.” CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional econômico. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 775.

4 Mais de uma vez o tema foi objeto de nosso estudo. Ver BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação, *compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Ver também o artigo intitulado “Corrupção, empresas e direitos humanos: um diálogo necessário”. In: Corrupção, direitos humanos e empresa. Saad-Diniz, Eduardo e Laurentiz, Victoria Vitti (orgs.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

responsabilização direta das empresas por violações de Direitos Humanos.

É possível afirmar que há um descompasso no desenvolvimento de recursos que sejam adequados e efetivos diante do descumprimento das recomendações que são feitas pelos organismos internacionais. Das medidas de prevenção até aquelas de reparação de danos, os Estados devem ser estimulados a garantir de forma legal, a proteção desses direitos quando violados em âmbito empresarial.⁵

Como primeiro passo, a própria natureza voluntária dos dispositivos de *soft law* voltados a incentivar as empresas a assumirem uma postura ativa e preventiva em relação à proteção dos Direitos Humanos, propõe medidas de cunho interno, como a previsão de *due diligence*.

A ONU em 2011 publicou um guia denominado de “Princípios Orientadores para empresas e os direitos humanos”. Os princípios inicialmente reconhecem a obrigação do Estado de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos, devendo, para tal fim, adotar medidas apropriadas para prevenir e reparar qualquer violação.⁶

Observa-se que se espera que o Estado tenha um aparato regulatório vocacionado para auxiliar a empresa a respeitar os direitos humanos e para sancioná-las em caso de descumprimento. Uma das medidas indicadas é a adoção de *due diligence* por parte das empresas para que possam identificar, prevenir, mitigar e responder às consequências negativas de suas atividades de Direitos Humanos. Além de incluir uma avaliação do impacto real e potencial das atividades, ressalta-se a necessidade de que a *due diligence* seja individualizada em função do tamanho, da complexidade da atividade e dos riscos a que estão expostos em função de sua natureza. Uma das recomendações de destaque determina que a *due diligence* seja integrada aos sistemas de gestão de riscos da empresa.

5 Conforme já dissemos em outra oportunidade, é possível apontar uma deficiência estrutural à forma como estabelecida o padrão de responsabilidade para os principais objetivos de proteção dirigidos para as empresas em âmbito corporativo. “É preciso ressaltar que alguns dos compromissos do Pacto Global têm por matriz severas regulações em âmbito penal. A nosso ver, esse fato cria um desequilíbrio que merece ser melhor compreendido. (...) Se em âmbito voluntário uma empresa é estimulada para adotar medidas internas voltadas a atender princípios universais inspirados em importantes diplomas internacionais de defesa dos Direitos Humanos, a ideia de voluntariedade parece ficar um pouco mitigada quando se depara com a criminalização de várias condutas elencadas nesses mesmos diplomas.” BARRILARI, Claudia. Corrupção, empresas e direitos humanos: um diálogo necessário. *Op. cit.*, pp. 192-193.

6 https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

O último relatório promovido pela OCDE e que abrange as atividades realizadas para promover a implementação efetiva de Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais propõe algumas medidas voltadas a promover a obrigatoriedade de implementação dos Princípios Orientadores, ao lado de medidas governamentais dirigidas a apoiar a conduta comercial responsável por parte das empresas.⁷

Uma das metas é estabelecer um padrão único de *due diligence* aplicável a todos os tipos de empresas que operam em diferentes países e em diferentes setores econômicos. Nesse contexto, a OCDE desenvolveu o *Guia de due diligence para conduta comercial responsável*. O texto de referência de *due diligence* se aplica a todos os tipos de empresas e tem por objetivo auxiliá-las a cumprir com os objetivos estabelecidos nos Princípios Orientadores, contando com a devida diligência para identificar, prevenir e mitigar os efeitos negativos, reais ou potenciais sobre os negócios e relacionamentos comerciais, e as medidas tomadas para remediá-lo.⁸

O desenvolvimento de uma colaboração estreita e direta com as empresas é um dos fatores de destaque propostos pela OCDE. Os guias foram elaborados com a participação ativa de grupos consultivos de várias partes interessadas, promovendo maior adesão aos instrumentos propostos, além de incentivar o diálogo com as empresas como um importante elemento de implementação.

Junte-se a esse fator, a forte presença da ação governamental, em apoio à conduta comercial responsável. Nesse sentido, as autoridades públicas adotaram medidas específicas e direcionadas para promover a conduta comercial responsável. Tais incentivos foram direcionados em duas frentes, de um lado, as empresas são incentivadas a incluir o tema em áreas relacionadas a ação pública; de outro lado, o próprio ente público é incentivado a dar o exemplo, adotando iniciativas específicas para a conduta comercial responsável.⁹

A França, pela lei n° 399 de 27 de março de 2017, promoveu uma alteração em seu Código Comercial para obrigar suas multinacionais a adotarem

7 OCDE (2018), Rapport annuel sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2017 (<http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2017-Annual-Report-MNE-Guidelines-FR.pdf>)

8 Idem.

9 Ibidem.

um plano de vigilância para o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente.

Qualquer empresa com sede na França que, ao final de dois exercícios consecutivos, empregar pelo menos cinco mil funcionários, inclusive em suas subsidiárias diretas ou indiretas, ou pelo menos dez mil funcionários com sede na França ou no exterior tem obrigação legal de identificar e prevenir possíveis violações de Direitos Humanos e também os abusos ambientais resultantes não apenas de suas próprias atividades, mas mesmo os de suas subsidiárias, subcontratados e fornecedores com quem tenha estabelecido relacionamento comercial, independentemente do lugar.¹⁰

O plano de vigilância incluiu medidas de *due diligence* para identificar riscos e prevenir violações graves dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, saúde e segurança humana e meio ambiente, resultantes das atividades da sociedade e das empresas por ela controladas, direta ou indiretamente.

Sempre que possível, o plano deve ser desenvolvido em parceria com as partes interessadas da sociedade, tendo por medidas principais a elaboração de um mapa de risco para sua identificação, análise e priorização; a avaliação regular de suas subsidiárias, as ações apropriadas para mitigar riscos ou prevenir danos graves, além da análise de riscos por meio da coleta de relatórios, e, por fim, um mecanismo para monitorar as medidas implementadas e avaliar sua eficácia.

Não obstante as formas consensuais de mecanismos de *soft law* comecem a influenciar a legislação interna de cada país, a exemplo da lei francesa supramencionada, cumpre esclarecer que há um longo caminho a percorrer no sentido de que a tutela de direitos humanos possa ser efetivamente implementada apenas sob bases voluntaristas. Por outro viés, as críticas que são feitas ao sistema de responsabilidade social de empresa parecem servir aos mesmos objetivos propostos.¹¹ Parece possível a conjugação de

10 <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>

O plano de vigilância e o relatório de sua implementação efetiva são tornados públicos e incluídos no relatório mencionado no artigo L. 225-102. A violação das obrigações definidas na lei acarreta a responsabilidade da empresa pelos danos causados por sua omissão, ficando a empresa obrigada a reparar os danos que o cumprimento dessas obrigações teria impedido. O tribunal pode ordenar a publicação, divulgação ou exibição de sua decisão ou um extrato da mesma, de acordo com os termos que especificar.

11 Com uma visão acida dos objetivos de responsabilidade social da empresa, porém relacio-

diversos fenômenos, como forma de superar as deficiências de cada uma, isoladamente. Além do mais, a própria globalização modifica a forma de regulação e favorece a capacidade das empresas de se autorregularem.¹² Nota-se o surgimento de um processo de conjugação de diferentes formas de tutela que permita alcançar maior efetividade para se combater os crimes praticados por empresas transnacionais.

Quando se estabelece áreas de tangência entre diferentes sistemas regulatórios, como está a ocorrer com graves violações de direitos humanos, a exemplo do combate a corrupção e aos danos ambientais, defende-se a aplicação escalonada das possibilidades que se apresentam em diferentes instrumentos normativos, em busca de eficácia e eficiência.

Cada um dos sistemas de forma isolada não atingiu níveis de eficácia e eficiência satisfatórios, não obstante as críticas que são feitas a essa “abertura dogmática”, fato é que os sistemas regulatórios precisam buscar respostas relativamente satisfatórias para o controle social. Nossa proposta, com integral apoio na lição de Adán Nieto, procura eficácia e eficiência com base na aplicação escalonada dos mecanismos de prevenção interna como os que vem sendo propostos pelo Pacto Global e pelas Nações Unidas, da autorregulação integrada ao Direito Penal com claro conteúdo preventivo e, por fim, as sanções de natureza penal e administrativa. Por evidente, é inegável que o próximo passo a ser dado é pensar em formas de estruturar um sistema de Direito Penal internacional ou global.

nando-a com privatização da esfera pública e a publicização do interesse privado, e, consequentemente, com a perda de legitimidade e capacidade de controle do Estado. “A responsabilidade social das empresas é despolitizadora da questão social, pois parte da desqualificação do poder público e, portanto, desconhece a possibilidade aberta pelo conflito interno no terreno das próprias políticas públicas visando criar compromisso e qualidade diante dos cidadãos. O empresariado passa a ocupar, então, um espaço de ação social aberto pelo encolhimento das garantias e dos direitos sociais. Além do mais, essa filantropia se adapta com vantagens às formas de lucro empresarial: promove a imagem da empresa, agregando valor a sua marca.” DUPAS, Gilberto. Tensões contemporâneas entre o público e o privado. São Paulo: Paz e terra, 2003, p. 78

12 “O fomento da autorregulação, seja ele na forma da ética de empresa, da responsabilidade social corporativa, do *Compliance* ou da boa governança, permite elaborar e executar normas básicas, imprescindíveis para o bom funcionamento do mercado e a proteção de interesses coletivos. É o que alguns denominam lei sem Estado. Muitas normas de regulação global dos negócios começaram com normas “voluntárias” para dali se transportarem a convênios internacionais ou a normas de *soft law*, procedentes de organizações internacionais (eg. Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais) ou da própria administração nacional (códigos de boa governança). A origem pública ou privada de uma regulação ou seu caráter voluntário ou obrigatório é algo que está tremendamente diluído.” MARTÍN, Adán Nieto. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 38.

2. O CRIME EMPRESARIAL E A TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO: MECANISMOS SANCIONATÓRIOS

Novamente aqui, deve-se destacar que está em curso uma modificação na forma tradicional de se sancionar a pessoa jurídica pelos ilícitos que venha a cometer. De fato, a característica mais marcante do momento atual é procurar uma resposta efetiva diante da intrincada relação estabelecida, de um lado, no incremento do desenvolvimento tecnológico e o agigantamento de corporações empresariais, e, de outro, na insuficiência da regulação interna de cada Estado.

Esses fatores abriram campo para a necessidade de se pensar em regulações mais harmônicas entre os países, o que deu margem para se pensar em formas de tutela e regulação compatíveis entre os Estados.

A organização da atividade econômica pelo Estado envolve uma gama de regulações que transitam do campo econômico ao campo administrativo. Algumas das regulações do direito administrativo incidem com mais propriedade em atividades nas quais o interesse público tem papel preponderante, a exemplo do que ocorre com atividades de saúde, alimentos e educação. Também o interesse público adquire especial relevância quando a atividade regulatória recai na tutela de direito público como ocorre com a proteção do meio ambiente.

A necessidade de se estimular a observância da legalidade e se combater irregularidades em âmbito corporativo levou a uma reconfiguração do papel desempenhado pelas corporações no âmbito de sua regulação interna ou de seus mecanismos de governança. Tal se deve ao estímulo gerado pelas organizações internacionais que, de maneira uniforme, incentivam as empresas a adotarem uma postura ativa no combate a ilícitos que possam ser praticados em seus diversos níveis de atuação.

O contexto de proeminência do interesse público também tem destacada importância quando associada à tutela dos Direitos Humanos em âmbito corporativo.

O atual estágio de desenvolvimento do mundo corporativo, através das sociedades corporativas globais, presentes em vários Estados de maneira não uniforme, dificulta a individualização de um centro gerador de poder.¹³

13 “Como consecuencia de la apertura de los mercados que se produce tras la guerra fría, las

Tal fator gera um descompasso com diferentes ordens de soberania estatal e isso enfraquece o controle estatal. Ademais, dá margem para violações de Direitos Humanos de toda ordem, o que leva à necessidade de se pensar em formas autorregulatórias de controle e prevenção de disfuncionalidades.

Desenha-se um quadro social aberto para novas configurações que conjuga de um lado, a regulação tradicional imposta aos cidadãos e às empresas, de outro, mecanismos de autorregulação.¹⁴ É exatamente a perda da capacidade regulatória do Estado que abre espaço para o desenvolvimento da autorregulação. Essas normativas dos organismos internacionais, de *soft law*, ao lado dessa tendência à autorregulação é a base que vai dar estrutura para o campo de responsabilidade das empresas por violações de Direitos Humanos.

As organizações internacionais têm o importante papel de estimular empresas para que, por meio de seus sistemas autorregulatórios, se obriguem a coibir, em todos seus campos de atuação e para todos seus stakeholders, violações de Direitos Humanos.

É possível construir um sistema escalonado de resposta estatal que tenha início no campo do consenso, conforme exposto, com as iniciativas de organismos internacionais dirigidas a estimular e incentivar as empresas a estruturar um sistema efetivo de proteção aos Direitos Humanos.

Ao lado das iniciativas internas propostas para as empresas, há propostas de reparação integral do dano, que abrange o dano individual como também o coletivo, envolvendo todas as possíveis vítimas do evento.

Finalmente, diante da falha ou insuficiência das medidas restauradoras, recorre-se ao direito retributivo, destacando-se a responsabilidade penal

empresas multinacionales han iniciado un proceso de deslocalización sin precedentes. Del modelo fordista de división del trabajo, pero localizado en un mismo espacio físico, que es con el que seguimos operando, se ha pasado al modelo Nike. Es decir, a un sistema de producción diseminado por varios países, y que incluso renuncia a tener producción propia, subcontratándola a cientos de empresas localizadas en países subdesarrollados. (...) En este contexto, la importancia de desarrollar un control sobre las grandes corporaciones es enorme, pues sus comportamientos no solo atentan contra la vigencia de normas nacionales, sino que lesionan normas globales, pertenecientes al *ius cogens* internacional, como las relativas a derechos humanos, la protección del medio ambiente, la interdicción del trabajo forzado o infantil, delitos de lesa humanidad, genocidio etc. Movidas por motivos éticos (responsabilidad social) o, simplemente, por la finalidad de evitar una publicidad negativa que pueda hacerles daño en el mercado, las grandes empresas multinacionales pretenden poner fin a las violaciones de derechos humanos en las que con frecuencia se ven implicadas en países del tercer mundo a través de la autorregulación.” MARTÍN, Adán Nieto. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: Autorregulación y sanciones. MARTÍN, Adán Nieto. ARROYO-JIMÉNEZ, Luis (Orgs.) Valladolid: Lex Nova. 2008, pp. 113-114.

14 Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e compliance.

da pessoa jurídica e as sanções dela derivadas.

Há ainda um firme posicionamento contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, em grande parte, se apegua aos estritos limites individuais de responsabilidade penal.¹⁵ Talvez o caminho mais adequado seja construir um sistema de responsabilidade penal mais eficaz para a pessoa jurídica. Parte-se do princípio de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, para além de todas as críticas que a ela se colocam, quando conjugada com a autorregulação da empresa apresenta vantagens em termos de eficiência e garantia.

Sobre possíveis formas de tutela em via administrativa, poder-se-ia apontar algumas tentativas de equacionar a proteção dos direitos humanos em âmbito empresarial com os mecanismos de justiça restaurativa, ainda pouco estudados entre nós.

Defende-se um interessante modelo de correção do sistema de *compliance* com apoio na estrutura de justiça restaurativa. A base principiológica da justiça restaurativa se encontra na ampla reparação dos danos causados, não só à vítima quanto à toda comunidade. Quando a empresa for o grupo social afetado pelo crime, no seu meio, ou seja, no seu interior, deve ser encontrado um ambiente propício para restaurar o conflito.¹⁶

Assim, um dos objetivos da justiça restaurativa seria fortalecer a comunidade, para que esteja apta a assumir um papel relevante na resolução do conflito e, principalmente, prevenir novos conflitos.

Embora o autor relacione a justiça restaurativa com o Direito Penal, aponta uma suposta relação de complementariedade. A justiça restaurativa atua em um momento inicial como forma de resolução do conflito social, somente diante de sua falha, entra em cena o sistema punitivo. Há uma evidente aproximação com o sistema de conformidade e com a tutela preconizada pelas normativas das Nações Unidas na qual a reparação de eventuais danos dependa da anuência do autor.¹⁷

Entre nós os programas de cumprimento normativo não foram estruturados sob o viés do aspecto reparatório. Dois recentes acontecimentos de

15 Ver GRACIA-MARTÍN, Luis. Tiene hoy sentido – y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance – algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica? In Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Buenos Aires: B de F. 2017.

16 Cf. MARTÍN, Adán Nieto. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa, p. 105.

17 Idem, p. 106.

danos difusos ao meio ambiente e mortes de inúmeras vítimas, os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho, são lamentáveis exemplos da falta de um efetivo compromisso dos programas de *compliance* e das medidas de justiça restaurativa.

Apesar do grande destaque que vem sendo dado ao *compliance*, assim denominados os programas de cumprimento ou integridade normativa que se baseiam em ética e autorregulação, o fato é que a forma de implementação ou compreensão desse fenômeno regulatório na prática empresarial, para sua eficácia, dependem da força da resposta estatal.

Compete à ordem estatal oferecer balizas concretas para que as pessoas jurídicas, através de efetivos programas de cumprimento normativo, possam demonstrar as medidas adotadas em seu espaço de atuação. Ao contrário, a lei brasileira é falha ao não dispor com precisão qual o efetivo benefício que a empresa terá com o programa de integridade normativa. Contudo a implementação dos programas de *compliance* surge nesse panorama como a “salvação” de todo os males que possam ser imputados a uma empresa.

A ampliação do campo de atuação da pessoa jurídica, que passa a assumir como própria a tutela antes exclusivamente pública do combate a ilícitos, deve vir acompanhada de um forte controle público. A regulação pública imposta à autorregulação privada formará um mecanismo mais coeso e, portanto, menos propenso a falhas do que a autorregulação privada. Uma das possíveis falhas é transformar-se em mera vitrine de comprometimento ético, em elemento de propaganda ou, o que é pior, em cortina de fumaça para possíveis ilícitos. A autorregulação regulada também deve englobar mecanismos preventivos e reparatórios de danos as vítimas.

3. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA COMO MODELO DE TUTELA DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO CORPORATIVO

É inegável que o Direito Penal tradicional não tem capacidade de oferecer respostas eficazes para as violações verificadas em novos campos sociais como aqueles que se verificam em âmbito econômico, meio ambiente

entre outros interesses coletivos relevantes. Para a tutela da criminalidade transnacional defende-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é, acima de tudo, uma necessária opção de política criminal.

Dentro do contexto de mundo globalizado e liquidez dos padrões tradicionais de organização do Estado e das próprias empresas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem sido considerada um dos temas mais relevantes da política criminal do século XXI.¹⁸

A responsabilidade penal da pessoa jurídica parte, em linhas gerais, de dois prismas diversos, um que a compreende relacionada com a responsabilidade de um agente individual, ou então, da necessidade de se procurar um elemento autônomo de responsabilidade própria.

Sobre os modelos de imputação de responsabilidade da pessoa jurídica, o modelo vicarial de responsabilidade transfere para a pessoa jurídica a responsabilidade sobre a conduta praticada por seu empregado ou por quem aja em seu nome, ou seja, transfere para a empresa a responsabilidade individual.

Não são poucas as falhas desse modelo, talvez a principal seja conduzir a um padrão de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica, além de dificultar o exercício do direito de defesa. Nesse sentido, ainda que conjugado com os mecanismos autorregulatórios, as medidas preventivas e de controle interno que vierem a ser tomadas pela empresa terão pouca ou nenhuma eficácia sobre a imputação de responsabilidade.

Já no segundo modelo, chamado de responsabilidade autônoma, a empresa é responsabilizada pelo seu modelo de organização. Ela não foi capaz de se organizar de forma a evitar a ocorrência do dano. Contudo, nesse modelo, as medidas preventivas tomadas pela empresa têm maior eficácia do que no outro modelo, ainda que presentes dificuldades dogmáticas para estabelecer um modelo absolutamente desvinculado da ação da pessoa física.

18 Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann. Org. William Terra de Oliveira et ali. São Paulo: LibersArs, 2013, p. 350. Sobre o tema: “ A atual crise financeira internacional está, todavia, em uma fase crítica, mas quando comecem aparecer soluções, é bem provável que o que antes eran ideias e políticas criminais de vigencia territorial limitadas quase somente ao mundo anglo-saxão, se converta em postulados universais, como, por exemplo, o de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.” ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do direito penal. Ideias e retrocessos. In: Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. Org. William Terra de Oliveira et alli.. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 418.

A tutela do meio ambiente e o combate à corrupção podem ser tomadas como paradigmas de um novo modelo de responsabilidade em âmbito corporativo.

Em relação à corrupção, a conjugação entre as normativas de organismos supranacionais e os mecanismos de autorregulação foram estruturados com base em regulações de natureza penal ou administrativa para as pessoas jurídicas.¹⁹

Mais uma vez se critica a opção do legislador brasileiro para a tutela da corrupção em âmbito empresarial. A lei anticorrupção, como é denominada a lei 12846/12, sanciona a pessoa jurídica em âmbito civil e administrativo, opta por um modelo duvidoso de responsabilidade objetiva e, por fim, introduz o programa de *compliance* ou integridade sem uma adequada relação com o benefício que possa ser atribuído à pessoa jurídica em função das medidas preventivas internas que venha a tomar.

Além disso, há um franco incentivo supranacional para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes de corrupção. Tanto esse movimento vem em crescente escala que recentes legislações sofreram alterações seja para introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, seja para melhor estruturar ou adequar os programas de *compliance*, como reforço normativo ou como uma interface entre a sanção penal e a regulação privada.

Cumprir destacar que esse movimento vem sendo construído em âm-

19 Um bom exemplo de construção de um sistema de responsabilidade penal e administrativa é a legislação francesa. Não obstante a responsabilidade penal da pessoa jurídica ser adotada pela lei francesa desde 1992, houve recente alteração da estrutura de responsabilidade, principalmente para atingir empresas de grande porte, em que se procurou construir mecanismos preventivos aptos para prevenir o risco de corrupção. A falta de um sistema preventivo para determinadas empresas por si só possibilita a punição administrativa, ao passo que, identificada a corrupção, a empresa responderá em âmbito penal, com uma pena adicional pela falta de um sistema preventivo.

“En France, une entreprise peut être reconnue coupable de corruption et se voir condamner pour ce délit à une sanction pénale. Le Code pénal prévoit que les personnes morales encourent des peines d’amende dont le maximum représente le quintuple de la peine maximum prévue pour les personnes physiques. Une entreprise coupable de corruption d’agent public pourra donc être condamnée à une amende pouvant aller jusqu’à 5 millions € ou à dix fois le produit tiré de l’infraction. Par ailleurs, la loi Sapin II prévoit une sanction administrative de 1 million € pour les entreprises qui ne se conforment pas à l’obligation de mettre en oeuvre des mesures de prévention et de détection de la corruption (III article 17). Elle prévoit également une peine complémentaire de mise en conformité pour les entreprises condamnées pour corruption. Cette peine de mise en conformité prévoit la mise en place d’un monitoring (5 ans maximum) dont le coût est assumé par l’entreprise condamnée.” https://www.globalcompact-france.org/images/bibliotheque_documentaire/DISPOSITIF_ANTICORRUPTION_DE_LA_LOI_SAPIN_II_version_web.pdf p.13.

bito supranacional há algumas décadas. A Recomendação 18/88 da Comunidade Europeia defendia de maneira explícita a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A Convenção da OCDE sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, com grande influência sobre as legislações de vários países (membros ou não da OCDE), indica de modo subsidiário a responsabilização em via administrativa quando a legislação interna do Estado não aplicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.²⁰

Para Ann Peters, só há um caminho para que se possa combater as violações de direitos humanos na atualidade, que passa pela construção de um eficiente sistema de combate à corrupção. Ressalta ainda que, recentemente, a Assembleia Geral da ONU de 2015 deu especial destaque para a substancial redução da corrupção em todas as suas formas como objetivo principal para a Agenda de 2030.²¹

A proteção do meio ambiente, objeto de preocupação global além dos estritos limites das preocupações internas de cada Estado, é mais uma demonstração da possível utilização da forma como estruturada seu modelo de tutela, como paradigma para outras violações de direitos humanos, principalmente em âmbito empresarial. Quando as violações são cometidas por empresas transacionais, há que se buscar uma forma adequada de resposta sancionatória principalmente diante da incapacidade de Estados de enfrentá-las de forma eficiente.²²

20 Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. Crime empresarial, autorregulação e compliance.

21 “Overall, the novel, but increasingly practised, human rights-based approach to corruption exemplifies a general recent trend – namely, the infusion of various sub-fields of international law with human rights considerations, which is sometimes called the ‘righting’ of a regime. A human rights-based approach has been pursued, *inter alia*, in the law of development, in environmental law, in the law of natural disasters, in international labour law and in refugee law. This approach encompasses, first, a principle of interpretation; the specific rules of the regime must be interpreted in the light of human rights. Second, procedural consequences are to allow for, or even require, the information and participation of affected groups and to mandate planning and impact assessment. Both mentioned legal consequences (the harmonizing interpretation and a proceduralization) also play for anti-corruption and ultimately refine the international anti-corruption regime. Finally, the human rights perspective could also inform the application of domestic law, which must be interpreted in the light of international human rights in many states. Overall, the infusion of international human rights law into efforts to combat corruption seems apt to complement or bolster the criminalization of corruption and, to that extent, has benign effects” PETERS, Ann. Corruption as a violation of international Human Rights. In: *The European Journal of International Law Vol. 29 no. 4, 2018, p.1274*. <https://academic.oup.com/ejil/article/29/4/1289/5320173>

22 Cf. MARTÍN, Adán Nieto. Bases para um futuro direito penal internacional do meio ambiente. In: *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. Org. Willian Terra de Oliveira *et alli.*. São Paulo: LiberArs, 2013, onde o autor enumera alguns

No âmbito do Direito Penal internacional do meio ambiente, a principal virtude de um sistema de responsabilidade autônomo da empresa, isto é, de responsabilidade penal, é o reforço da autorregulação da empresa.²³ A responsabilidade penal da pessoa jurídica como paradigma da proteção dos Direitos Humanos em âmbito corporativo pode acarretar a efetividade dos instrumentos autorregulatórios e servir de modelo para a construção de um Direito Penal internacional harmônico e eficaz.

BIBLIOGRAFIA

BARRILARI, Claudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação, compliance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Corrupção, empresas e direitos humanos: um diálogo necessário*. In: *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Saad-Diniz, Eduardo e Laurentiz, Victoria Vitti (orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. São Paulo: Paz e terra, 2003.

GRACIA-MARTÍN, Luis. *Tiene hoy sentido – y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance – algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?* In *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: B de F. 2017.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTÍN, Adán Nieto. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa*. In: *Autorregulación y sanciones*. MARTÍN. Adán Nieto. ARROYO-JIMÉNEZ, Luis (Orgs.) Valladolid: Lex Nova. 2008.

_____. *Bases para um futuro direito penal internacional do meio ambiente*. In: *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. Org. Willian Terra de Oliveira *et alli.*. São Paulo: LiberArs, 2013.

exemplos nos quais o direito nacional de determinados países não tem força suficiente para sancionar empresas multinacionais responsáveis por graves danos ambientais. Ver. p. 360.

23 Idem, p. 374.

- PETERS, Ann. *Corruption as a violation of internacional Human Rights*. In: The European Journal of International Law Vol. 29 no. 4, 2018, p.1274. <https://academic.oup.com/ejil/article/29/4/1289/5320173>
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. Saraiva: São Paulo, 2000.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: Direito penal econômico: estudos em homenagem a Klaus Tiedemann. Org. William Terra de Oliveira et ali. São Paulo: LibersArs, 2013.
- ZAPATERO, Luis Arroyo. *A harmonização internacional do direito penal. Ideias e retrocessos*. In: Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. Org. Willian Terra de Oliveira et alli.. São Paulo: LiberArs, 2013.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: A JUSTIÇA UNIVERSAL COMO ALTERNATIVA POSSÍVEL

Jânia Maria Lopes Saldanha¹

SUMÁRIO

- 200 Introdução.
- 203 Parte 1: Algumas dificuldades para responsabilizar as empresas transnacionais por violação de direitos humanos: quem responde?
- 205 1.1 Desafio 1: o (não) curioso paradoxo de agrupar-se para dispersar-se.
- 211 1.2 Desafio 2: A (ir) responsabilidade da empresa-mãe, o uso da “cadeia de produção” e a negação da “zona de influência”
- 215 Parte 2: Justiça universal: ultrapassando fronteiras, construindo pontes
- 220 Considerações finais
- 221 Bibliografia

INTRODUÇÃO

Há mais de 40 anos a ONU tem empreendido esforços para construir uma base jurídica destinada a estabelecer *standards* normativos para responsabilizar as empresas por violação de direitos humanos. Entre avanços e retrocessos, em 2011, John Ruggie, o Relator Especial para empresas e direitos humanos, apresentou à comunidade internacional os Princípios Diretores para Empresas e Direitos Humanos. Três pilares constituem tal documento: proteger, respeitar e remediar. O primeiro e o último, dizem os intérpretes do texto, referem-se aos Estados e o segundo às empresas. Os estudiosos do direito internacional afirmam ter tal texto o *status* jurídico de voluntário ou, melhor dito, de *soft law*. Assim, a boa vontade dos atores estatais e dos atores privados seria a condição primeira para que os trinta e

¹ Pós-Doutora em Direito do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, Paris. Doutora em Direito Público da UNISINOS. Coordenadora Auxiliar e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, área de concentração em direito público. Coordenadora do Centro de Direitos Humanos e Empresas da UNISINOS. Advogada.

um princípios contidos no *Guiding* sejam efetivados na prática². No ano de 2018 o Equador apresentou para a ONU o esboço do Tratado internacional sobre empresas e direitos humanos, denominado de *Draft 0*. O debate sobre o conteúdo desse projeto revisado³ foi realizado na 5ª Sessão⁴ do Grupo de trabalho intergovernamental sobre empresas transnacionais e outras empresas com respeito aos direitos humanos da ONU, no mês de outubro de 2019, em Genebra.

Os Princípios Diretores da ONU foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos e, depois disso, deu-se início a uma campanha global para que fossem seguidos pelos Estados. Assim, entre tantas outras medidas, eles recomendam aos Estados a adoção dos chamados PAN – Planos de Ação Nacional para que, primeiro, respeitando as particularidades de cada sociedade, adotem padrões mínimos orientadores da conduta das empresas concernente aos direitos humanos e, segundo, que eles sejam minimamente harmônicos entre os países.

O Brasil, embora as duas tragédias mais recentes envolvendo empresas extrativas– a da Barragem do Fundão, em Mariana e a de Brumadinho – até o presente não elaborou seu PAN⁵ e *ações políticas* nesse sentido são ainda débeis. A propósito disso, o Ministério Público Federal através da Nota Técnica nº 7/2018,⁶ manifestou-se de maneira crítica com relação a uma possível adoção do pan, pelo Brasil, sob o argumento de que ele não pode significar um retrocesso nos direitos humanos já protegidos e nas responsabilidades dos entes corporativos já previstas no direito nacional.

Entretanto, baldada a inexistência do PAN e o silêncio governamental sobre o interesse ou não em criá-lo, em 2018, o Brasil, por meio do Decreto

2 Sobre a necessidade de superar-se a dicotomia soft law/hard law veja-se texto de GARAVITO, César. Empresas y derechos humanos. Um marco conceptual y um mapa de estratégias regulatórias. In: GARAVITO, César R. (Ed.). Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018., p. 28-74.

3 OHCHR. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WG-TransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

4 OHCHR. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

5 Vinte e dois países já elaboraram seus PAN. Na América Latina apenas Colômbia e Chile já os aprovaram.

6 MPF. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018_pg.16.

9571, criou as Diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos⁷. Visivelmente, esse documento normativo segue os três pilares dos Princípios Diretores de John Ruggie na medida em que atribui ao Estado a responsabilidade de proteger os direitos humanos em atividades empresariais, a responsabilidade das empresas de respeitar esses mesmos direitos e, ao Estado a atribuição *de dar às vítimas de violações* de direitos humanos praticadas por empresas, o acesso a mecanismos de reparação e de remediação.

Várias críticas foram apresentadas a esse Decreto, aliás, da mesma natureza daquelas apresentadas aos Princípios Diretores da ONU⁸. Nesse sentido, o Centro HOMA⁹ destacou que as previsões do referido documento quanto ao acesso à justiça e à redefinição do instituto da diligência devida no âmbito da cadeia produtiva, entre outros, não correspondem ao avanço do debate que tem sido empreendido com a sociedade civil nacional e internacional. De fato, nesse sentido, não são menores as críticas lançadas ao tema acerca da dificuldade de implementar-se a efetiva responsabilização das empresas transnacionais por desrespeito aos direitos humanos, uma vez serem hábeis em escapar dos sistemas de justiça nacionais e não nacionais, sob a invocação de argumentos jurídicos provenientes do modelo de direito societário construído para empresas “localizadas” nas fronteiras nacionais. Essa foi, aliás, uma das críticas apresentadas pelo Ministério Público Federal aos Princípios Diretores justamente em razão da ausência de previsão de medidas para a adoção, pelos Estados, da jurisdição universal ou quase universal,¹⁰ isto é, de uma saída possível para a responsabilização dos citados atores privados por meio da atuação extraterritorial da justiça.

De fato, o vazio deixado pelos Princípios Diretores *não foi inteira e claramente suprido pelo Draft 0*. Ao comentar esse documento, Adoración Guamán¹¹ disse que embora o art. 10.11 preveja que “Cuando así lo exija el

7 PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm

8 O conjunto dessas críticas pode ser visto em: GARAVITO, César R. (Ed.). Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

9 HOMA. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e direitos humanos. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%Allise-do-Decreto-9571-2018.pdf>

10 MPF. Nota Técnica 7/2018, p. 12. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>

11 GUAMÁN, Adoración. El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y

derecho internacional, los Estados incorporarán o aplicarán de otro modo dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal sobre las violaciones de los derechos humanos que constituyen crímenes”, tal redação não permite que se entenda qual seja a extensão dada ao sentido da expressão jurisdicção universal, isto é, se o direito interno estaria ou não vinculado, efetivamente, às exigências vindas do direito internacional em caso de graves violações de direitos humanos. Na versão revisada do tratado essa previsão deixou de existir e não há referência à justiça universal no art. 6º o qual tomou o lugar do artigo 10 do Draft 0.

Então, como salientado acima, esse conjunto de dúvidas nos conduz a tentar encontrar respostas na possibilidade de atuação extraterritorial da jurisdicção. Nada mais do que uma transformação necessária do mitológico conceito de fronteira, instituído juntamente com a conformação dos Estados-nação e de soberania. Ora, a inexorabilidade de tal discussão decorre da força dos fatos. Em outras palavras, se as relações globalizadas não conhecem fronteiras geográficas, tampouco essas são respeitadas por ocasião da prática de crimes transnacionais e de violação de direitos humanos, é urgente questionar a pertinência e persistência de conceitos de direito internacional e de direito interno, como o da autossuficiência estatal e o da intangibilidade dos assuntos internos, sobretudo quando o mote central seja a proteção dos direitos humanos em caso de “core” crimes.

Assim, na primeira parte abordaremos sobre algumas dificuldades para responsabilizar as empresas transnacionais por violação de direitos humanos. Na segundo, faremos um esboço não exaustivo sobre a justiça universal como um instrumento/caminho possível para melhorar os níveis de responsabilização das empresas.

PARTE 1

Algumas dificuldades para responsabilizar as empresas transnacionais por violação de direitos humanos: quem responde?

Embora as pessoas morais sejam, do ponto de vista do direito clássico,

su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9. HOMA. CENTRO DE DIREITO HUMANOS. Cadernos de Pesquisa, 06. Vol. 1. Juiz de Fora, 2018.

uma ficção jurídica, o certo é que possuem uma existência localizada em razão do lugar em que seus atos constitutivos são registrados. Essa, porém, é uma descrição que sabemos ser muito simples frente à *complexidade que esses atores* privados assumiram nas últimas décadas acompanhando o aumento da complexidade das relações humanas no mundo globalizado.

Assim, as empresas transnacionais, sobre as quais nos interessamos na presente análise, são aquelas que mesmo estando baseadas em um Estado, atuam sobre vários outros territórios. Tal expansão ocorre, por exemplo, sob a forma de grupos constituídos ou das chamadas “cadeias” de empresas. Ela visivelmente encontra fundamento na corrida neoliberal que reúne como aspirações máximas a obtenção do lucro e o assento nos melhores lugares na insana disputa concorrencial pelo domínio dos mercados e pela centralização de capital em nível global.

O problema crucial, do ponto de vista jurídico, é que a existência de grupo econômico ou de uma cadeia produtiva não pressupõe sua existência jurídica. Argumentos como o da ausência de uma “esfera de influência” ou o da independência das personalidades jurídicas dos integrantes do grupo ou cadeia têm sido reiterada e abusivamente utilizados pelas grandes corporações transnacionais para fugir da responsabilização por violação de direitos humanos, o quê tem produzido como consequência sérios entraves às vítimas para lograrem efetivo acesso à justiça.

Assim, quando o tema é o da responsabilidade das pessoas jurídicas por violação de direitos humanos, inevitavelmente vem à lume a questão da extraterritorialidade, ou seja, surge a questão até hoje ainda não satisfatória e plenamente respondida acerca de qual seja a justiça competente para atuar nas demandas contra as empresas transnacionais por violação de direitos humanos. Com efeito, tomando-se em conta a pluralidade das pessoas morais no mundo globalizado, é indepassável que a territorialidade das mesmas é muito mais fluída e estendida do que a dos Estados que é, como se sabe, tradicionalmente “espessa” e restrita às fronteiras geográficas bem delimitadas.

Os conflitos produzidos por tais atores privados, invariavelmente, se apresentados aos juízes nacionais, conterão elementos de estraneidade que “chamarão” o uso do instrumento da extraterritorialidade. Nesse sentido,

ora o caso apresentará como problema principal a questão do “quem” de um grupo de empresas deverá responder por atos danosos a terceiros (1.1) ora apresentará como questão nodal o reconhecimento ou não de uma “zona de influência” quando as violações de direitos humanos derivam de atos de empresas integrantes das cadeias produtivas (1.2.)

1.1. Desafio 1: o (não) curioso paradoxo de agrupar-se para dispersar-se

As empresas transnacionais assumiram um papel central nas trocas comerciais globais a partir dos anos 70 do século passado¹². Elas estão inseridas no grupo dos atores privados que detém um significativo poder de influência sobre a economia mundial e um impacto relevante sobre muitas economias nacionais. Com efeito, *não é desconhecido que, em muitos casos, frente à debilidade econômica e política de inúmeros Estados, tais corporações, em geral reunidas na forma de grupos de empresas, assumem um lugar estratégico e decisório marcante. Tal pujança determina as regulamentações e ajudas estatais não apenas francamente destinadas a favorecê-las quanto, também, coniventes e complacentes com suas condutas ilegais. Como é sabido, os componentes de tais grupos podem tomar a forma de filiais, sucursais, consorciadas, etc, as quais destinam-se a promover ou desenvolver um produto ou uma marca no mesmo país de origem da “empresa-mãe” ou em outro(s) país(es). Essa última, invariavelmente, exerce o controle e impõe práticas e políticas de gestão às empresas filiadas que devem empenhar-se em obter o máximo de vantagens junto aos governos dos países em que se estabelecem.*

Ao tratar do tema da responsabilidade empresarial e direitos humanos, Surya Deva¹³ diz ser necessário reorientar a teoria do direito societário, dada a sua fundamentalidade para a *promoção dos direitos humanos. De fato, se pretendemos humanizar a atuação das empresas, um bom caminho é que as mudanças aconteçam de dentro para fora. Primeiro, porque as*

12 Ver: SALDANHA, Jânia. Do direito soft ao direito hard em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). Estado e Constituição. O “fim” do Estado de Direito. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Branch, 2018, p. 208-231.

13 DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: momento de ir más allá del “presente”? In: GARAVITO, GARAVITO, César R. (Ed.). Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil., op. cit., p. 106.

empresas devem abandonar seu intento de construir uma imagem apenas vinculada à maximização dos lucros. Segundo, porque no campo da teoria jurídica e administrativa, o tema da responsabilidade limitada e da personalidade jurídica independente deve adequar-se ao tempo presente em que corporações compram ações de outras empresas, situação que inexistia quando aquela construção teórica surgiu. Assim, a atualização teórica é essencial para que nenhuma das duas situações acima referidas sejam utilizadas para afastar as responsabilidades das empresas por violação de direitos humanos.

Há várias dificuldades a serem enfrentadas. A primeira concerne à responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos e diz respeito à identificação do que seja um “grupo de empresas”. O fato é que o fenômeno do surgimento e expansão de grupos econômicos nada mais é do que a resposta às exigências do modelo econômico capitalista que prima pela lógica da desespecialização e da competitividade. O grupo, assim, é um instrumento de política empresarial destinado a promover e aumentar a capacidade concorrencial, a produtividade, a internacionalização das atividades e a dispersar os riscos.

Um bom conceito pode ser encontrado na obra de José Engrazia Antunes¹⁴ para quem o grupo de sociedades apresenta uma unidade de ação econômico-empresarial em que os seus integrantes estão submetidos a uma autoridade econômica central que age no interesse do todo. Além disso, um dos pontos fortes dos grupos de empresas é o de isolar os acionistas da responsabilidade por atos do conjunto de empresas que formam tais coletividades empresariais. Em geral, mesmo que reunidas em um grupo, cada empresa é autônoma para responder por seus atos. Logo, a empresa-mãe é juridicamente independente das filiais¹⁵, consideradas autônomas ou, pelo menos, esse é o reconhecimento que as empresas transnacionais buscam incessantemente no visível intuito de afastar suas responsabilidades civis, penais e administrativas por atos das filiais, sucursais, coligadas, etc.

Os grupos de empresas apresentam, então, uma curiosa *mélange*, ou

14 ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 22.

15 Sobre esse tema consultar: OUASSINI SAHLI. Meriem. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. Thèse, Paris, 2014. Disponível em : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01249559/document>

seja, uma sorte de dependência econômica e de independência jurídica das empresas-mãe. As empresas subordinadas devem responder a um mesmo poder de direção, o qual está fundado seja na detenção de uma participação financeira de controle, seja em um contrato que estabelece tal dependência, seja na força dos fatos.¹⁶ Nestes tempos de extrema competitividade os grupos desempenham uma performance estratégica e uma constituição estrutural afinada com a exigência dos mercados. A submissão a uma unidade diretiva indica a fragilização paulatina da ideia de independência dos integrantes do grupo. Porém, em boa parte dos sistemas normativos estatais e, inclusive, no plano da normatividade global, há ainda inúmeros desafios para definir, identificar precisamente, estabelecer limites e padrões de responsabilidades dessa unidade, o que deságua nos enormes e conhecidos problemas vinculados à extensão e profundidade das responsabilidades intra e extragrupo.

Há de ser reconhecido, assim, que tal pretensa ou existente independência jurídica mal acomoda-se à realidade do controle gestor e econômico imposto pela empresa-mãe. Obviamente, tal separação tem um objetivo preciso que é o de justamente facilitar a evasão da responsabilidade dessa última. Por isso, é assunto que tem ocupado a pauta de pesquisadores e de instituições internacionais. No âmbito da União Europeia, por exemplo, somente Alemanha, Portugal e Reino Unido possuem normas internas que enquadram a responsabilidade de empresas que fazem parte de grupos¹⁷.

No Brasil a Lei das Sociedades Anônimas estabelece a responsabilidade da empresa-mãe com base na presunção de controle exercido sobre as demais integrantes do grupo. A propósito disso, as autoridades antitruste do Brasil, como o Cade, bem como o sistema de justiça, representado pela atuação do Superior Tribunal de Justiça, desenvolveram uma hermenêutica que dificulta o intento das transnacionais de escapar da lei, uma vez que é permitido sejam citadas em ações judiciais as pessoas jurídicas estrangeiras através de seu estabelecimento no Brasil, independentemente da qualificação jurídica que se lhes atribua, seja filial, sucursal, subsidiária, etc. Nesse sentido, pode-se perceber que o sistema interno, ao menos no

16 OUASSINI SAHLI, Meriem. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, op. cit., p. 20.

17 Veja-se: Soudain, Tennessee. La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. Droit. Université de Strasbourg, 2018,

que diz respeito a esse tipo societário, supera, em muito, o tratamento da matéria em nível global.

Além dessa dificuldade, outra apresenta-se. Trata-se da autonomia da pessoa dos sócios ou acionistas em relação à pessoa jurídica de que fazem parte. No plano das ações das empresas transnacionais o ponto mais nevrálgico relaciona-se à dificuldade de impor responsabilidade quando uma sociedade é acionista de outra sociedade, nesta hipótese, da sociedade-mãe e que, ao fim e ao cabo, é quem deveria responder por atos danosos da acionista ou da empresa pertencente ao grupo e submissa à direção daquela. Por isso, do mesmo modo que, em muitas situações justificadas pelas circunstâncias fáticas, é possível responsabilizar a pessoa dos sócios por atos da pessoa jurídica usando-se, para isso, o mecanismo do levantamento do “véu social”, também tal utilização é possível para responsabilizar a empresa-mãe por atos de suas filiais, por exemplo. A existência da unidade corporativa e de uma direção centralizada implica o reconhecimento, mesmo que ainda minoritário ao nível da doutrina global, de responsabilidade da sociedade-mãe por atos das filiais que, a despeito de terem independência jurídica, são dela dependentes economicamente.

Se no âmbito interno, como é o caso do Brasil, há muito tempo a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a possibilidade de levantar o véu social das empresas relativizando assim, o dogma da separação entre a pessoa moral e a pessoa natural dos sócios, o caminho resta a ser construído no caso de demandas judiciais que colocam em causa a violação de direitos humanos praticados por empresas transnacionais que fazem parte de um grupo. Nesse compasso, encontrar uma solução mais inteligente ao verdadeiro imbróglio que hoje se apresenta, na mesma proporção em que as empresas negam suas responsabilidades, é não apenas urgente quanto medida que traria chances mais factíveis das vítimas de violações de direitos humanos obterem a reparação dos danos sofridos. Trata-se de abrir a hermenêutica dos tribunais para a realidade da atuação desses atores globais e de reconhecer que a formação de grupos, entre outros motivos, visa promover a dispersão e confusão quanto às eventuais responsabilidades por violação de direitos humanos. Desse modo, é indispensável que se leve a sério a atuação das empresas filiais - estabelecidas em Estados muitas vezes débeis, econômica, jurídica e politicamente - que violem direitos humanos,

a bem de constatar sua dependência administrativa e econômica da empresa-mãe por quem são, invariavelmente, controladas, dirigidas e para a qual, suas ações produtivas são fonte de ganhos financeiros não desprezíveis.

Com efeito, os resultados no plano internacional não são inteiramente auspiciosos. Veja-se que no processo DOE vs. Unocal,¹⁸ cujo objeto litigioso versava acerca de violações de direitos humanos ocorridas por ocasião da construção de um gasoduto empreendida por uma empresa filial da Unocal, em Myanmar, as *vítimas não lograram ter acesso à justiça desse Estado*. Elas alegaram que a relação de conivência entre a junta militar que governava o País na época dos fatos e a empresa filial, não apenas facilitou o quadro de violações de direitos quanto, também, impediu o acesso à justiça. Assim, por ser a Unocal uma empresa americana, apresentaram na justiça dos Estados Unidos a demanda indenizatória, na qual intentaram demonstrar que, a despeito das violações terem sido praticadas pela filial, poderiam elas ser perfeitamente imputadas à sociedade-mãe. A Corte Federal da Califórnia, ao decidir sobre o caso, afirmou que não poderia lançar mão da técnica do levantamento do véu social para reconhecer e imputar a Unocal a responsabilidade por violação de direitos humanos praticados pela filial face à ausência de prova da existência de unidade de interesse entre as distintas empresas.

É plausível pensar-se que tal tipo de demanda proliferará ainda mais nos anos que virão. Veja-se o caso da Ação civil pública¹⁹ movida pela União Federal contra empresas produtoras de tabaco no estado do Rio Grande do Sul, como Souza Cruz e Phillip Morris, responsáveis por 90% da produção nacional desse produto, em razão das 27 doenças que o consumo do tabaco provoca nos consumidores, sendo o câncer a mais recorrente dentre elas. Os custos que essas doenças causaram ao Sistema único de saúde do País, segundo a União Federal, chegam a bilhões de dólares e as empresas além de enviar para o exterior os lucros obtidos, faltam com o dever de informar os reflexos nocivos à saúde que o consumo do cigarro provoca. Logo, tal omissão é típica da conduta empresarial que, ignorando os riscos de sua atividade, deixa de adotar a devida diligência. Assim, não se pode negar que essa ausência implica em responsabilidade da empresa-mãe justamente

18 INTERNATIONAL CRIMES. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/992/Doe-I-et-al-v-UNOCAL-et-al/>

19 AGU. A demanda foi proposta perante a Justiça Federal do Rio Grande do Sul em 21 de maio de 2019. Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818

por não exigir das filiais a obrigação de instituição de planos de vigilância que sejam efetivos.

O Decreto 9571 de 2018 que instituiu as Diretrizes para empresas e direitos humanos é absolutamente acanhado quanto à obrigação da adoção da devida diligência por parte das empresas. Uma única menção é encontrada no artigo 9º, inciso VII, quando prevê a participação dos interessados – pessoas físicas e comunidades – no “processo de diligência”. Essa parcimônia legislativa confronta com os termos precisos do princípio 15 dos Princípios Diretores da ONU²⁰ cujo texto prevê devam as empresas adotar a *due diligence* em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos. Um exemplo importante que pode servir de emulação a países com legislações débeis ou inexistentes no tema da devida diligência é a lei francesa²¹ do ano de 2017.

Evidentemente que a omissão do Decreto brasileiro favorece a manutenção do *status quo* de desrespeito aos direitos humanos dos consumidores. Porém, mesmo à luz dessa falta talvez seja apressado ou errôneo afirmar que a timidez do Brasil em impor às empresas a obrigação da devida diligência decorra do caráter *soft* dos princípios da ONU.

Como refere César Garavito, *é possível combinar mecanismos legislativos policêntricos – como as leis soft law, os códigos de conduta das empresas, etc – com mecanismos centralizados – como os tratados ou leis internas obrigatórias – adotando-se, assim, uma perspectiva “ecossistêmica”*²² que, na prática, minimiza as diferenças entre a *soft law* e a *hard law*. Em verdade, percebe-se um ainda muito baixo nível de consciência das empresas para incorporar as normas de direitos humanos em seus processos decisórios e que as vejam muito mais como questões de princípio do que exigências econômico-políticas. Por isso, as empresas filiais, subsidiárias, coligadas

20 A versão em português pode ser encontrada em: CONECTAS. Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf

21 LEGIFRANCE. Lei n° 2017-399. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>

22 GARAVITO, César. Empresas y derechos humanos. Um marco conceptual y um mapa de estratégias regulatórias. In: GARAVITO, César R. (Ed.). Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil., op. cit., p. 66.

ou o seu equivalente quando não responderem pelas violações de direitos humanos que cometem, devem saber que a responsabilidade deve ser extensiva às empresas-mãe.

À luz do direito societário, concebido para as empresas de caráter nacional, pode-se perceber o quanto ele encontra-se em descompasso intertemporal em relação aos modelos globalizados de investimentos que determinam o mercado e a economia do nosso tempo. Ao desenho dos entes morais constituídos em “várias camadas”, organizados em rede e que ultrapassam de maneira acachapante as fronteiras nacionais, um contra-desenho deve ser apresentado, cujos traços devem conformar novos marcos normativos internacionais que acompanhem a geometria da rede e, assim, imponham efetivas responsabilidades.

1.2. Desafio 2: A (ir) responsabilidade da empresa-mãe, o uso da “cadeia de produção” e a negação da “zona de influência”

O ritmo de produção das mercadorias acompanha aquele do consumo da sociedade de massa. Em espaços de tempo cada vez mais reduzidos os produtos são disponibilizados ao comércio, desde os utensílios mais básicos do dia-a-dia aos sofisticados produtos do mundo das tecnologias de informação e comunicação e aos automóveis movidos à energia “limpa”.

Para satisfazer tais necessidades do mundo do consumo, as cadeias de produção²³, enquanto estruturas econômicas que ligam o produtor primário, os fabricantes, os distribuidores de produtos e de serviços, em escala local e global, evoluíram de maneira descentralizada e grandemente facilitada pelas tecnologias de informação e comunicação.

Na mesma proporção em que houve a expansão da concorrência entre as empresas pelo domínio do mercado de produtos e serviços, as cadeias de produção complexificaram-se e transnacionalizaram-se. A existência das mesmas é a prova cabal de que os produtos vendidos, sejam quais forem, necessitam de outros produtos e de serviços com origem estrangeira.

23 Também denominada cadeia de valor. O fenômeno expressa a fragmentação dos processos de produção de bens e serviços no mundo globalizado. Embora seja mais amplo o significado da expressão “cadeias de valor”, usaremos “cadeias de produção” ou “cadeias produtivas” por ser mais compreensível ao leitor. Consulte-se: HOMA. Centro de Direitos Humanos e Empresas. Cadeias de valor e os impactos na responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, vol. 1, n. 5, 2018. Disponível em: <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>

Na medida em que as empresas não fabricam todos os componentes dos produtos que oferecem ao mercado de consumo elas dependem, cada vez mais, das cadeias produtivas compostas por outras empresas, as quais dispõem de infra-estrutura e expertise para a produção de produtos e serviços ao redor do mundo. No entanto, se a existência dessas empresas que compõem as plurais cadeias produtivas incrementa a produção, satisfaz o mercado de consumo, gera empregos e riquezas, sendo responsáveis por mais de 80% das exportações mundiais²⁴, também produz riscos e danos, seja em termos da sua sustentabilidade econômica, ambiental, seja quanto ao *nível negativo dos* padrões protetivos dos direitos humanos.

Por outro lado, a estrutura do comércio globalizado, protagonizado em muitos domínios por grandes empresas transnacionais, indica que a dependência econômica e administrativa das empresas componentes das cadeias produtivas em relação às empresas transnacionais é fato comum. Os incontáveis episódios de violação de direitos humanos nas cadeias de produção fizeram emergir o debate sobre se a responsabilidade por tais violações pode ser imposta às grandes empresas que se beneficiam do trabalho e dos produtos fornecidos pelas cadeias produtivas.

Percebe-se uma enorme dificuldade, no plano prático, de impor responsabilidade às grandes empresas que se beneficiam enormemente dos produtos fornecidos pelas cadeias de produção quando essas violam os direitos humanos. Desde o ponto de vista dos direitos trabalhistas, por exemplo, não é nenhuma novidade que os Estados flexibilizam as exigências das empresas que se estabelecem em seus territórios, quanto também não é o fato de que esses atores privados dos mais diversos ramos praticam inúmeras violações que afetam os indivíduos em sua dignidade, o que contraria indubitavelmente as orientações da Organização Internacional do Trabalho acerca do trabalho decente. Lembre-se do exemplo da empresa Zara²⁵, condenada pela justiça brasileira em 2017, pela prática de trabalho análogo à escravidão praticado nas oficinas contratadas por seus fornecedores. Esse é apenas um dos exemplos de violação de direitos humanos. Nesse sentido, as empresas transnacionais que utilizam dos produtos e serviços das

24 Op. cit. p. 5

25 BRASIL ECONÔMICO. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2017-11-14/zara-trabalho-escravo.html>

cadeias de produção, beneficiam-se das débeis normatizações trabalhistas em muitos países que não protegem os trabalhadores dos baixos salários praticados e tampouco de regimes de trabalho análogo à escravidão ou até mesmo a ela equivalentes.

As regulações sociais tímidas ou inexistentes e a produção de bens a baixo custo favorecem um alto passivo ambiental, social e humano em nível local. Grupos específicos como o das mulheres, das crianças, dos migrantes e dos velhos são os mais vulnerabilizados pelas condições de trabalho perigosas, insalubres, numa visível composição múltipla de violação de importantes textos internacionais, como os relativos às normas internacionais do trabalho e os textos gerais e especiais protetivos dos direitos humanos.

Em muitos casos a vulnerabilidade é de dupla face e, por isso, a produção das violações dos direitos humanos é ainda mais perversa. No exemplo acima citado, as empresas pertencentes à cadeia de fornecedores da Zara não apenas violaram os direitos trabalhistas mas, mais do que isso, aproveitaram-se da extrema debilidade social dos imigrantes bolivianos, os quais compunham a grande maioria dos empregados do setor. Esse é apenas um dos casos que confirma dados fornecidos pela OIT²⁶ que apontam serem os migrantes irregulares as vítimas mais vulneráveis justamente porque, tal condição de fragilidade legal encoraja as empresas à prática de extorsões, abusos físicos e sexuais.

De maneira similar e talvez ainda mais perversa, a flagrante e grave violação de direitos humanos de jovens entre 7 e 18 anos usados como mão de obra escrava na indústria extrativa de metais raros na República Democrática do Congo é outra evidência da relação conivente entre empresas da cadeia de produção, Estados e empresas transnacionais do setor do extrativismo mineral e do setor da tecnologia de informação e comunicação²⁷.

Em todos esses casos acima as transnacionais negam ter responsabilidades por atos das empresas pertencentes à cadeia de produção. As reiteradas e similares violações de direitos humanos ao redor do mundo encontram na assimetria protetiva desses direitos entre distintos países

26 ILO. Disponível em : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf, p. 30.

27 AMNESTY INTERNATIONAL. Como Apple e Samsung. Veja-se relatório da Anistia Internacional do ano de 2016. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/01/Child-labour-behind-smart-phone-and-electric-car-batteries/>

uma das suas fortes razões, fator esse que viabiliza e seduz a ação ilegal das empresas. Além disso, a natureza dos contratos estabelecidos entre as empresas da cadeia produtiva e as transnacionais impedem a aplicação da responsabilidade extraterritorial e, com isso, perpetuam o rastro de impunidade dos integrantes das cadeias de produção.

Segundo a OIT²⁸ cerca de 40 milhões de pessoas são vítimas de formas modernas de escravidão, dentre elas 25 milhões são submetidas a trabalhos forçados e dessas, uma em cada cinco vítimas são crianças. As cadeias produtivas são pródigas em produzir tais violações contando com o beneplácito estatal. Recorde-se que no caso da tragédia de Rana Plaza, em Bangladesh, as deploráveis condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores, somadas às péssimas condições das estruturas do local de trabalho, resultaram na morte de aproximadamente 1.100 trabalhadores com a queda de 8 andares do edifício em que estavam concentradas as fábricas de roupas.

As grandes corporações também invocam a inexistência de uma “zona de influência” para afastar sua responsabilidade por atos dos atores componentes das cadeias produtivas. Essa é de modo recorrente uma matéria probatória desafiadora para as vítimas das violações, sempre a parte hipossuficiente. Mesmo a citada lei francesa da devida diligência é omissa quanto à inversão do ônus da prova, técnica processual que contribuiria enormemente para a efetivação da responsabilização das empresas e retiraria o ônus das vítimas, já suficientemente fragilizadas. Logo, os vazios na normatividade nacional e internacional na matéria, facilitam a chamada “arquitetura da impunidade”²⁹ e estimulam a irresponsabilidade das empresas-mãe.

Todos esses fatores acima descritos provocam acentuadas dificuldades ou, até mesmo, impossibilidades para as vítimas terem efetivo acesso às *justiças nacionais*. Por isso, recorrer à justiça universal pode constituir-se em outro grande desafio, possível de ser fundado sob bases teóricas

28 ILO. Disponível em : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf, p. 4.

29 ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. Um tribunal internacional para assegurar justiça às comunidades. In: América Latina em movimento. Transnacionais e direitos humanos. Mútua/Senge: Rio de Janeiro, 2016, p. 15. Disponível em: https://www.alainet.org/sites/default/files/alai520_janeiro_web.pdf

defensáveis, porém difícil de ser implementado na prática. Contudo, dificuldade não é sinônimo de impossibilidade. É o que segue.

PARTE 2

Justiça universal: ultrapassando fronteiras, construindo pontes

2.1. O estado da questão segundo a ONU: Já há alguns anos a ONU vem registrando as manifestações de países e de observadores interessados sobre o estado da questão da justiça universal.

Por meio da Resolução 71/149 de 13 de dezembro de 2016³⁰, a Assembléia Geral da ONU determinou ao Secretário Geral de estabelecer um relatório sobre as condições de aplicação do princípio da competência universal a partir de informações dos Estados-membros e de observadores interessados, especialmente quanto aos tratados internacionais aplicáveis sobre a matéria, ao direito interno e à jurisprudência dos tribunais.

Responderam apenas Alemanha, Austrália, Áustria, El Salvador, Finlândia, Senegal, Togo e Ucrânia. Os observadores que responderam à consulta foram o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o Conselho da Europa e o Programa da ONU para o meio ambiente.

2.1.1. Os quadros jurídicos internos

Desde logo devemos afirmar que as respostas apresentadas³¹ apenas por 8 países de um conjunto de 193 que fazem parte da ONU evidentemente não expressam a realidade atual sobre as condições de existência da justiça universal.

A Austrália informou que transpôs ao seu direito interno o princípio da competência universal para três grupos de infrações: a) genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura; b) infrações relativas à escravidão e; c) atos de pirataria e outros atos de violência no mar. A Áustria limitou-se a reportar-se ao seu Código Penal para demonstrar sua adesão ao princípio da competência universal. El Salvador reconheceu ser

30 ONU. ASSEMBLEIA GERAL. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/71/149>

31 Três da Europa central, um da Europa do leste, um da América Latina, dois da África e um da Oceania.

a jurisdição universal essencial à primazia do direito especialmente para impedir os crimes internacionais graves como genocídio, tortura e crimes de guerra. A Finlândia informou que o Código Penal do País foi modificado na parte relativa às infrações penais internacionais com respeito à adoção do crime de falsa moeda e de contrafação. A Alemanha informou que segundo seu Código de crimes de direito internacional o princípio da competência universal é aplicável apenas aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, aos crimes de guerra.³² *A lei do Senegal não limita o exercício da jurisdição universal ao genocídio, aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra. Ela o permite a outros crimes, como os atentados à segurança do Estado, a contrafação do selo e da moeda nacional, atos de terrorismo, atentados, complôs e outras infrações contra a autoridade do Estado, a integridade do território nacional, atos de tortura, entre outros.* Em matéria de competência universal o Senegal dispõe de inúmeros instrumentos que podem dar lugar a processos perante a justiça senegalesa. O Código Penal do Togo de 2015 estabelece que a jurisdição desse País pode atuar para infrações tais quais genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o crime de *apartheid*. A Ucrânia informou sobre o projeto de lei que modifica os códigos penal e de processo penal para instituir a responsabilidade penal por crimes contra a humanidade de acordo com o Estatuto de Roma.

2.1.2. A posição dos observadores internacionais

Conselho da Europa

Comitê Internacional da Cruz Vermelha

Programa da ONU para o meio ambiente

O exercício da chamada jurisdição universal, invocado como uma alternativa possível à omissão ou inefetividade das jurisdições estatais, seja para responsabilizar empresas transnacionais por violação de direitos humanos, seja para reparar os danos diretos e indiretos sofridos pelas vítimas, pode ser explicado a partir do conhecido “Caso Kiobel”. Graves violações de direitos humanos foram praticadas nos anos 90 por uma empresa filial de duas empresas petrolíferas, a britânica Shell e a holandesa Royal Deutch

32 Com relação ao crime de agressão a jurisdição alemã somente se aplica se a infração tiver relação direta com a Alemanha.

Petroleum Co, na região de Ogoniland, delta do rio Niger, na Nigéria. Tais violações deram origem a uma ação de responsabilidade civil proposta por refugiados nigerianos nos Estados Unidos. A empresa filial foi acusada de ter demandado ajuda ao governo da Nigéria para reprimir atos de protesto da população local contra os efeitos negativos ao meio ambiente derivados da exploração petrolífera, quanto contra atos de violação de direitos humanos praticados na forma de assassinatos, sequestros, estupro, entre outros, sem que a justiça nigeriana tivesse dado resposta para que as vítimas fossem reparadas pelos danos sofridos.

A ação contra as duas empresas perante a jurisdição americana, portanto, em país diferente daquele onde os fatos ocorreram, foi proposta com base no *Alien Tort Claims Act* – *ACTA* –, também conhecido por *Alien Tort Statute* originário do *Judiciary Act* de 1789, cuja previsão é a de que as jurisdições federais americanas são competentes para “conhecer de toda a ação de responsabilidade civil proposta por um estrangeiro, sob o argumento de violação do “direito das gentes” ou de um tratado firmado pelos Estados Unidos. A jurisdição de primeira instância reconheceu sua competência para o caso. Porém, a Corte de Apelação entendeu por rejeitá-la sob a alegação de que, em substância, o “direito das gentes” no sentido dado pelo *ACTA*, não pode ser aplicado para responsabilizar civilmente entes morais. Por isso, o *Alien Tort Statute* não poderia ser aplicado para justificar a atuação extraterritorial” da jurisdição americana. Esta decisão foi confirmada à *unanimidade* pela Corte Suprema dos Estados Unidos em 2013 embora seus juízes tenham divergido quanto aos fundamentos para rejeitá-la. Um grupo não reconhecendo a extraterritorialidade na matéria e outro para reconhecê-la como possível, mas negando a ação por falta de “vínculo” com os Estados Unidos ou seja, porque as vítimas eram estrangeiras, os autores dos fatos eram estrangeiros e os fatos ocorreram no estrangeiro³³.

A decisão da Corte Suprema inverteu uma jurisprudência consolidada naquele País por décadas e que era constantemente contrariada por inúmeros países estrangeiros. Tal jurisprudência reconhecia que as jurisdições federais dos Estados Unidos tinham competência extraterritorial para julgar atos cometidos no estrangeiro contra vítimas estrangeiras quando tivesse

33 SCOTUSBLOG. SUPREM COURT. Disponível em: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/kiobel-v-royal-dutch-petroleum/>

ocorrido violação do direito das gentes. A decisão da mais alta Corte dos Estados Unidos fragilizou enormemente o uso do mecanismo do *fórum shopping* às avessas, ou seja, a escolha da atuação extraterritorial da jurisdição americana tinha por justificativa central a proteção dos direitos humanos.

Um dos casos paradigmáticos da jurisprudência em favor da extraterritorialidade da jurisdição americana foi o caso *Filártiga vs. Peña Irala*³⁴. Tratava-se de demanda proposta na jurisdição americana pelos familiares de Joelito Filártiga contra Américo Peña Irala, Inspetor Geral de Polícia durante a ditadura Strossner no Paraguai e autor de atos de tortura e da morte de Joelito. A justiça estadunidense reconheceu ser competente extraterritorialmente quando estrangeiros, mesmo em outro país, são vítimas de tortura, na medida em que a proteção contra tal crime faz parte do direito internacional costumeiro de alta categoria.

Se, de um lado, podemos considerar que a figura da jurisdição universal teve origem com o *Alien Tort Claims Act*, no século XVIII, por outro, podemos reconhecer na crescente internacionalização dos direitos humanos que se produziu a partir do final da segunda guerra mundial, a razão maior para que o *ACTA* tivesse sido retirado do estado de latência em que se encontrava. As correntes contemporâneas do cosmopolitismo jurídico³⁵ defendem o uso da jurisdição universal, representada pela atuação extraterritorial das jurisdições nacionais, com base no princípio da proteção da humanidade e do combate à impunidade.

Entretanto, se devemos reconhecer que corremos o risco da aplicação hegemônica das jurisdições de estados considerados “fortes”, a razão da existência da jurisdição universal, naquilo que expressa e comporta de deslocalização e de desterritorialização, é a de dar a maior proteção às vítimas, indivíduos e grupos vulneráveis, de violação graves de direitos humanos perpetradas pelos Estados e pelos entes privados morais, como as empresas transnacionais.

Embora as dificuldades conhecidas para implementar a justiça universal, sendo as duas maiores delas o princípio da soberania e da não intervenção

34 CCRJUSTICE. Disponível em: <https://ccrjustice.org/sites/default/files/attach/2017/09/Filartiga%20v.%20Peña-Irala%20-%20Decision%20of%2030%20June%201980.pdf>

35 SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Cosmopolitismo jurídico. Teorias e práticas de um direito emergente entre globalização e mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

nos assuntos “internos” dos Estados, há um processo de mundialização da justiça³⁶ em curso, realidade essa que propicia a abertura dos sistemas judiciais nacionais aos dilemas e problemas que são comuns à humanidade. Ora, na medida em que a doutrina de base humanista e humanitária nos mostra que inexoravelmente partilhamos um destino comum, do mesmo modo não podemos escapar do inevitável sucumbimento aos riscos comuns.

Às dificuldades poderosas para que efetivamente possam as jurisdições nacionais exercer a extraterritorialidade em caso de graves violações de direitos humanos produzidas por empresas, soma-se outra de natureza teórico-prática, ou seja, há um sentimento de incerteza e de transição relativamente aos direitos humanos e ao futuro dos mesmos³⁷. Embora existam marcos normativos nacionais e internacionais que os protegem, em muitos campos, como no das responsabilidade empresarial, muito há a ser construído. A insuficiência dos Princípios de John Ruggie e o processo ainda inacabado de confecção do tratado internacional para empresas e direitos humanos, demonstram a persistente debilidade normativa frente ao poder das grandes corporações. Baldados tais desafios, frutificam posições encorajadoras para o exercício da jurisdição universal. Nesse sentido, Hervé Ascensio³⁸ destaca ser a extraterritorialidade um importante instrumento a ser utilizado para fazer valer os direitos humanos, sobretudo com respeito às ações das empresas transnacionais. Um caminho possível e que conformaria o ecossistema normativo defendido por Garavito³⁹, seria a elaboração de um instrumento internacional nesse domínio ou que, ao menos, à míngua de previsão de um tribunal internacional o tratado referido pudesse contemplar tal possibilidade.

36 SALDANHA, Jânia. VIEIRA, Lucas Pacheco. Dialogos interjurisdicionais. Porruá: México, 2016.

37 MOYN, Samuel. O futuro dos direitos humanos. *Conectas*, vol. 11, nº 20, jun-dez, 2014. São Paulo, 2014, p. 61-69.

38 ASCENSIO, Hervé. L'Extraterritorialité comme instrument. Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises. Disponível em : https://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H._ASCENSIO/Extraterritorialite_droits_de_l_homme_et_entreprises.pdf

39 GARAVITO, César Rodriguez. El futuro del campo de las empresas y los derechos humanos: una visión ecosistémica. In: GARAVITO, César Rodriguez (Ed.). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, op. cit. p. 283-287.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato relevante para pensarmos o problema da responsabilização das empresas transnacionais por violação de direitos humanos pela via do exercício da justiça universal é justamente o de que a “feição” universal da jurisdição inverte definitivamente a lógica da sua vinculação moderna ao território.

Além disso, ao dar lugar às demandas por representação das vítimas, a justiça universal rompe com a teoria consolidada de que a vítima é a única legitimada ao processo. E, caso supere-se a tese da independência da personalidade jurídica das empresas-mães com relação às filiais, sucursais e coligadas, avançaremos enormemente no tema da responsabilidade das empresas transnacionais por violação de direitos humanos. O acolhimento da tese da unidade econômica e da tese da gestão centralizada, bem como a superação das alegações de inexistência de “esfera de influência” nas atividades das cadeias produtivas para responsabilizar aquelas que mais proveito financeiro tiram dessas estruturas econômico-produtivas globais, seriam importantes avanços para debelar as debilidades do universalismo.

Devemos, assim, levar a sério o que fundamenta o exercício da jurisdição universal, isto é, a aplicação do princípio de humanidade, o reconhecimento de violação do *jus cogens* quando houver graves violações de direitos humanos e a justiça do Estado onde os fatos ocorreram é inexistente ou absolutamente impotente, por razões estruturais, econômicas e políticas, para processar, julgar e impor responsabilidades aos agentes violadores. Para isso, há que ser ultrapassada a versão moderna de atuação da jurisdição que a limita a atuar vinculada ao Estado nacional.

A transnacionalidade dos riscos e dos danos e a transtemporalidade do destino comum são a dupla face do fenômeno da internacionalização do direito que permite seja a atuação da jurisdição universal um caminho possível para passarmos da “arquitetura da impunidade” ao paradigma da responsabilidade das empresas transnacionais. A inspiração pode derivar das sábias palavras de Mireille Delmas-Marty⁴⁰ de que devemos ultrapassar as gastas dicotomias entre o universalismo e o soberanismo. Para isso é

40 DELMAS-MARTY, Mireille. Introdução ao capítulo Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l'échelle mondiale. In : SUPLOT, Alain. DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. Paris : Puf, 2015, p. 334.

preciso aproveitar-nos da noção de hibridismo que consiste em dar operacionalidade ao princípio da responsabilidade comum e partilhada. De fato, as responsabilidades comuns impostas aos atores da cena internacional por violação de direitos humanos, como é o caso das empresas transnacionais e dos Estados, justificam a partilha extraterritorial da jurisdição sob a forma de uma justiça universal.

BIBLIOGRAFIA

AGU. Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/756818

AMNESTY INTERNATIONAL. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/01/Child-labour-behind-smart-phone-and-electric-car-batteries/>

ANTUNES, José Engrácia. *Os Grupos de Sociedades*. 2a ed. Coimbra: Almedina, 2002

ASCENSIO, Hervé. *L'Extraterritorialité comme instrument. Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises*. Disponível em : https://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/H_ASCENSIO/Extraterritorialite_droits_de_l_homme_et_entreprises.pdf

BRASIL ECONÔMICO. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2017-11-14/zara-trabalho-escravo.html>

CCRJUSTICE. Disponível em: <https://ccrjustice.org/sites/default/files/attach/2017/09/Filartiga%20v.%20Pena-Irala%20-%20Decision%20of%2030%20June%201980.pdf>

CONNECTAS. *Empresas e Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf

DEVA, Surya. *Empresas y derechos humanos: momento de ir más allá del “presente”?* In: GARAVITO, GARAVITO, César Rodríguez. *El futuro del campo de las empresas y los derechos humanos: una visión ecosistémica*. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed.). *Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018

- GARAVITO, César. *Empresas y derechos humanos. Um marco conceptual y um mapa de estratégias regulatórias*. In: GARAVITO, César R. (Ed.). *Empresas y derechos humanos em el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, ente las regulaciones internacionales y la acción de la sociedade civil*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018
- GUAMÁN, Adoración. *El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9*. HOMA. CENTRO DE DIREITO HUMANOS. Cadernos de Pesquisa, 06. Vol. 1. Juiz de Fora, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/index.php/2018/09/27/homa-publica-artigo-da-profa-adoracion-guaman-contendo-analise-do-draft-zero-apresentado-pelo-equador-para-a-4a-sessao-de-negociacao-de-um-tratado-internacional-sobre-direitos-humanos-e-empresas/>
- HOMA. Centro de Direitos Humanos e Empresas. *Cadeias de valor e os impactos na responsabilidade das empresas por violações de direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa, vol. 1, n. 5, 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Cadeias-de-Valor.pdf>
- HOMA. *Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e direitos humanos*. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2019/01/An%C3%A1lise-do-Decreto-9571-2018.pdf>
- ILO. Disponível em : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf
- INTERNATIONAL CRIMES. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/992/Doe-I-et-al-v-UNOCAL-et-al/>
- LEGIFRANCE. *Lei n° 2017-399*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>
- MOYN, Samuel. *O futuro dos direitos humanos*. Conectas, vol. 11, n° 20, jun-dez, 2014. São Paulo, 2014
- MPF. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>
- MPF. *Nota Técnica*. Disponível em: Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>
- OHCHR. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf
- OHCHR. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

- OUASSINI SAHLI, Meriem. *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*. Thèse, Paris, 2014. Disponível em: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01249559/document>
- PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm
- SALDANHA, Jânia. *Do direito soft ao direito hard em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação de direitos humanos*. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). Estado e Constituição. O “fim” do Estado de Direito. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Branch, 2018
- SALDANHA, Jânia. VIEIRA, Lucas Pacheco. *Dialogos interjurisdicionais*. Porruá: México, 2016
- SCOTUSBLOG. SUPREM COURT USA. Disponível em: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/kiobel-v-royal-dutch-petroleum/>
- SOUDAIN, Tennessee. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*. Droit. Université de Strasbourg, 2018
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Introdução ao capítulo Jalons pour une reconnaissance du principe de responsabilité à l'échelle mondiale*. In : SUPIOT, Alain. DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). Prendre la responsabilité au sérieux. Paris : Puf, 2015.
- ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. *Um tribunal internacional para assegurar justiça às comunidades*. In: América Latina em movimento. Transnacionais e direitos humanos. Mútua/Senge: Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.alainet.org/sites/default/files/alai520_janeiro_web.pdf

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO CONTEMPORÂNEO EM FACE DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: TENDÊNCIAS DE *COMPLIANCE* EMPRESARIAL¹

Antonio Sestito Neto
Clara Coelho Mangolin
José Antonio S. Pontes
Mariana Bernardi Esteves²

INTRODUÇÃO

A responsabilização de empresas por violação a Direitos Humanos não é algo novo. Conceitualmente, trata-se de uma sub-área da responsabilidade civil das pessoas jurídicas em geral e tem também pontos de contato com as primeiras manifestações históricas de responsabilidade penal da empresa no início do século XX, conforme revela o direito comparado.³

As origens do tema, porém, são mais antigas. De acordo com Beth Stephens, os primeiros relatos sobre violações a direitos humanos praticados por empresas datam do século XVII, momento em que as grandes empresas britânicas e holandesas detinham poderes transfronteiriços para destituir governos na Ásia, África e América e ali explorar os recursos humanos e naturais disponíveis. A autora relata que “as primeiras empresas multinacionais de estilo corporativo, as empresas britânicas e holandesas das

1 O presente artigo é fruto coletivo de grupo de pesquisa e foi efetivamente pesquisado e escrito por quatro pessoas, sendo três pesquisadores sob orientação e com substancial escrita do professor doutor responsável, atendendo aos padrões de ética científica CNPQ (<http://cnpq.br/diretrizes>), especialmente itens 17 a 20, assim como respeitando o guia de boas práticas científicas da FAPESP (<http://www.fapesp.br/boaspraticas/>).

2 Antonio Sestito Neto e Clara Coelho Mangolin são alunos do curso de direito da FACAMP e pesquisadores de iniciação científica e do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (*Compliance*) do programa de pós-graduação em direito da FACAMP; Mariana Bernardi Esteves é bacharel em direito pela FACAMP, advogada, especialista em direito empresarial pela FGV e pesquisadora do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (*Compliance*) já referido; José Antonio S. Pontes é mestre e doutor em direito (USP), docente da FACAMP responsável pela condução do presente texto, coordenador do Grupo de Pesquisas Interfaces Jurídicas do Regime de Conformidade (*Compliance*): <http://bit.ly/GPI-Compliance>

3 PIETH, Mark; IVORY, Radha (Ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. New York : Springer, 2011.

Índias Orientais, abusaram de seus poderes extraordinários na Ásia, na África e nas Américas para minar os governos locais e explorar os recursos humanos e naturais”.⁴

Com a revelação dos desastres do holocausto, do genocídio e outros registros de tragédia humanitária, apenas no período pós-segunda guerra se desenvolveu um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, levando gradualmente ao surgimento de documentos com a intenção de responsabilizar empresas nessa área. Nesse sentido, conforme Patricia Feeney, foi nos anos 70 e 80 do século passado que os documentos e movimentos contra violações a direitos humanos praticadas por empresas multinacionais surgiram com clareza. Para a autora, esses documentos, para além de trazerem um simples reconhecimento do problema, foram, em essência, resultado de protestos realizados por ativistas da sociedade civil que lutavam pela afirmação dos direitos humanos e sua necessária proteção contra ações de corporações multinacionais, especialmente nos países em desenvolvimento, levando o assunto à pauta da ONU no mesmo período.⁵

As medidas jurídicas de controle e combate a reiteradas violações de direitos humanos, no âmbito de uma teoria geral do direito contemporânea, encontram-se materializadas em tratados e convenções de direito internacional público. A primeira questão importante é perceber como esses documentos vinculantes apenas para estados nacionais (por isso chamados *hard law*) poderiam também ser fontes de uma possível responsabilização das pessoas jurídicas privadas por semelhantes violações de direitos humanos na atividade empresarial. Daí que a comunidade jurídica internacional de organismos governamentais e não-governamentais, ao notar que empresas não se sujeitam formalmente aos tratados e convenções internacionais no tema, passou a estimular regimes jurídicos protetivos de direitos humanos

4 STEPHENS, Beth. The Amoralidade of Profit: Transnational Corporations and Human Rights. Berkeley Journal of International Law, 2002, v.20. Issue 1. p. 49 (tradução livre).

5 FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. São Paulo: Sur: SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 de abril de 2019. Diz a autora que é “em resposta à conscientização crescente do público em geral sobre o envolvimento das empresas em violações de direitos humanos, na década de 70, [que] as Nações Unidas passaram a ocupar naturalmente o papel central na formulação de medidas para consolidar a responsabilidade de agentes econômicos”. (p. 176)

para corporações transnacionais, especialmente porque estas muitas vezes têm poder econômico maior que muitas nações.⁶

Essas são as bases para compreender a atual importância dos termos *corporate social responsibility* / responsabilidade social da empresa (CSR/RSE) e *compliance risk management* / gestão de risco e conformidade (CRM/GRC) como questão de vida ou morte para as empresas, termos que têm uma amplitude infinita, porém partem de uma noção internacional referida em inglês como “*triple bottom line*”, ou seja, os limites de uma tríplice linha demarcatória, isto é, toda atividade empresarial nacional ou internacional só será lícita se não ultrapassar as linhas de proteção ambiental-social-financeira. Os direitos humanos constituem mais uma linha de análise, perpassando todas essas áreas transdisciplinarmente.

NORMAS DE BASE DO SISTEMA INTERNACIONAL PÚBLICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Apenas para deixar evidentes as relações propostas entre direitos humanos e empresas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH/ONU (1948) e a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (1948) foram os primeiros documentos vinculantes a revelar formalmente os pontos de contato entre os direitos humanos e as atividades empresariais em âmbito de direito internacional público, formando portanto a principal referência de *hard law* no tema. Por exemplo, o artigo 4º da DUDH trata de direitos muitas vezes violados historicamente pelas corporações nas relações de exploração da atividade econômica e da necessária mão-de-obra:

Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos.⁷

6 A receita anual de algumas corporações multinacionais as coloca com poder igual ou maior que muitos Estados. Dados de 2006 indicam uma receita anual do grupo Wal-Mart (US\$ 485 bilhões) à frente de Espanha (US\$ 461 bilhões), Austrália (US\$ 420 bilhões), Holanda (US\$ 340 bilhões) e Brasil (US\$ 311 bilhões). Na lista aparecem outros grupos como State Grid, PetroChina, Sinopec, Shell, Volkswagen, Toyota, por exemplo, à frente de países como Bélgica, México, Suíça e Rússia. FREUDENBERG, Nicholas. The 100 Largest Governments and Corporations by Revenue in 2016. Corporations and Health Watch. 2017. disponível em: <http://www.corporationsandhealth.org/2017/10/09/the-100-largest-governments-and-corporations-by-revenue-in-2016/>. Acesso em 28/05/2019.

7 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Acesso em 24/05/2019. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>

Outros direitos são foco de tensões na relação entre empresas e indivíduos e regem relações bastante atuais nas atividades de empresas privadas, inclusive em assuntos mais específicos como o controle da vida pessoal de empregados dentro e fora da empresa ou o recentíssimo tema da proteção de dados na era da *internet*. Como fonte primeira da proteção desses valores, a DUDH tratou a questão da intimidade e da privacidade também na relação entre indivíduo empresa, como atesta seu artigo 12:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.⁸

Recentes debates sobre o uso de redes sociais e *big data* para induzir comportamentos em eleições e a questão da lisura dos financiamentos de campanhas são temas relativos à corrupção e a outros malfeitos potencialmente praticados com a participação dolosa ou culposa de grandes corporações. Esse é um tema que também toca direitos humanos fundados pela DUDH, como prevê seu artigo 21.3 sobre o direito a “eleições honestas”:

A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

A Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA, outro documento primitivo no tema de direitos humanos (também de 1948), chega bem perto de antecipar o tema da proteção de direitos humanos pelos Estados “em harmonia com o setor privado”, tocando temas que atualmente figuram claramente entre os alvos de metas e guias de atuação empresarial no tema de direitos humanos. Diz seu artigo 45, letras “a” e “e”:

a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica; (...)

8 Idem, *ibidem*.

e) O funcionamento dos sistemas de administração pública, bancário e de crédito, de empresa, e de distribuição e vendas, de forma que, em harmonia com o setor privado, atendam às necessidades e interesses da comunidade;⁹

Essas fontes clássicas do direito internacional, como se sabe, são vinculantes apenas para as nações e invariavelmente se tornam direito interno em cada uma delas. Porém, nos setenta anos que se passaram desde a fundação da ONU, não houve o mesmo grau de compromisso político-jurídico na criação de obrigações específicas para empresas na proteção dos direitos humanos. Essas obrigações surgiram gradualmente de outra maneira mais espontânea e menos vinculante, na forma que se convencionou chamar de *soft law*.

NORMAS DO SISTEMA INTERNACIONAL “SOFT” DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

As normas de *hard law* nada mais são do que as constituições, leis e todas as formas de contratos e instrumentos jurídicos tradicionais, ou seja, atos jurídicos que envolvem a força policial dos estados-nações e, além disso, também os tratados e convenções internacionais vinculantes. Porém isso não é tudo em matéria de regras jurídicas geralmente aceitas. Não se pretende aqui analisar a influência recíproca entre direito estatal, moralidade, costumes e religiões que aparece com clareza em casos de hermenêutica complexa e que leva a debates antigos e contemporâneos sobre o próprio conceito de direito. Porém é nesse debate que, nas últimas décadas e especialmente no ambiente de direito internacional público, a doutrina comparada tem destacado o termo *soft law* como uma nova realidade jurídica, geralmente indicando normas não vinculantes (*non binding law*), isto é, orientações, padrões de conduta ou normas técnicas, propostas de normas, acordos ou protocolos de intenções etc. cuja estrita observância por parte dos sujeitos envolvidos garante benefícios econômicos ou jurídicos relevantes.¹⁰

9 OEA. Carta da Organização dos Estados Americanos. Acesso em 24/05/2019. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm

10 CERONE, John. A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition. In: LAGOUTTE, Stéphanie; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; CERONE, John. *Tracing the roles of soft law in Human*

Na atividade empresarial, com especial atenção às corporações transnacionais, a presença de normatividade *soft* é marcante. Como veremos, esses padrões aparecem em predominantemente em língua inglesa numa série de *guiding principles* de organismos internacionais como OCDE e ONU, ou seja, regras de conduta de tipo não vinculante, ou *non binding standards*, que todavia são por muitas razões seguidas pelas empresas. Mesmo não havendo uma clara definição geral de *soft law* – e suas características variam muito conforme a área sob análise – em matéria de direitos humanos, essa regulamentação de condutas para corporações transnacionais assume algumas peculiaridades interessantes, em especial pelo fato de já existir todo um sistema de proteção dos direitos humanos nos direitos nacionais e no direito internacional em padrão vinculante *hard*.¹¹ Isso fica particularmente evidente em áreas sensíveis em que a atuação das corporações já demarcaram problemas históricos como o trabalho escravo na cadeia de suprimentos de vestuário, ou os sérios impactos socioambientais da construção civil, no extrativismo e na indústria sem esquecer, mais recentemente, dos desvios de recursos por corrupção, da violação de intimidade por desrespeito à privacidade de dados, dos incontáveis escândalos corporativos de lavagem de dinheiro para fomento do crime organizado ou do terrorismo. Todas essas áreas já amplamente reguladas por normas vinculantes em muitas nações ao redor do mundo dão às orientações de *soft law* nesses temas uma força diferenciada, quase complementar, porque os diversos *guiding principles* uniformizam os padrões *hard* disponíveis e têm implicações claras na pressão internacional por aprimoramento das legislações locais. Ocorre que, para boa fidelidade na descrição do fenômeno *soft law*, é inegável que existem grandes zonas cinzentas entre os guias de conduta internacionais e os direitos nacionais, inclusive com grande influência dos documentos *soft* em alterações dos direitos *hard* nacionais pela via legislativa, ou pela hermenêutica judicial ou ainda por práticas que se consolidam como padrões de “boa governança” também no âmbito da atividade pública.

Rights. Oxford : Oxford University Press, 2016.

11 GOOD, Christoph. Mission Creeps: The (Unintended) Re-enforcement of the Actor's Discussion in International Law through the Expansion of Soft Law Instruments in the business and Human Rights Nexus. In: LAGOUTTE, Stéphanie; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; CERONE, John. *Tracing the roles of soft law in Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2016. p. 256.

Não obstante, essa opinião está sujeita a críticas. Stéphanie Lagoutte afirma que o fato de os padrões adotados serem *soft* enfraquece o esquema de proteção, correndo riscos de nada acrescentar aos direitos *hard* já existentes:

In public international law, when adopting soft law instruments, states only reduce the quality— or the strength— of their commitment to each other. In international human rights law, they are simply reducing the legal quality of the protection they otherwise could afford individuals. In the case of the UNGPs, I will now show that simply crystallizing the state of affairs in the field of human rights and business does not add anything to the international legal protection of individuals.¹²

O primeiro documento de *soft law* tratando a relação entre atividade empresarial e proteção dos direitos humanos foi a Declaração e Decisões sobre Investimento Internacional e Empreendimentos Multinacionais da OCDE, publicada em 1976, em cujo texto original havia tímida referência à matéria de direitos humanos, porém prescrevia padrões protetivos do trabalho para corporações internacionais dos países membros. A atual versão disponível em inglês, a *OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*, resultante de alterações promovidas em 1979, 1984, 1991, 2000 e 2011, tem diretrizes claras e específicas para a proteção de direitos humanos, como por exemplo:

II. General Policies

Enterprises should take fully into account established policies in the countries in which they operate, and consider the views of other stakeholders. In this regard:

A. Enterprises should:

- 1. Contribute to economic, environmental and social progress with a view to achieving sustainable development.*
- 2. Respect the internationally recognized human rights of those affected by their activities.*
- 3. Encourage local capacity building through close co-operation with the local community, including business interests,*

12 LAGOUTTE, cit. p. 241.

as well as developing the enterprise's activities in domestic and foreign markets, consistent with the need for sound commercial practice.

4. Encourage human capital formation, in particular by creating employment opportunities and facilitating training opportunities for employees.

*5. Refrain from seeking or accepting exemptions not contemplated in the statutory or regulatory framework related to human rights, environmental, health, safety, labour, taxation, financial incentives, or other issues.*¹³

Essas orientações são praticamente vigentes nos países da OCDE, refletem a atual vanguarda de desenvolvimento econômico sustentável e, conseqüentemente, encontram amparo nas legislações nacionais dos países membros, muitas delas, como veremos, com tendências de buscar sanções extraterritoriais e isso acaba por equiparar o padrão *soft* ao padrão *hard*, ao menos em alguns setores de atuação da atividade empresarial, notadamente com a generalização dos princípios de boa governança corporativa e os deveres de integridade ou *compliance*. Então já se notam no texto da OCDE alguns dos principais pontos de contato entre direitos humanos e a atividade empresarial, especialmente das corporações internacionais. A tendência de abranger a cadeia de *stakeholders* da empresa significa que é essencial à atividade das corporações multinacionais a integridade em múltiplos setores regulados pelos direitos nacionais, numa rede de obrigações de respeito a empregados, investidores, consumidores, fornecedores, meio ambiente e comunidades locais.

O segundo documento histórico de *soft law* tratando o respeito dos direitos humanos pelas atividades empresariais em nível internacional reforça especificamente a dimensão regulatória do direito internacional do trabalho; trata-se da Declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social, sob a liderança da Organização Internacional do Trabalho (OIT/ILO), em 1977. Essa iniciativa foi marcante por fazer menção expressa à Declaração Universal de Direitos Humanos e outros

13 OECD. Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises. 2011. Acesso em 20/05/2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ConsolidatedDeclarationTexts.pdf>

documentos internacionais no tema.¹⁴ Sua versão mais recente, disponível apenas em inglês, com alterações aprovadas em 2017, diz:

*Enterprises, including multinational enterprises, should carry out due diligence to identify, prevent, mitigate and account for how they address their actual and potential adverse impacts that relate to internationally recognized human rights, understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.*¹⁵

O terceiro documento relevante que merece ser citado, na ordem cronológica, é o *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, que não foi formalmente aprovado durante décadas, mas, por ter entrado em pauta e ter sido combatido por grupos de pressão, foi muito importante para as disputas posteriores que levaram a ONU à aprovação de outros documentos-chave. Um registro original desse Código de Conduta de 1983 mostra o teor protetivo que se tornou uma proposta *soft* marcante no tema para os anos que se sucederam:

Respect for human rights and fundamental freedoms:

*13. Transnational corporations should/shall respect human rights and fundamental freedoms in the countries in which they operate. In their social and industrial relations, transnational corporations should/shall not discriminate on the basis of race, colour, sex, religion, language, social, national and ethnic origin or political or other opinion. Transnational corporations should/shall conform to government policies designed to extend equality of opportunity and treatment.*¹⁶

Em alguns documentos *soft* atuais, como os *Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos* das Nações Unidas (*UN Guiding*

14 Sobre o histórico desses documentos e o caráter não tão positivo dos documentos de *soft law* da OCDE e o caráter mais enfático da declaração da O.I.T., referimos ao texto citado de FEENEY, supra, p. 4.

15 ILO. Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) - 5th Edition (2017). Acesso em 20/05/2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--en/index.htm>

16 UN. Commission on Transnational Corporations. Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations. 1983. Acesso em 20/05/2019. Disponível em: http://myanmar-law-library.org/IMG/pdf/draft_united_nations_code_of_conduct_on_transnational_corporations.pdf

Principles ou *UNGP*), há expressa menção da ausência de força de tratado dos padrões adotados¹⁷. Já nos documentos mais recentes da OCDE, há uma noção mais presente de acordo multilateral, com obrigações pactuadas que, se não configuram regras de direito internacional clássico, chegam perto disso e, podemos admitir, se situam em posição intermediária entre direito *soft* e *hard*.¹⁸

Desde o primeiro esforço do código de conduta empresarial de 1983 até hoje, a ONU aprovou outros documentos soft com grande repercussão e apoio internacionais: o Pacto Global (ONU, 1999) e a Agenda 2030 dos ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ONU, 2015) são dois exemplos importantes. Então entramos na configuração atual dos deveres soft patrocinados pela ONU, que não se limitam ao tema exclusivo dos direitos humanos, mas abrangem-nos de forma clara, exatamente nos pontos de contato com a atividade empresarial. Dos ODS-ONU ou Agenda 2030, podemos destacar trechos claros nesse intuito, extraídos do objetivo 8, como deveres dos Estados membros:

8.4 Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança;

8.5 Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor;

17 O mais importante documento *soft* da ONU afirma:

These Guiding Principles should be understood as a coherent whole and should be read, individually and collectively, in terms of their objective of enhancing standards and practices with regard to business and human rights so as to achieve tangible results for affected individuals and communities, and thereby also contributing to a socially sustainable globalization.

Nothing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting or undermining any legal obligations a State may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights. (ONU. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework. p.06. Acesso em: 10/04/2019. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/2>)

18 No documento da OECD denominado *Guidelines for Multinational Enterprises*, de 2011, consta que:

The Guidelines provide voluntary principles and standards for responsible business conduct consistent with applicable laws and internationally recognised standards. However, the countries adhering to the Guidelines make a binding commitment to implement them in accordance with the Decision of the OECD Council on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. (OECD. Guidelines for Multinational Enterprises, p.15. Acesso em: 10/04/2019. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>)

8.6 Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação;

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas;

8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários;¹⁹

Muitos outros documentos *soft law* foram propostos por organismos multilaterais ou associações de empresas em áreas sensíveis²⁰. Cumpre destacar que os mais importantes e mais recentes documentos de *soft law* na área de deveres das empresas em matéria de direitos humanos são, além dos já citados Princípios Orientadores da ONU (*Guiding Principles*), as novas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (*Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*), ambos de 2011.

Apesar de muitas críticas à real eficácia desse movimento de ampliação dos direitos humanos a partir de regras *soft*²¹, o que importa notar na

19 ONU. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Objetivo 8. Trabalho Decente e Crescimento Econômico. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/8/>; acesso em: setembro de 2019.

20 Stéphanie Lagoutte dá notícias dos seguintes exemplos:

“*Voluntary Principles for Security and Human Rights (2000)*, which concern extractive sector companies, *Code of Conduct for Private Security Service Providers (2010)*, the *OECD Due Diligence Guidelines for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High Risk Areas (2011)*; *The FAO Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries, and Forests in the Context of National Food Security (2012)* (...) *the Extractive Industries Transparency Initiative— EITI (2003)* or *the Kimberley Process on conflict diamonds (2002)*”. LAGOUTTE, Stéphanie. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: a confusing ‘smart mix’ of soft and hard international human rights law. In: LAGOUTTE, Stéphanie et. all. *Tracing the roles of soft law in Human Rights*. Oxford, 2016, p. 237, footnotes.

21 Michael B. Likosky apresenta uma voz crítica, reconhecendo os progressos no tema: *For the purposes of this chapter, these guidelines and codes of conduct represent an important type of human rights risk mitigation strategy. International NGOs have succeeded in having human rights principles translated into guidelines and codes. Companies have responded with a human rights risk mitigation strategy, formulating and adopting these instruments. The relationship between what the nonstate actors had in mind in advancing human rights reforms and what the project planners are pursuing requires further examination. Although many question the efficacy of instruments, little is known about how they function in practice. Drafters recognize that they are not self-executing. Thus, participants employ these guidelines and codes as “instruments in a continuous process of de-*

atualidade é que, apesar de o direito *soft* não gerar as sanções clássicas e imediatas do direito vinculante *hard*, ele pode fazer com que a empresa se prejudique perante a cadeia de produtores, consumidores, investidores, trabalhadores e comunidades (assim chamados *stakeholders*), seja pela perda de força moral em negociações com credores ou acionistas, ou pela redução de valor de mercado em bolsas de valores, ou pela aplicação de sanções nacionais nos países onde ocorrem as violações, ou até mesmo em outros países onde a empresa envolvida tenha filiais ou negócios, como veremos em mais detalhes nas tendências de efeitos extraterritoriais.²²

OS PRINCIPAIS RAMOS DE ATIVIDADE EMPRESARIAL EM RISCO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Em uma apresentação geral da expansão da proteção dos direitos humanos em direção à atividade empresarial local e transnacional, feita a breve análise do histórico de documentos internacionais com padrão *soft* e seu crescente entrelaçamento com normas de direito *hard*, importante frisar que os temas mais caros aos direitos humanos são a proteção das pessoas, sua saúde e sua vida, suas liberdades fundamentais, seu trabalho digno, que tocam todos os setores da atividade empresarial em qualquer parte do globo. Porém é evidente que a emergência ecológica ampliou a responsabilidade das empresas com metas claras de sustentabilidade diante do alerta climático atual, revelando uma outra face dos direitos humanos em atenção ao meio ambiente saudável. E não só isso, pois também a proteção de comunidades locais, especialmente as tradicionais, indígenas, ribeirinhas etc. ganhou força nas últimas décadas, sendo objeto de algumas importantes declarações internacionais de direitos humanos e responsabilidade social.²³

fense and attack”44 in ongoing negotiations over human rights. The specific role of these guidelines and codes in the ongoing negotiations requires further study. Also, instruments targeting the retail industry have capitalized on the importance of brand names. Although brand name is important to infrastructure companies such as Shell or Chevron, the bulk of the companies in the infrastructure sector do not have brand-name recognition. LIKOSKY, Michael B. Law, Infrastructure and Human Rights. Cambridge University Press, 2006.p.58

22 HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. (Ed.). The emergence of private authority in global governance. Cambridge University Press, 2002.

23 Destacamos a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, promulgada no Brasil em 2004, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm acesso em: junho de 2019;

Mais recentemente, essa tendência de integração e expansão dos direitos humanos contemporâneos somou à definição de integridade empresarial a ausência de qualquer associação e ligação com organizações criminosas, terroristas, traficantes de drogas, de armas ou de pessoas; foi quando grupos empresariais na área de finanças e serviços passaram a ser foco de duras legislações de prevenção e repressão aos fluxos ilícitos de capitais ou lavagem de dinheiro, comumente associados às mais tenebrosas ações do crime globalizado. Por fim, no bojo dessas recentes tendências, vê-se a ligação da violação dos direitos humanos com a corrupção de agentes públicos por empresas. Essa ligação se torna clara se porque um ambiente de negócios com corrupção prejudica o pleno exercício das liberdades econômicas da população, seu pleno desenvolvimento econômico e cultural, a melhoria universal do índice de desenvolvimento humano, sem falar no acesso a mercados com livre concorrência, já que a corrupção leva a sobrepreços, formação de carteis e práticas desleais na disputa de licitações. Noutras palavras, negócios entre empresa e Estado com transparência e integridade são uma garantia fundamental para contas públicas sadias e os consequentes investimentos em políticas públicas mais ligadas a direitos humanos básicos.²⁴

No que respeita aos ramos de atuação empresarial, as atividades mais diretamente impactantes para a proteção ou a violação dos direitos humanos são a construção civil, a indústria (especialmente manufaturas), a mineração e o agronegócio, em que a exploração direta do trabalho humano é a potencial porta de entrada para todo tipo de abuso do poder empresarial sobre as pessoas e sobre o meio ambiente. Aqui entram em cena as regras de um crescente sistema internacional de integridade corporativa capitaneada pelas áreas de direitos trabalhistas, sociais e ambientais.²⁵

24 O entendimento atual do Conselho de Direitos Humanos da ONU é claríssimo a esse respeito: *Depending on the level, pervasiveness and form of corruption, corruption can have devastating impacts on the availability, quality and accessibility – on the basis of equality – of human rights-related goods and services. Moreover, it undermines the functioning and legitimacy of institutions and processes, the rule of law and ultimately the State itself.* OHCHR-UN. Corruption and Human Rights. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/CorruptionAndHR/Pages/CorruptionAndHRIndex.aspx>; Acesso em: setembro de 2019.

25 Por exemplo, sobre o caso Vale-BHP em Mariana-Brasil e seus desafios à eficácia nacional e internacional dos direitos envolvidos, vide BOHRZ, Clara Rossatto; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Dupla influência e dupla projeção entre global e local: O “caso Mariana” e a (ir) responsabilidade social das empresas de mineração. *Homa Publica-Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

Outras atividades empresariais que afetam mais indiretamente a observância de direitos humanos, porém de alto impacto, são aquelas relativas ao fluxo de capitais, serviços relativos a investimentos privados e financiamentos, área em que, como veremos, se notam importantes diretrizes de integridade empresarial como condição da obtenção de financiamento de projetos internacionais. É o caso das ECAs (*Export Credit Agencies*), as mais poderosas instituições de crédito de algumas nações, geralmente estatais ou com suporte estatal, que auxiliam projetos internacionais e dão crédito a empresas exportadoras em garantia de grandes operações comerciais. Em teoria, são agências sujeitas a leis de seus países, mas na prática se sujeitam a diretrizes *soft* especiais da OCDE para financiamento público, avaliando se os negócios a financiar atendem a padrões de baixo risco da OCDE em várias matérias, incluindo análise de risco na matéria de direitos humanos, como veremos em item dedicado ao assunto. Ainda em se tratando de crédito e finanças, a área regulatória estritamente relativa à atividade bancária também viu transformações recentes com exigências de integridade em direitos humanos.²⁶

Noutro ramo especialmente técnico do direito do comércio internacional, destaca-se ainda uma demanda de maior rigor nas parcerias comerciais entre os Estados, com grande repercussão na vida de qualquer empresa exportadora. São as exigências de transparência na área de direitos humanos também em tratados comerciais e de investimento, com consequências para nações e empresas na fiscalização de suas cadeias de negócios em busca de parceiros confiáveis. O tema dos direitos humanos não é novo em tratados de comércio, mas até em virtude do contexto de ampliação protetiva que vimos descrevendo tem gerado intensos debates, seja para alardear novos rumos do comércio²⁷, seja para apresentar o histórico crítico de retórica e ineficácia no complexo ramo do comércio internacional.²⁸

26 Nesse tema: KINLEY, David. *Necessary Evil: How to Fix Finance by Saving Human Rights*. Oxford University Press, 2018. RICH, Bruce. *Mortgaging the Earth: World Bank, Environmental Impoverishment and the crisis of development*. Routledge, 2014. WRIGHT, Christopher. Global banks, the environment, and human rights: The impact of the Equator Principles on lending policies and practices. *Global Environmental Politics*, v. 12, n. 1, p. 56-77, 2012.

27 A respeito de IIA - *International Investment Agreements*; PTA - *Preferential Trade Agreements*; *Generalised System of Preferences (GSP)* e suas tendências recentes em comércio internacional, vide o estudo de BAGLAYAN et al. *Good Business...*, cit., pags. 29 e 37.

28 Um exemplo de voz crítica se lê em AARONSON, Susan Ariel; CHAUFFOUR, Jean Pierre. *The Wedding of Trade and Human Rights: Marriage of Convenience or Permanent Match?,"*

Por fim, é evidente que todas essas exigências formam uma rede conceitual complementar de direitos *hard e soft*, nacionais e internacionais, específicas conforme a atividade ou gerais, pluritemáticas, multidisciplinares, perpassando variadas matérias e relações das empresas, tocando as relações de trabalho e o meio ambiente, dos setores produtivos aos serviços de comércio e finanças, integrando agentes públicos e privados. Isso tem levado as empresas, especialmente as corporações multinacionais, a um esforço de seus departamentos legal, administrativo e de consultoria para assegurar a integridade de seus negócios em espectro amplíssimo, tendo como mais um efeito interessante a extensão da “governança e risco” também para as cadeias contratuais entre empresas parceiras (*business to business*).

Como veremos com mais detalhes, esse novo olhar sobre os conceitos de responsabilidade empresarial (civil e criminal) vai muito além da já conhecida relação entre as indústrias e suas cadeias de suprimentos, já muitas vezes implicadas em escândalos de trabalho escravo, degradação do meio ambiente e outras graves violações. Em outras palavras, é um debate sobre ampliação ou restrição de responsabilidades em caso de dano ocorrido em qualquer fase da cadeia contratual de suprimentos industriais, no extrativismo, na agricultura, por exemplo ou em qualquer ramo de atuação empresarial mesmo na área de serviços. Aqui, se localiza a preocupação crescente de evitar o “efeito cascata” da responsabilidade empresarial nacional ou transnacional, constituindo-se um tema-chave na área de *com-*

World Trade Organization, disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr11_forum_e/wtr11_15feb11_e.htm (acesso em maio de 2019) quando afirma: “the association of trade and human rights in PTAs is new, unproven, and not well understood. In that sense, it is a “shot-gun wedding.” We hope to encourage other scholars to examine if this marriage is effective and enduring.”

Outro exemplo se lê em WAGNER, Ashley. *The Failure of Corporate Social Responsibility Provisions Within International Trade Agreements and Export Credit Agencies as a Solution*. Boston University International Law Journal, v. 35, p. 195, 2017. Ao tratar dos tratados comerciais *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*; *Canada-Peru Free Trade Agreement (CPFTA)* e *Trans-Pacific Partnership (TPP)* autor subscreve o criticismo à eficácia do discurso *corporate social responsibility (CSR)* nesses documentos:

Although the TPP was heralded as having strong economic and labor commitments, it has the same general structure and voluntary commitment to CSR as did NAFTA and the CPFTA. TPP member states have nothing stopping them from breaching these commitments. Similarly, Chapter 20 of the TPP is devoted to environmental protection and wildlife conservation, but its language largely mirrors NAFTA's environment chapter, which requires each party to “effectively enforce its environmental laws.” As under NAFTA, this language has not been interpreted to limit the legislature from changing or weakening domestic environmental law, but rather it has been interpreted to be restricted solely to the executive. Therefore, it is the TPP, like NAFTA, will likely provide little genuine environmental protection. (p.204)

pliance e redução de riscos nos tempos atuais e futuros, quando o conceito de dever de diligência (*due diligence*) passou a buscar também o respeito aos direitos humanos em qualquer área ou ramo pela via dos contratos.²⁹

Ainda se tratando de contratos, qualquer atividade que exija relação jurídica entre empresa e Estado também passou ao foco de um crescente sistema internacional de integridade para contratos e licitações com o poder público. Como veremos mais detidamente, a OCDE passou a exigir de todos os países membros a adequação formal a suas normas *soft* para concessão de contratos públicos, abrangendo transversalmente inúmeras atividades empresariais, não apenas de infraestrutura, mas da indústria de suprimentos.

Em parcial conclusão, identificados os vários pontos de contato entre a atividade corporativa e a proteção de direitos humanos nas recentes transformações e tendências do direito contemporâneo, a expansão da área de integridade e *compliance* empresarial não se esgota, a exemplo das estimulantes questões de proteção de dados e direito à privacidade³⁰, um notório tópico dos direitos humanos afetado cada vez mais na era digital.³¹ Porém daremos ênfase apenas a três tópicos para ilustrar essas transformações recentes e tendências de futuro: i) a proteção aos direitos humanos como condição para a concessão de contratos públicos em licitações; ii) a proteção aos direitos humanos como condição para a concessão de crédito público e seguros a investimentos externos via E.C.A.; iii) a proteção aos

29 Sobre o conceito de *due diligence*, vide nota 39, abaixo.

30 No sentido de reafirmar os direitos relativos à privacidade como direitos humanos, vide: NISSENBAUM, H. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2010. No mesmo sentido, o Conselho de Direitos Humanos da ONU:

The Deputy High Commissioner also noted that those digital platforms were vulnerable to surveillance, interception and data collection. Deep concerns had been expressed, as policies and practices that exploited that vulnerability had been exposed across the globe. She added that surveillance practices could have a very real impact on peoples' human rights, including their rights to privacy to freedom of expression and opinion, to freedom of assembly, to family life and to health. In particular, information collected through digital surveillance had been used to target dissidents and there were credible reports suggesting that digital technologies had been used to gather information that led to torture and other forms of ill-treatment. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, "Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age," December 19, 2014, disponível em: www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39, p.03, Acesso em setembro de 2019.

31 Essa crescente tendência pode ser ilustrada mais recentemente por LAND, Molly K.; ARONSON, Jay D. (Ed.). *New Technologies for Human Rights Law and Practice*. Cambridge University Press, 2018.

direitos humanos na prevenção do efeito cascata em negócios e investimentos privados *business to business*;

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Recentemente, tem havido esforços internacionais para que uma empresa só possa disputar um contrato público se não tiver histórico em violações de direitos humanos. Apesar de haver dificuldades de mapeamento e identificação dos reais atores numa cadeia de fornecedores e contratos, essas violações são comumente ignoradas pelos poderes públicos estatais no julgamento de licitações e contratação de produtos e serviços na iniciativa privada.

Recente estudo do Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos abrangendo vinte jurisdições e seus regimes de licitações públicas revelou a espantosa naturalidade com que as violações de direitos humanos têm passado despercebida no cotidiano dos negócios estatais.³²

Para citar alguns exemplos dessas graves violações, na área de microeletrônica, muitas nações compram produtos de fabricantes de países onde o trabalho infantil é comum, assim como é comum nas indústrias extrativistas que fornecem matérias-primas para o setor eletrônico, com um número estimado de 1,5 milhão de crianças atuando em minas de ouro. Para citar um exemplo mais específico, roupas compradas por militares dos EUA, mediante contrato público foram confeccionadas numa fábrica de Bangladesh em que um terço da mão-de-obra eram crianças.³³

No que diz respeito a abusos na relação de trabalho, o governo da Dinamarca licitou a compra de luvas plásticas para sua saúde pública as quais foram comprovadamente fabricadas com borracha explorada mediante trabalho escravo. Noutro exemplo, fábricas chinesas abasteceram muitos governos e tem condições de trabalho tão duras que, numa delas, dezessete

32 O'BRIEN, Claire Methven; MEHRA, Amol; MEULEN, Nicole Vander. Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions. Danish Institute for Human Rights, Harrison Institute at Georgetown Univ., Intl. Corporate Accountability Roundtable, and published on 18 July 2016. Disponível em: <https://www.icar.ngo/publications/2017/4/26/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions>; acesso em: setembro de 2019.

33 Ibidem, p.18.

trabalhadores tentaram cometer o suicídio durante uma jornada quase incessante de oito meses. Alguns sucumbiram, sendo que um deles tinha trabalhado 286 horas-extra antes de morrer, muito além do limite legal de 36 horas-extra mensais. Ainda em termos de segurança do trabalho, muitos instrumentos cirúrgicos como tesouras e fórceps utilizados na saúde da Suécia e do Reino Unido são fabricados em Sialkot, Paquistão, onde a ONG *Swedwatch* revelou haver condições de trabalho perigosas, como por exemplo, os trabalhadores operando máquinas sem equipamento de proteção pessoal (e.p.i). Todos esses exemplos constam do relatório do Instituto Dinamarques citado.³⁴

As tendências protetivas via regras de contratação pública estão consolidadas em documentos internacionais *soft*, sendo o mais marcante deles os já citados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores – *UNGP*), um documento da ONU com 31 princípios voltados a garantir o tripé “proteger, respeitar e reparar” na relação das empresas com os Direitos Humanos, que determina em seu princípio 6 que “Os Estados devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais”, cristalinamente complementado pelo princípio 7C, ao afirmar que os Estados devem “negar o acesso ao apoio e serviços públicos a toda empresa que esteja envolvida em graves violações dos direitos humanos e se negue a cooperar para resolver a situação”.³⁵

A OCDE também tem publicado documentos específicos com guias de conduta *soft* para governos na contratação pública. Apesar de mais preocupada com redução de riscos públicos mediante critérios de integridade anticorrupção das empresas contratadas pelo Estado, nota-se que tais esforços não se separam de uma integridade plena, a exemplo do que prevê o texto das Recomendações do Conselho em Matéria de Contratos Públicos ao determinar que os Estados-partes devem:

“i) Exigir elevados padrões de integridade a todas as partes interessadas no ciclo de contratação pública. As normas consagradas em quadros de integridade ou códigos de conduta aplicá-

34 *Ibidem*, p.19.

35 ONU. United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP). UN OHCHR: Nova Iorque e Geneva, 2011. Disponível em: <https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinessshr_eN.pdf> . Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

veis aos funcionários públicos (tais como as normas em matéria da gestão de conflitos de interesse, divulgação de informações ou outras normas de comportamento profissional) podem ser ampliadas (por exemplo, através de pactos de integridade).

ii) Implementar instrumentos gerais de integridade do setor público e adaptá-los aos riscos específicos do ciclo de contratação pública, consoante o necessário (por exemplo, os riscos acrescidos envolvidos na interação público-privada e a obrigação fiduciária nos contratos públicos).

iii) Desenvolver programas de formação em integridade da força de trabalho afeta à contratação pública, quer seja pública ou privada, a fim de os sensibilizar para os riscos de integridade, tais como corrupção, fraude, conluio e discriminação; desenvolver o conhecimento sobre os meios para combater estes riscos e promover uma cultura de integridade para impedir a corrupção.”³⁶

Como efeito dessas diretrizes internacionais, especialmente mediante esforços contínuos dos “planos de ação nacionais” (os chamados NAP), muitos países passaram à liderança ao exigirem essas regras da OCDE sobre integridade em direitos humanos nas suas leis internas de contratação pública. Alguns exemplos conhecidos são o *Modern Slavery Act* do Reino Unido (2015)³⁷ e regras locais de Holanda, França, EUA, ou mais recentemente, o *Modern Slavery Act* da Austrália (2018), entre outros. Para citar um exemplo rigoroso, a cidade alemã de Dusseldorf prevê em suas leis de licitação um veto absoluto de qualquer produto de trabalho infantil, exigindo certificação independente de procedência dos produtos em oferta,

36 OECD - Direção para a Governança Pública e o Desenvolvimento Territorial. Recomendação do Conselho em Matéria de Contratos Públicos. 2015. disponível em: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomendação-conselho-contratos.pdf> acesso em: maio de 2019.

37 O U.K. *Modern Slavery Act*, na sua seção 54, trata do dever de diligência para garantir transparência na cadeia de suprimentos, assim:

54. *Transparency in supply chains etc.*

(1) *A commercial organisation within subsection (2) must prepare a slavery and human trafficking statement for each financial year of the organisation.*

(4) *A slavery and human trafficking statement for a financial year is (...) a statement of the steps the organisation has taken during the financial year to ensure that slavery and human trafficking is not taking place (...) (i) in any of its supply chains, and (ii) in any part of its own business... (etc.)*

UNITED KINGDOM. *Modern Slavery Act* 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54/enacted>; acesso em: setembro de 2019.

além de outras demandas em caso de ausência de certificação possível.³⁸

A proteção de direitos humanos pela via da contratação pública encontra-se em pleno desenvolvimento no delineamento da integridade das empresas, mas representa uma área de grande potencial uma vez levadas a efeito vinculante todas essas tendências majoritariamente de padrão *soft*, especialmente porque o impacto da contratação pública na economia é enorme, sendo estimados em dois trilhões de Euros no mundo e cerca de 12% do PIB dos (37) países que compõem a OCDE.³⁹

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÃO PARA A CONCESSÃO DE CRÉDITO PÚBLICO E SEGUROS A INVESTIMENTOS EXTERNOS VIA E.C.A.

Em busca de assegurar a preservação dos direitos humanos, uma das ferramentas à mão do Estado é a criação de restrições financeiras às empresas associadas a alguma violação a direitos de qualquer área, setor ou ramo de atuação. Nesse contexto, as agências de crédito à exportação ou E.C.A.s (*Export Credit Agencies*) desempenham um importante papel. As E.C.A.s são intermediários entre o governo e as empresas exportadoras de um país. Sua função é oferecer financiamento de vários tipos para viabilizar as exportações e investimentos, seja por meio de apoio financeiro direto ou seguro e garantias de crédito. Têm natureza estatal ou quase-governamental, na medida em que, quando privadas, desempenham papel de fomento público, geralmente assegurado pelos bancos centrais. Essas agências existem há muito tempo, são um fenômeno das nações capitalistas do ocidente e têm se multiplicado nos últimos anos, assim como têm crescido em importância estratégica.

A OCDE tem atualmente recomendações detalhadas em relação a como as E.C.A.s dos Estados membros devem atuar, publicadas na forma de um documento chamado *Common Approaches*⁴⁰. Entre os temas abordados

38 Conforme BAGLAYAN, Basak *et al.* Good Business... cit.

39 Sobre o tema, O'BRIEN, Claire Methven. Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe (January 24, 2015). University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 22/2015. disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591898> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591898>; acesso em: maio de 2019.

40 OECD. Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits ("Common Approaches"). 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdo->

está a *due diligence* em matéria social e ambiental que as E.C.A.s têm como parâmetro para avaliar as empresas que se candidatam a crédito de exportação.⁴¹ O *Common Approaches* instituiu como regras internacionais as mais modernas práticas adotadas pelos países e teve grande eficácia sobre as regulamentações nacionais de cada E.C.A.s, tornando-se, na prática, um dos mais vinculantes regramentos *soft* da OCDE. De acordo com a organização *Shift Project*, que se dedica a incentivar empresas a respeitar os direitos humanos, essa atualização do *Common Approaches* da OCDE foi uma maneira de reconhecer mudanças que já ocorriam no plano concreto, pois algumas E.C.A.s já haviam alterado suas políticas internas e incorporado em suas práticas a questão dos direitos humanos.⁴²

Esse documento foi publicado em 2003 e sofreu alterações sucessivas. Em 2012, houve uma importante atualização no *Common Approaches* para a proteção de direitos humanos. Essa versão passou a reconhecer a relevância dos Princípios Orientadores da ONU (*UNGP*), porém ela ainda não trazia recomendações práticas sobre como as E.C.A.s deveriam trabalhar para refletir essas preocupações com direitos humanos. Apenas em nova revisão de 2016 essas recomendações foram explicitamente enunciadas. O *Common Approaches* estabeleceu então que as E.C.A.s deveriam analisar todas as propostas de crédito à exportação observando a existência de graves ameaças aos direitos humanos nas práticas de empresas sujeitas a financiamento. Uma ameaça poderia ser grave devido a quatro diferentes fatores: a própria natureza do mal causado, o seu alcance, o quanto seus impactos sociais poderiam ser remediados ou pelo “risco social”⁴³ das operações ou “impacto social” do projeto ao qual o crédito se destina⁴⁴. O próprio documento indica exemplos do que

cuments/displaydocument/?cote=TAD/ECG%282016%293&doclanguage=en; acesso em: 14 de Agosto de 2019.

41 O *Common Approaches* assim define *due diligence*: “*Due diligence*” is the process through which Adherents identify, consider and address the potential environmental and social impacts and risks relating to applications for officially supported export credits as an integral part of their decision-making and risk management systems. (Ibidem, p.4)

42 SHIFT PROJECT. OECD includes Human Rights Due Diligence in recommendations for Export Credit Agencies. 2016. Disponível em: <https://www.shiftproject.org/news/oecd-human-rights-due-diligence-export-credit-agencies/> Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

43 Também define risco social: “*Social risk*” is the probability of such impacts occurring and the consequence of such an occurrence. (Ibidem, p.4)

44 Também define impacto social: “*Social impacts*” are the impacts on the local communities directly affected by, and on the people involved in, the activities of an existing operation or the construction and/or operation of a project; these social impacts encompass relevant adverse project-related human rights impacts. (Ibidem, p.5)

considera ameaças graves aos direitos humanos ou “potenciais impactos”.⁴⁵ Se a análise indicar probabilidade de que alguma ameaça se concretize, as E.C.A.s devem investigar e avaliar o caso mais a fundo, inclusive conduzindo a *due diligence* social e ambiental.

Vejam os alguns exemplos de como as normas *soft* da OCDE são eficientes em obter a adesão dos Estados-membros às suas determinações. Os documentos das ECAs do Reino Unido, França, Canadá e EUA revelam a adequação de suas práticas ao que o *Common Approaches* estabelece em relação a direitos humanos.

No Reino Unido, a E.C.A. oficialmente reconhecida pela OCDE é chamada de *United Kingdom Export Finance* (UKEF). A UKEF adota o que chama de *Environmental, Social and Human Rights Policy*, ou *ESHR Policy*. Essa política visa: (1) identificar riscos e impactos e conduzir *due diligence* para apoiar projetos que sejam elaborados e executados de acordo com padrões relevantes, e (2) monitorar o alinhamento dos projetos a esses padrões enquanto durar o apoio financeiro da UKEF. Na *ESHR Policy*, a UKEF explicitamente afirma adotar todos os acordos internacionais que se aplicam à operação das E.C.A.s, inclusive o *Common Approaches* da OCDE.⁴⁶

Na França, a E.C.A. reconhecida pela OCDE é o *Banque Publique d'Investissement France* (Bpifrance), cujas políticas estão em conformidade com o *Common Approaches* da OCDE, no tocante ao “dever de diligência ambiental e social, seja em atenção às regras do país de destino, seja aos padrões internacionais pertinentes”.⁴⁷

45 *Potential social impacts may include, but are not limited to, labour and working conditions, community health, safety, and security, land acquisition and involuntary resettlement, indigenous peoples, cultural heritage, and project-related human rights impacts, including forced labour, child labour, and life-threatening occupational health and safety situations.* (Ibidem, p.8)

46 UNITED KINGDOM EXPORT FINANCE - UKEF. UK Export Finance: Environmental, Social and Human Rights Policy (“ESHR Policy”). 2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/uk-export-finance-environmental-social-and-human-rights-policy>; acesso em: 14 de Agosto de 2019.

47 *Bpifrance Assurance Export réalise ses analyses environnementales et sociales en conformité avec la Recommandation de l'OCDE sur des Approches Communes pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et le devoir de due diligence environnementale et sociale. Elle vise à s'assurer que les projets concernés respectent la réglementation locale du pays hôte et les standards internationaux pertinents, principalement ceux développés par la Banque Mondiale (WB) et la Société Financière Internationale (IFC).* BPIFRANCE. Evaluation Environnementale et Sociale. Disponível em: <https://www.bpifrance.fr/Qui-sommes-nous/Nos-metiers/International/Assurance-Export/Evaluation-Environnementale-et-Sociale> acesso em: julho de 2019.

No Canadá, a E.C.A. oficial é a *Export Development Canada* (EDC). A EDC adota o que chama de *Environmental and Social Risk Management Policy*, ou *ESRM Policy*, em conjunto com uma *Environmental and Social Review Directive*.⁴⁸ Os dois documentos trabalham em conjunto: enquanto o primeiro estabelece os princípios seguidos para avaliar o risco ambiental e social de um projeto, o segundo determina os processos específicos dessa avaliação. Além de todas essas precauções, a agência canadense tem um documento específico com definições e padrões de conduta em cada área sensível. No caso dos direitos humanos, há um documento exclusivo em direitos humanos, uma *Human Rights Policy*, na qual detalha as ações de avaliação, impulso e monitoramento dos projetos em curso.⁴⁹

Nos EUA, a E.C.A. no padrão OCDE é o *Export-Import Bank of the United States (Ex-Im Bank)*. O Ex-Im Bank adota o que chama de *Environmental and Social Due Diligence Procedures and Guidelines*⁵⁰. Embora esse documento não faça referência direta aos direitos humanos ou à versão mais atualizada do *Common Approaches* da OCDE, ele abrange esses direitos indiretamente nas questões sociais e ambientais. O *Ex-Im Bank* destaca dez elementos fundamentais aos quais candidatos a crédito de exportação devem estar atentos e define expressamente, em termos similares às outras E.C.A.s, o que são “riscos ambientais e sociais”.⁵¹

O Brasil não é um membro da OCDE e, portanto, não tem E.C.A.s oficialmente reconhecidas. Entretanto o relatório *Export Credits and Bribery*:

48 EXPORT DEVELOPMENT CANADA - EDC. *Environmental and Social Risk Management Policy* (“ESRM Policy”).2019. Disponível em: <<https://www.edc.ca/content/dam/edc/en/corporate/corporate-social-responsibility/environment-people/esrm-policy-framework-consultations.pdf>>; acesso em: 14 de Agosto de 2019.

49 *EDC makes every effort to identify, prevent and mitigate potential human rights impacts through our customers relationships. To do so, we prioritize our due diligence to assess the business that we support for actual and/or potential severe human rights impacts. EDC also expects our customers meet their responsibility to respect human rights, in a manner that is appropriate to their size and risk profile, to identify and address their impacts.* EDC. *Human Rights Policy*, p. 2. disponível em: <https://www.edc.ca/content/dam/edc/en/corporate/corporate-social-responsibility/environment-people/human-rights-policy.pdf> acesso em: julho de 2019.

50 EXIM. *Environmental and Social Due Diligence Procedures and Guidelines* (June 27, 2013, revised December 12, 2013) disponível em: <https://www.exim.gov/policies/ex-im-bank-and-the-environment/environmental-and-social-due-diligence-procedures-and-guidelines>; acesso em: julho de 2019.

51 *Environmental and social risk is a combination of the probability of certain hazard occurrences and the severity of impacts resulting from such occurrences. Environmental impacts are the project related impacts on the environment as a result of the construction and operation of the project, and social impacts are the project-related impacts on the local communities directly affected by the project and the people involved in the construction and operation of the project.* (Ibid.)

2017 que mostra a comunicação da OCDE com não membros alinhados indica que o Brasil indicou três E.C.A.s no padrão solicitado: Banco do Brasil, BNDES e ABGF.⁵² Partimos do pressuposto de que essas são as agências reconhecidas pelo Estado brasileiro diante dos outros países e órgãos internacionais para fins de equiparação ao padrão E.C.A./OCDE. Vejamos como nossas agências se comportam nesse ponto.

O Banco do Brasil adota um documento chamado Diretrizes de Sustentabilidade para o Crédito, que tem como objetivos, entre outros, mitigar eventuais riscos socioambientais e reduzir os impactos negativos de seus financiamentos e investimentos. Um dos temas estratégicos definidos por esse documento são os Direitos Humanos.⁵³

O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) adota uma Política de Responsabilidade Social e Ambiental (PRSA) na qual afirma compromisso com respeito aos Direitos Humanos⁵⁴. A PRSA é colocada em prática através de um Plano de Implementação, que é trienal. Atualmente, está em vigor o Plano de Implementação da PRSA 2018-2020⁵⁵. Após o final do período, é publicado um Balanço da Implementação da PRSA. No entanto é importante observar que tanto a PRSA quanto o Plano de Implementação parecem estar associados a todas as atividades do BNDES, não tendo ligação exclusiva com o crédito de exportação, nem vinculação com as demandas da OCDE em relação a E.C.A.s.

A Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias (ABGF) chega a mencionar, em sua página na internet, uma exigência de *compliance* das empresas em relação a lavagem de dinheiro e financiamento

52 OECD. Export Credits and Bribery: 2017 Review of responses to the survey on measures taken to combat bribery in officially supported export credits.2018. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG\(2018\)3/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG(2018)3/FINAL&docLanguage=En); acesso em: 14 de Agosto de 2019.

53 BANCO DO BRASIL - BB. Diretrizes de Sustentabilidade para o Crédito. 2018. Disponível em: <<https://www.bb.com.br/docs/portal/pub/DiretrizesSustentabilidadeCredito.pdf>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

54 BNDES. Política de Responsabilidade Social e Ambiental (“RSA”). 2014. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-nos-orienta/politicas/politica-responsabilidade-social-ambiental>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

55 BNDES. Plano Plurianual de Implementação da PRSA. 2018. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/2eee5816-3c2c-49aa-b895-a1872cc61485/Plano-Implementacao_PRSA-2018-2020.pdf?MOD=AJPERES&CVID=me7QS2V>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

do terrorismo para que sejam aprovadas as solicitações de seguro de crédito à exportação, com citação dos parâmetros da OCDE em matéria anticorrupção⁵⁶. Em alguns documentos referidos por essa agência, há menção às exigências de *compliance* da Secretaria da Fazenda Nacional, com menção literal a “monitoramento de riscos socioambientais”. Porém até mesmo no documento mais completo sobre o tema denominado “Manual de Procedimentos de Compliance para o Sistema de Apoio Oficial à Exportação” não foi possível localizar qualquer menção direta a direitos humanos, ficando implicitamente abrangida a redução de riscos sob esse viés.⁵⁷

Como se vê nos países membros da OCDE ou nos países alinhados, a exemplo do Brasil, as agências de crédito à exportação podem ser importantes para a proteção dos direitos humanos, entretanto existem indícios de que tanto as recomendações da OCDE quanto a atuação prática das E.C.A.s, em certos casos, colocam de lado essa missão para privilegiar interesses puramente econômicos. Algumas ONGs preocupadas com violações aos direitos humanos acompanham o trabalho das E.C.A.s, analisando se essas agências estão adequadamente fiscalizando os projetos e as empresas aos quais concederam créditos. Em vários casos, as investigações levaram a uma conclusão negativa. O Brasil, inclusive, já foi citado em alguns casos, como o financiamento recebido pela Vale do Rio Doce, no âmbito do projeto da “estrada de ferro Carajás”, em que houve atuação da E.C.A. canadense *Export Development Canada* (EDC) na Amazônia. Nesse caso, a EDC foi criticada por não levar a efeito uma política de monitoramento adequada após denúncias de graves danos socioambientais causados pelo traçado de uma ferrovia projetada⁵⁸; o financiamento do projeto da Usina

56 AGÊNCIA BRASILEIRA GESTORA DE FUNDOS GARANTIDORES E GARANTIAS - ABGF. Médio e Longo Prazo (SCE/MLP). Disponível em: <<https://www.abgf.gov.br/negocios/sce-medio-e-longo-prazo/>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

57 BRASIL-MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Comitê de Financiamento das Exportações – Config. Manual de Procedimentos de Compliance para o Sistema de Apoio Oficial à Exportação, 06/12/2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/manual-de-procedimentos-de-compliance-revisado-20-12-2018.pdf> acesso em: julho de 2019.

58 O relatório das ONGs analisado conclui que:

EDC does not disclose further information regarding these assessment processes, nor does it make public its reviews of potential clients. This lack of transparency makes it impossible to critically assess EDC's methodology. Based on its review of Vale, EDC affirmed that the company "has maintained a solid reputation as a responsible corporate citizen." EDC's due diligence process either failed to register the issues described above or determined that Vale was in compliance with its policies, despite the impacts caused by Carajás. In either case, EDC's

Nuclear Angra 3, proveniente da E.C.A. alemã *Hermes Euler* é outro exemplo alvo de críticas. Nesse caso, de 2009, o governo alemão foi acusado de ter manipulado regulamentos para substituir os padrões da *Hermes* pelos da OCDE, que então eram menos rigorosos para oferta de créditos a projetos de energia nuclear⁵⁹; em outra situação ocorrida no Brasil, o financiamento via E.C.A. holandesa *Atradius Dutch State Business* à empresa Van Oord para dragagem no Porto de Suape – PE foi alvo de investigações na OCDE, na Holanda e no Brasil após denúncias de danos socioambientais e graves violações de direitos humanos em comunidades locais. Apesar disso, não houve restrições de créditos à empresa Van Oord e o caso se encontra “sob monitoramento”.⁶⁰

Como as E.C.A.s são agências que atualmente atendem aos padrões internacionais de risco próprios do ramo financeiro, é natural que a proteção de direitos humanos caminhe para análise de impactos financeiros de risco ou insolvência nos projetos financiados. A lógica da *due diligence*, nesse ramo, transforma em ativo financeiro os eventuais prejuízos sociais, ambientais e humanos que possam ocorrer em uma linha de crédito empresarial, daí que, entre as várias faces de ampliação da responsabilidade social empresarial no tema direitos humanos, alguns autores nutrem grandes esperanças de que resultados nunca antes observados sejam obtidos pela via da regulamentação financeira e via ECAs.⁶¹

due diligence process is clearly inadequate. HALIFAX INITIATIVE, BOTH ENDS, COUNTER-CURRENT, FÓRUM SUAPE, RÍOS VIVOS. Export Credit Agencies and Human Rights: Failure to protect. 2015. Disponível em: <https://www.eca-watch.org/sites/default/files/Failure%20to%20Protect_0.pdf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019. (p.20)

59 A análise da ONG ECA WATCH acusa:

This [the approval of credit] was impossible under the 2001 Hermes guidelines as they explicitly excluded guarantees for nuclear exports. Therefore, in December 2009, the new government removed the Hermes guidelines, replacing them with the “OECD common approaches on the environment and officially supported export credits”. The OECD standards do not refer to nuclear projects, and certainly do not exclude them in the manner that the Hermes guiding principals had done. This left the government entirely free to go ahead with the Angra 3 proposal, despite vociferous opposition in parliament, lead by the Greens, who pointed out Angra 3 has long been a subject of fierce criticism in both Germany and Brazil. ECA WATCH. Financing Nuclear Times. 2011. Disponível em: <https://www.eca-watch.org/sites/default/files/financing_nuclear_times.pdf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019. (p.7)

60 HALIFAX INITIATIVE et al. cit. pp.08-10.

61 Nesse sentido, WAGNER, Ashley. The Failure of Corporate Social Responsibility Provisions Within International Trade Agreements and Export Credit Agencies as a Solution. Cit. p.219:

Since export credit agencies hold the metaphorical purse strings, they have the capacity to enforce environmentally sustainable practices through the denial of funding for environmentally harmful projects or the withholding of disbursements in case of later non-compliance. Additionally, export

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA PREVENÇÃO DO EFEITO CÂSCATA EM NEGÓCIOS E INVESTIMENTOS PRIVADOS *BUSINESS TO BUSINESS*

Em regra, as empresas multinacionais já reconhecem os riscos aos direitos humanos associados às suas operações e estão tomando medidas para preveni-los e mitigá-los, pois, além da conformidade legal, a empresa precisa assegurar-se que seus impactos sociais estão alinhados com seus propósitos e valores declarados. Em um mundo em que cada vez mais se espera que as empresas apresentem suas políticas sociais e ambientais, respeitar os direitos humanos não é apenas um imperativo ético ou legal, mas também tem reflexo econômico positivo para a empresa⁶², já que inúmeros escândalos com violações de direitos humanos pela atividade de grandes corporações geraram consequências impactantes em suas relações com consumidores, investidores, funcionários, comunidades, parceiros de negócios, governos e ONGs.⁶³

Assim, os riscos de violações aos direitos humanos podem levar as empresas a perderem valor substancial de mercado e ao comprometimento de sua reputação, além dos custos de processos judiciais. Dessa forma, o respeito pelos direitos humanos é cada vez mais visto como uma questão de gestão de riscos e boa governança.⁶⁴

No âmbito de atuação multinacional contratual, ou *business to business*, os principais padrões de *due diligence* foram consolidados também com base em orientações da OCDE⁶⁵, que, como já foi aqui apontado, apresentam atualmente um padrão de aceitação quase à unanimidade devido ao

credit agencies can provide a level of domestic oversight to help facilitate companies' incorporation of corporate social responsibility. Further, because export credit agencies are given direct access to the company's procedures in the application process, there is greater transparency and the agency has the information necessary to eliminate or mitigate environmental harm. Lastly, if a greater number of export credit agencies adopt more extensive environmental frameworks beyond the OECD, a "global environment law" will emerge as other states begin to reciprocate the "multi-country efforts of legal cooperation and standardization."

62 BAGLAYAN, B. *et al.* Good Business... cit, p.15.

63 *Ibidem*, p.13.

64 SHERMAN, J.F. Professional Responsibility of Lawyers under the Guiding Principles. 2012. disponível em: <https://www.shiftproject.org/resources/viewpoints/professional-responsibility-lawyers-guiding-principles/>; acesso em: agosto de 2019.

65 . Destaca-se atualmente: OECD. *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*. 2018. disponível em: <http://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm> acesso em: 03 de julho de 2019.

fato desse bloco de países ter as sedes das maiores empresas do mundo em inúmeras áreas de atuação, além de representar os interesses do chamado bloco “G-7”. Daí que cada vez mais empresas adotem normas de condutas com base nesses padrões de integridade nas áreas jurídica trabalhista, ambiental, concorrencial, licitações, anticorrupção, circulação de capitais e proteção de dados entre outras áreas, sempre com suas interfaces em relação aos direitos humanos e aos direitos locais.⁶⁶

Essa perspectiva da *due diligence* utilizada para garantir direitos humanos é reforçada pelos já citados *Princípios Orientadores da ONU (UNGP)*⁶⁷ com o intuito de avaliação, prevenção e mitigação dos riscos de violações aos direitos humanos:

PRINCÍPIO 15: Para cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias, a saber:

A. Um compromisso político de assumir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos;

B. Um processo de auditoria (*due diligence*) em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos;

C. Processos que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que provoquem ou tenham contribuído para provocar..⁶⁸

Dito isso, a empresa diligente e responsável é aquela que toma todas as precauções possíveis para evitar o dano e a responsabilidade não apenas em relação a atividades sob sua direta supervisão e execução, mas também em relação a toda a cadeia de contratos com parceiros essenciais para sua

66 CARROLL, A. B; SHABANA, K. M. The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice. *International Journal of Management Reviews* 12, no. 1, 2010, p. 85-86.

67 UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf acesso em: 12 de abril de 2019.

68 KWEITEL, Juana. *Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar*, Relatório Final de John Ruggie-Representante Especial do Secretário-Geral. São Paulo: Conectas, 2012. p.12.

atividade, o que leva à questão sensível da identificação de responsabilidades em todas essas áreas na relação entre grupos de empresas, consórcios, contratos da atividade fim, especialmente em ações transnacionais. O guia de *due diligence* para “empresas e negócios responsáveis” da OCDE entende esse conceito de forma ampla, ou seja, o dever de diligência se expande a:

*All types of business relationships of the enterprise – suppliers, franchisees, licensees, joint ventures, investors, clients, contractors, customers, consultants, financial, legal and other advisers, and any other non-State or State entities linked to its business operations, products or services.*⁶⁹

Esse é um cenário que mostra algumas transformações do conceito de responsabilidade civil dos grupos empresariais ou de empresas parceiras em nível global de relacionamentos. Isso não significa simplesmente que haja responsabilização direta ou irrestrita de uma empresa multinacional pelos impactos adversos causados por sua parceira, porém quanto mais esta dependa economicamente da multinacional, mais as responsabilidades se comunicam, o que é especialmente comum em cadeias de suprimentos na indústria, porque é exatamente esses impactos que uma empresa diligente precisa evitar, não mais lhe sendo permitido ignorar os riscos.

Com isso, é oportuno notar como alguns exemplos de legislações nacionais promoveram o respeito pelos direitos humanos prevendo a expansão da responsabilidade empresarial, especialmente as grandes multinacionais e, para fins de comparação e identificação de tendências futuras em direito internacional privado, envolvem aqui os chamados efeitos extraterritoriais de leis nacionais conforme se vem observando nas últimas décadas.⁷⁰

Na França, por exemplo, a Lei nº 2017-399, de 27 de março de 2017⁷¹, regulamenta um plano de vigilância para as empresas que inclui a imple-

69 OECD. OECD Due Diligence Guidance..., cit. p10.

70 Sobre o conceito de extraterritorialidade, DE SCHUTTER, Olivier. Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations. Faculte de Droit de L'Universite Catholique de Louvain, 2006. ADEYEYE, Adefolake O. *Corporate social responsibility of multinational corporations in developing countries: Perspectives on anti-corruption*. Cambridge University Press, 2012. THORGEIRSSON, Sif. Corporate Legal Accountability Project, Business & Human Rights Resource Centre, Closing the courtroom door: Where can victims of human rights abuse by business find justice? 5/12/2014. disponível em: <http://business-humanrights.org/en/closing-the-courtroom-door-wherecan-victims-of-human-rights-abuse-by-business-find-justice>; acesso em: setembro de 2019.

71 FRANÇA. Lei nº2017-399, de 27 de março de 2017.

mentação de medidas para identificar riscos e prevenir graves violações aos direitos humanos, liberdades fundamentais, saúde e segurança humana e do meio ambiente, resultantes das atividades da empresa e dos negócios que ela controla, direta ou indiretamente, bem como as atividades de subcontratadas ou fornecedores com os quais mantém relação comercial estabelecida.⁷²

Esse plano de vigilância se aplica a toda empresa que, ao final de dois exercícios sociais consecutivos, contratarem: 1) pelo menos cinco mil empregados na sua sede localizada no território francês e em suas subsidiárias também registradas na França, ou 2) pelo menos dez mil empregados na sua sede localizada na França e em suas subsidiárias diretas ou indiretas, registradas na França ou no exterior.⁷³ Ou seja, essa responsabilidade também atinge as atividades fora da França, no caso de uma empresa subsidiária estrangeira, de uma controladora com sede na França que tenha contratado pelo menos dez mil empregados no final de dois exercícios sociais consecutivos.

Caso a empresa não cumpra essas obrigações e sua atividade cause alguma violação a direitos humanos, terá de indenizar a vítima. Sendo assim, entrou em debate como uma empresa poderia comprovar que cumpriu com o seu dever de vigilância, pois, tendo observado o plano de vigilância, a empresa ficaria eximida de responsabilidade. Os debates parlamentares sobre a referida lei indicam que compromissos contratuais, certificações, parcerias com as partes interessadas provam se a empresa cumpriu ou não com o seu dever, o que só pode ser feito por meio de cláusulas contratuais e *due diligence*.⁷⁴

Antes da França, de acordo com Basak Baglayan⁷⁵, quem inovou ao regulamentar riscos de direitos humanos nas cadeias de fornecimento corporativo foram os Estados Unidos, já em 2010, quando promulgaram a Seção 1502 da Lei Dodd-Frank.⁷⁶ Referida lei exige que as empresas mul-

72 BRABANT, S.; MICHON, C.; SAVOUREY, E.: The Vigilance Plan Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance. Rev. Int. Compliance, 2017, p.3.

73 Ibidem, p.2.

74 Ibidem, p. 2-3.

75 BAGLAYAN, B. et al. Good Business..., cit., p.66.

76 UNITED STATES OF AMERICA. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, de 21 de julho de 2010. A esse respeito, em breve análise, diz LY, Pam:

tinacionais com ações na bolsa estadunidense realizem a *due diligence* em sua cadeia de fornecimento de produtos contendo minerais da República Democrática do Congo e outras regiões onde a mineração gerou conflitos armados que resultaram na morte de milhões de pessoas.⁷⁷

Como já citado, no Reino Unido há a Lei de Escravidão Moderna de 2015⁷⁸, que obriga as empresas com um faturamento anual de mais de trinta e seis milhões de libras esterlinas a informarem sobre os riscos modernos da escravidão em suas operações e cadeias de suprimento e sobre como eles estão prevenindo esses riscos.⁷⁹ Assim como na Austrália, com sua versão da lei do Reino Unido de 2018⁸⁰ exigindo para as empresas sediadas ou que tenham operação na Austrália que relatem anualmente os riscos mapeados e prevenidos de escravidão moderna em suas operações e nas cadeias de suprimento, aplicável apenas aos entes que tenham uma receita anual consolidada de mais de cem milhões de dólares.⁸¹

Conseqüentemente, a introdução dessas leis em diversas nações impondo regras de prevenção, mitigação e controle de violações de direitos humanos está impulsionando a inclusão de cláusulas contratuais com esse escopo em toda a cadeia global de negócios para assegurar que a atividade empresarial atinja objetivos de responsabilidade social.⁸²

The United States (“U.S.”) passed the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (“DFA”) in July 2010 and adopted the final rule of Section 1502 in August 2012 which required publicly traded corporations on the U.S. Stock Exchange to annually disclose any conflict minerals found in their corporate supply chains to the U.S. Securities Exchange Commission (“SEC”).² In response to the financial crisis that occurred around 2008-2009, Congress enacted the DFA Section 1502 to improve corporate accountability and transparency through non-financial disclosures on resources and mining issues that relate to conflict financing. LY, Pam. Targeting The Conflict Minerals Trade: Corporate Social Responsibility Governance and the Multilateral System (April 18, 2017). Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, Vol. 25, No. 1, 2017. disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3123513> acesso em: julho de 2019.

77 SHERMAN, J.F. Professional Responsibility of Lawyers under the Guiding Principles, 2012.

78 UNITED KINGDOM. Modern Slavery Act, de 26 de março de 2015.

79 BAGLAYAN, B. et al. Good Business... cit., p.62.

80 AUSTRÁLIA. Modern Slavery Act 2018, de 10 de dezembro de 2018.

81 BAGLAYAN, B. et al. Good Business, cit., p.66.

82 Algumas referências no tema: LEBARON, Genevieve; RÜHMKORF, Andreas. Steering CSR through home state regulation: A comparison of the impact of the UK bribery act and modern slavery act on global supply chain governance. *Global Policy*, v. 8, p. 15-28, 2017. VYTOPIL, Anna Louise. *Contractual Control in the Supply Chain*. On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability. Eleven International Publishing, 2015. VYTOPIL, Anna Louise. Contractual control and labour-related CSR norms in the supply chain: Dutch best practices. *Utrecht L. Rev.*, v. 8, p. 155, 2012. SCHEFFER, David; KAEB, Caroline. The five levels of CSR compliance: The resiliency of corporate liability under the alien tort statute and the case for a counterattack strategy in compliance theory. *Berkeley J. Int'l L.*, v. 29, p. 334, 2011. BAGLAYAN,

As empresas, geralmente multinacionais, agora precisam certificar-se de que estão agindo de acordo com essas exigências globais alinhadas com os *UNGP* e os padrões da OCDE, a fim de não serem penalizadas até mesmo fora de seu território e assim manterem uma boa reputação no mercado.

Numa pesquisa da *Legal Business* conduzida como parte de um relatório sobre direitos humanos constatou que, de 275 conselheiros gerais, quase metade (46%) relatou ter encontrado cláusulas de direitos humanos em contratos comerciais. Para empresas com faturamento acima de 10 bilhões de dólares, esse valor sobe para 84%. Ou seja, a pesquisa mostra a crescente importância dessas questões para as empresas e a forma como os conselheiros gerais das empresas passaram a pensar os direitos humanos.⁸³

Uma das maneiras de as empresas comprovarem sua integridade se dá por meio de previsões de direitos humanos em seus contratos comerciais exigindo que, durante a relação negocial, tanto contratante como contratada e suas respectivas controladoras, controladas, filiais, subsidiárias diretas e indiretas e subcontratadas assegurem que os cuidados relacionados à saúde, segurança, meio ambiente e direitos humanos estejam protegidos em toda a cadeia de suprimentos, num “efeito cascata” de penalidades em caso de violação, desde a rescisão contratual até o pagamento de multa para a parte inocente.⁸⁴⁻⁸⁵

Porém, mesmo que as empresas declarem que suas atividades estejam em conformidade com as leis locais, é possível que ocorra a responsabilidade por violação dos direitos humanos porque frequentemente as leis locais

B. et al. *Good Business...* cit., p.62.

83 WOOD, J. The new risk front for GCs – Nearly half of contracts have human rights clauses, LB research finds, 2016.

84 CROCKETT, A. Human Rights Clauses in Commercial Contracts. LSE Laboratory for Advanced Research on the Global Economy – Investment and Human Rights Project (blog), 2014.

85 Um exemplo de cláusula contratual muito utilizada no Brasil é o seguinte:

1. As Partes declaram que, nesta data, e durante a vigência deste Contrato: (a) respeitam e respeitarão a legislação trabalhista relativa à saúde ou segurança ocupacional, inclusive quanto a trabalho escravo ou infantil; (b) suas atividades e propriedades estão e estarão em conformidade com a legislação ambiental brasileira.

1.1. A Contratada e as Subcontratadas apresentarão à Contratante, quando solicitado, os documentos exigidos pela legislação ambiental e trabalhistas vigentes, com o fim de atestar o regular desempenho de suas atividades.

1.2. Independentemente de culpa, a Contratada e as Subcontratadas ressarcirão a Contratante de qualquer quantia que esta seja compelida a pagar, e a indenizarão por quaisquer perdas e danos referentes aos danos ambientais ou relativos a saúde e segurança ocupacional que a autoridade entenda estar relacionado com o objeto deste Contrato.

exigem o nível mínimo de proteção. Uma empresa garante sua isenção por violação de direitos humanos praticada por fornecedores, clientes ou outros parceiros de negócios desde que exija, em “efeito cascata”, a observância dos padrões globais de proteção, seja por influência gradual dos padrões de direito *soft*, seja pelas regulamentações legais nacionais (*hard law*).⁸⁶

Por isso, nota-se que as empresas, especialmente as multinacionais, não têm opção senão exigir que seus fornecedores, clientes e parceiros de negócios ajam de acordo com as leis locais e padrões globais, com respeito especial aos direitos humanos, mediante processos permanentes de *due diligence*, para antecipar, prevenir ou mitigar impactos sobre os direitos humanos no relacionamento com outras empresas,⁸⁷ o que acaba contribuindo para um ambiente internacional de negócios em que as pequenas e médias empresas parceiras e fornecedoras, que muitas vezes têm apenas uma grande multinacional como principal cliente, não possam simplesmente declarar em seus contratos que respeitam os direitos humanos, e sim, na prática, sejam forçadas a tomar medidas efetivas de acordo com esses valores.⁸⁸

Esse “efeito cascata” *business to business* revela uma responsabilidade em cadeia entre várias empresas de um mesmo grupo (quando todo o seu organograma societário deverá obedecer a uma mesma norma), ou entre várias empresas contratadas, subcontratadas ou fornecedores com as quais se mantêm os contratos.⁸⁹

Alguns exemplos comprovam o efeito cascata: o grupo *The Coca Cola Company* realiza *due diligence* com o intuito de garantir direitos humanos em toda a sua cadeia de fornecimento:

Em um mundo de mídia social de crescente transparência, as expectativas das empresas em lidar com seus impactos nos direitos humanos aumentaram substancialmente. Durante a última década, tenho trabalhado na *The Coca-Cola Company* para garantir que tenhamos políticas corretas, práticas diárias e ferramentas para identificar, prevenir e mitigar os

86 EUROPEAN COMMISSION. *My Business and Human Rights: A Guide to Human Rights for Small and Medium-Sized Enterprises*, 2012, p.4.

87 OECD. *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018, p. 17.

88 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Guia Prático da IBA sobre Empresas e Direitos Humanos para Advogados Empresariais*, 2016.

89 BAGLAYAN, B. et al. *Good Business...*, cit., p.66.

impactos sobre os direitos humanos dentro do sistema de negócios e cadeia de fornecimento da Coca-Cola.

Nos últimos anos, desenvolvemos ferramentas de *due diligence* de direitos humanos que nos ajudam a identificar potenciais riscos a esses direitos. Com base em nossa abordagem de *due diligence* em Myanmar em 2012, adotamos uma abordagem ampliada e mais aprofundada, baseada no país em que será feita a *due diligence* de direitos humanos que nos permite entender melhor se estamos tendo um impacto nos direitos humanos em nossa cadeia de fornecimento, seja trabalho infantil, trabalho escravo e direitos reais. Esses estudos de *due diligence* de direitos humanos são baseados em pesquisas, engajamento de partes interessadas e observação de campo, e nos permitem focar em questões de risco específicos, geografia e commodity. O resultado: identificação de problemas, se houver, apresentamos recursos para suprir as lacunas subjacentes, engajamos e capacitamos as partes interessadas para mitigar o impacto potencial ou existente sobre os direitos humanos.⁹⁰

No Brasil, para citar um entre inúmeros exemplos, a MRV possui um programa de integridade prevendo que as partes que pretendam ter relação comercial com essa empresa devem comprometer-se com práticas éticas no combate à corrupção e sustentáveis de negócios, atendendo os direitos humanos e as normas trabalhistas⁹¹. Além disso, essa empresa declara realizar uma avaliação prévia a fim de verificar a idoneidade e evitar que seja responsabilizada por atos praticados por seus fornecedores, terceiros e parceiros, que não compartilham com esses valores. Ao final da verificação prévia, caso seja identificado algum risco a esses valores, a área de *compliance* deverá ser acionada para realizar a *due diligence*. Ou seja, além de prever os compromissos com direitos humanos em cláusulas contratuais, caso a outra parte não cumpra com essa obrigação, a MRV realiza a *due diligence* a fim de reforçar a cláusula contratual.

90 POTTER, Ed. Leading through Change: Child Labor, Forced Labor and Land Rights. 2015. disponível em: <https://www.coca-colacompany.com/stories/leading-through-change-child-labor-forced-labor-and-land-rights> acesso em: abril de 2019. trad. livre.

91 MRV. Política de Relacionamento com Fornecedores, Prestadores de Serviço e Agentes Intermediários. Disponível em: <https://www.mrv.com.br/institucional/upload/ProgramIntegridade/politica_de_relacionamento_com_fornecedores_prestadores_de_servico_e_agentes_intermediarios_site_ca-final_636561822920405954.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

Essas tendências são importantes para análise e balanço da efetividade do sistema internacional de proteção dos direitos humanos nas relações empresariais, entre defensores e críticos⁹², tornando a área uma promissora e inevitável área de pesquisa e de atuação prática dos juristas do tempo presente.

CONCLUSÕES

Assim como acontece no Brasil, a atuação empresarial com integridade ou *compliance* é frequentemente vista nas práticas corporativas internacionais como um instrumento específico para banir a corrupção, especialmente após ganhar força com as legislações nesse tema. Como se demonstrou, as tendências de proteção dos direitos humanos ligadas às empresas são mais recentes e impactantes. Todavia, como já foi aqui referido, a demanda por integridade corporativa deriva de um regime internacional de direitos vinculantes (*hard law*) e não vinculantes (*soft law*) nas áreas de risco já conhecidas (meio-ambiente, corrupção, concorrência, relações de trabalho, uso de dados etc.), numa crescente ligação entre a vida da empresa e os direitos humanos, especialmente após inúmeros casos de abusos empresariais como os casos de exploração de trabalho escravo, danos graves ao meio-ambiente, prejuízos sociais a comunidades etc.

Conclui-se que os direitos nacionais e internacional se transformaram substancialmente nas últimas décadas, pois já existe um regime internacional

92 SAFARTY, Galit, Shining Light on Global Supply Chains (October 20, 2014). Harvard International Law Journal, Vol. 56, p. 419, 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2512417>; ATAPATTU, Sumudu. International environmental law and soft law: a new direction or a contradiction. In: BAILLIET, Cecilia (Ed.). *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins*. Cambridge University Press, 2012. Barth, R & Wolff, Franziska. Corporate social responsibility in Europe: Rhetoric and realities. Corporate Social Responsibility in Europe: Rhetoric and Realities. (2009). Acesso em: 20 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286480806_Corporate_social_responsibility_in_Europe_Rhetoric_and_realities. BARTH, Regine; WOLFF, Franziska; SCHMITT, Katharina. CSR between Rhetoric and Reality. *Ökologisches Wirtschaften-Fachzeitschrift*, v. 22, n. 4, 2007. disponível em: <http://www.oekologisches-wirtschaften.de/index.php/oew/article/viewFile/534/534> Acesso em: 20 de agosto de 2019. Jamali, D. and Karam, C. (2018), Corporate Social Responsibility in Developing Countries as an Emerging Field of Study. *International Journal of Management Reviews*, 20: 32-61. <http://doi:10.1111/ijmr.12112>; DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini. Direitos Humanos, Empresa e Desenvolvimento Sustentável. *Direito e Desenvolvimento*, v. 6, n. 12, p. 145-156, 2015. DE MENDONÇA, Marina Alves; VIEIRA, Fernando Augusto Alves; DAS GRAÇAS TARGINO, Maria. Responsabilidade Social Internacional: conceituação, contextualização e aplicabilidade no âmbito do Estado e das organizações. *Perspectivas em Gestão & Conhecimento*, v. 3, n. 2, p. 75-91, 2013.

soft de proteção aos direitos humanos que reflete crescentemente nas diversas leis nacionais com foco na atividade empresarial e grandes reflexos nas relações de produção, no comércio e nos serviços, especialmente das empresas multinacionais. A conformidade das empresas com essas normas é cada vez mais uma obrigação não apenas para evitar punições, mas especialmente para garantir investimentos, contratos públicos e uma boa relação contratual com as demais empresas privadas, condição essencial para assegurar espaço num mercado cada vez mais alinhado ao conceito de integridade corporativa.

BIBLIOGRAFIA

- AARONSON, Susan Ariel; CHAUFFOUR, Jean Pierre. *The Wedding of Trade and Human Rights: Marriage of Convenience or Permanent Match?* World Trade Organization, disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr11_forum_e/wtr11_15feb11_e.htm (acesso em maio de 2019)
- ADEYEYE, Adefolake O. *Corporate social responsibility of multinational corporations in developing countries: Perspectives on anti-corruption*. Cambridge University Press, 2012.
- AGÊNCIA BRASILEIRA GESTORA DE FUNDOS GARANTIDORES E GARANTIAS - ABGF. *Médio e Longo Prazo (SCE/MLP)*. Disponível em: <https://www.abgf.gov.br/negocios/sce-medio-e-longo-prazo/>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- ATAPATTU, Sumudu. International environmental law and soft law: a new direction or a contradiction. In: BAILLIET, Cecilia (Ed.). *Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes: From the Margins*. Cambridge University Press, 2012.
- AUSTRÁLIA. *Modern Slavery Act 2018*, de 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BAGLAYAN, Basak; LANDAU, Ingrid and MCVEY, Marisa; WODAJO, Kebene. *Good Business: The Economic Case for Protecting Human Rights*. 2018. disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329828724_Good_Business_The_Economic_Case_for_Protecting_Human_Rights; acesso em maio de 2019.
- BANCO DO BRASIL - BB. *Diretrizes de Sustentabilidade para o Crédito*. 2018. Disponível em: <https://www.bb.com.br/docs/portal/pub/DiretrizesSustentabilidadeCredito.pdf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL - BNDES. *Plano Plurianual de Implementação da PRSA*. 2018. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/2eee5816-3c2c-49aa-b>

895-a1872cc61485/Plano-Implementacao_PRSA-2018-2020.pdf?MOD=AJPERES&CVID=me7QS2V>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

_____. *Política de Responsabilidade Social e Ambiental (“RSA”)*. 2014. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-nos-orienta/politicas/politica-responsabilidade-social-ambiental>>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

BARTELS, L. *The European Parliament’s Role in Relation to Human Rights in Trade and Investment Agreements*, 2014. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/86031/Study.pdf>>. Acesso em: 03 jun.2019.

BARTH, R.; WOLFF, Franziska. *Corporate social responsibility in Europe: Rhetoric and realities. Corporate Social Responsibility in Europe: Rhetoric and Realities*. (2009). Acesso em: 20 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286480806_Corporate_social_responsibility_in_Europe_Rhetoric_and_realities.

BARTH, Regine; WOLFF, Franziska; SCHMITT, Katharina. *CSR between Rhetoric and Reality*. *Ökologisches Wirtschaften-Fachzeitschrift*, v. 22, n. 4, 2007. disponível em: <http://www.oekologisches-wirtschaften.de/index.php/oew/article/viewFile/534/534> Acesso em: 20 de agosto de 2019.

BOHRZ, Clara Rossatto; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Dupla influência e dupla projeção entre global e local: O “caso Mariana” e a (ir) responsabilidade social das empresas de mineração*. *Homa Publica-Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 2, n. 2, p. 156-203, 2018.

BPIFRANCE. *Evaluation Environnementale et Sociale*. Disponível em: <https://www.bpifrance.fr/Qui-sommes-nous/Nos-metiers/International/Assurance-Export/Evaluation-Environnementale-et-Sociale> acesso em: julho de 2019.

BRABANT, S.; MICHON, C.; SAVOUREY, E.: *The Vigilance Plan Cornerstone of the Law on the Corporate Duty of Vigilance*. *Rev. Int. Compliance*, 2017. *Revue Internationale De La Compliance Et De L’éthique Des Affaires – Supplément À La Semaine Juridique Entreprise Et Affaires N° 50 Du Jeudi 14 Décembre 2017*. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Law%20on%20the%20Corporate%20Duty%20of%20Vigilance%20-%20Vigilance%20Plan%20-%20Intl%20Rev.Compl.%20%26%20Bus.%20Ethics.pdf>>. Acesso em:29 jun. 2019.

BRABANT, S.; SAVOUREY, E.: *A Closer Look at the Penalties faced by Companies Rev. Int. Compliance*, 2017. *Revue Internationale De La Compliance Et De L'éthique Des Affaires – Supplément À La Semaine Juridique Entreprise Et Affaires* N° 50 Du Jeudi 14 Décembre 2017. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/French%20Corporate%20Duty%20of%20Vigilance%20Law%20-%20Penalties%20-%20Int%2527%20Rev.Compl_.%20%26%20Bus.%20Ethics_.pdf>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

_____. *Scope of the Law on Corporate Duty of Vigilance Rev. Int. Compliance*, 2017. *Revue Internationale De La Compliance Et De L'éthique Des Affaires – Supplément À La Semaine Juridique Entreprise Et Affaires* N° 50 Du Jeudi 14 Décembre 2017. Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Scope%20of%20the%20Corporate%20Duty%20of%20Vigilance%20Law%20-%20Companies%20Subject%20to%20the%20Vigilance%20Obligations%20-%20Int%27%20Rev.Compl_.%20%26%20Bus.%20Ethics.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n. 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL-MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Comitê de Financiamento das Exportações – Cofig. Manual de Procedimentos de Compliance para o Sistema de Apoio Oficial à Exportação*, 06/12/2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/manual-de-procedimentos-de-compliance-revisado-20-12-2018.pdf> acesso em: julho de 2019.

CAN, Özgür; SECK, Sara. *The legal obligations with respect to human rights and Export Credit Agencies*. 2006. Disponível em: <https://earthrights.org/wp-content/uploads/Export-Credit-Agencies-and-Human-Rights.pdf> acesso em: agosto de 2019.

CARROLL, A. B; SHABANA, K. M. *The Business Case for Corporate Social Responsibility: A Review of Concepts, Research and Practice*. *International Journal of Management Reviews* 12, no. 1, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228118692_The_Business_Case_for_Corporate_Social_Responsibility_A_Review_of_Concepts_Research_and_Practice>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CERONE, John. *A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition*. In: LAGOUTTE, Stéphanie; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; CERONE, John. *Tracing the roles of soft law in Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2016.

- CROCKETT, A. *Human Rights Clauses in Commercial Contracts*. LSE Laboratory for Advanced Research on the Global Economy – Investment and Human Rights Project (blog), 2014. Disponível em: <<https://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/6667/>>. Acesso em 03 jun. 2019.
- DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. *Direitos Humanos, Empresa e Desenvolvimento Sustentável*. Direito e Desenvolvimento, v. 6, n. 12, p. 145-156, 2015.
- DE MENDONÇA, Marina Alves; VIEIRA, Fernando Augusto Alves; DAS GRAÇAS TARGINO, Maria. *Responsabilidade Social Internacional: conceituação, contextualização e aplicabilidade no âmbito do Estado e das organizações*. Perspectivas em Gestão & Conhecimento, v. 3, n. 2, p. 75-91, 2013.
- DE SCHUTTER, Olivier. *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*. Faculte de Droit de L'Universite Catholique de Louvain, 2006.
- DEBIO, A. D.; MAEDA, B. C.; AYRES, C. H. S. (orgs). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2013.
- ECA WATCH. *Financing Nuclear Times*. 2011. Disponível em: <https://www.eca-watch.org/sites/default/files/financing_nuclear_times.pdf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- EDC. *Human Rights Policy*, p. 2. disponível em: <https://www.edc.ca/content/dam/edc/en/corporate/corporate-social-responsibility/environment-people/human-rights-policy.pdf> aceso em: julho de 2019.
- ELLIS, M. *The FCPA in Latin America Common Corruption Risks and Effective Compliance Strategies for the Region*. Corporate Compliance Insights, 2016.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, de 21 de julho de 2010. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- EUROPEAN COMMISSION. *My Business and Human Rights: A Guide to Human Rights for Small and Medium-Sized Enterprises*, 2012. Disponível em: <<http://accessfacility.org/my-business-and-human-rights-guide-human-rights-small-and-medium-sized-enterprises>>. Acesso em: 28 mai. 2019.
- EXIM. *Environmental and Social Due Diligence Procedures and Guidelines* (June 27, 2013, revised December 12, 2013) disponível em: <https://www.exim.gov/policies/ex-im-bank-and-the-environment/environmental-and-social-due-diligence-procedures-and-guidelines>; acesso em: julho de 2019.

- EXPORT DEVELOPMENT CANADA - EDC. *Environmental and Social Risk Management Policy* (“ESRM Policy”). 2019. Disponível em: <<https://www.edc.ca/content/dam/edc/en/corporate/corporate-social-responsibility/environment-people/esrm-policy-framework-consultations.pdf>>; acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- FEENEY, Patricia. *A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy*. São Paulo: Sur: SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009-&lng=en&nrmiso. Acesso em: 19 de abril de 2019.
- FRANÇA. *Lei nº2017-399*, de 27 de março de 2017. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte#JORFARTI000034290627>>. Acesso em: 10 jul. 2019
- FREUDENBERG, Nicholas. *The 100 Largest Governments and Corporations by Revenue in 2016*. Corporations and Health Watch. 2017. disponível em: <http://www.corporationsandhealth.org/2017/10/09/the-100-largest-governments-and-corporations-by-revenue-in-2016/>. Acesso em 28/05/2019.
- GOOD, Christoph. *Mission Creeps: The (Unintended) Re-enforcement of the Actor’s Discussion in International Law through the Expansion of Soft Law Instruments in the business and Human Rights Nexus*. In: LAGOUTTE, Stéphanie; GAMMELTOFT-HANSEN, Thomas; CERONE, John. *Tracing the roles of soft law in Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2016.
- HALIFAX INITIATIVE, BOTH ENDS, COUNTERCURRENT, FÓRUM SUAPE, RÍOS VIVOS. *Export Credit Agencies and Human Rights: Failure to protect*. 2015. Disponível em: <https://www.eca-watch.org/sites/default/files/Failure%20to%20Protect_0.pdf>. Acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- HALL, Rodney Bruce; BIERSTEKER, Thomas J. (Ed.). *The emergence of private authority in global governance*. Cambridge University Press, 2002.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Guia Prático da IBA sobre Empresas e Direitos Humanos para Advogados Empresariais*, 2016. Disponível em: <<https://www.ibanet.org/LPRU/Business-and-Human-Rights-Documents.aspx>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- JAMALI, D.; KARAM, C. (2018), *Corporate Social Responsibility in Developing Countries as an Emerging Field of Study*. *International Journal of Management Reviews*, 20: 32-61. <http://doi:10.1111/ijmr.12112>;
- KINLEY, David. *Necessary Evil: How to Fix Finance by Saving Human Rights*. Oxford University Press, 2018.

- KWEITEL, Juana. *Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar*, Relatório Final de John Ruggie-Representante Especial do Secretário-Geral. São Paulo: Conectas, 2012. p.12.
- LAGOUTTE, Stéphanie. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: a confusing ‘smart mix’ of soft and hard international human rights law. In: LAGOUTTE, Stéphanie et. all. *Tracing the roles of soft law in Human Rights*. Oxford, 2016, p. 237, footnotes.
- LAMY, E. (org.). *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- LAND, Molly K.; ARONSON, Jay D. (Ed.). *New Technologies for Human Rights Law and Practice*. Cambridge University Press, 2018.
- LEBARON, Genevieve; RÜHMKORF, Andreas. *Steering CSR through home state regulation: A comparison of the impact of the UK bribery act and modern slavery act on global supply chain governance*. Global Policy, v. 8, p. 15-28, 2017.
- LIKOSKY, Michael B. *Law, Infrastructure and Human Rights*. Cambridge University Press, 2006.
- LIMA, D. P. D. *Compliance. Prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- LY, Pam. *Targeting The Conflict Minerals Trade: Corporate Social Responsibility Governance and the Multilateral System* (April 18, 2017). Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, Vol. 25, No. 1, 2017. disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3123513> acesso em: julho de 2019.
- MRV. *Política de Relacionamento com Fornecedores, Prestadores de Serviço e Agentes Intermediários*. Disponível em: <https://www.mrv.com.br/institucional/upload/ProgramIntegridade/politica_de_relacionamento_com_fornecedores_prestadores_de_servico_e_agentes_intermediarios_site_ca-final_636561822920405954.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- MUNHÓS, J.; QUEIRÓS, R.P.(orgs.) *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance*. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- NISSENBAUM, H. *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2010.
- O'BRIEN, Claire Methven. *Essential Services, Public Procurement and Human Rights in Europe* (January 24, 2015). University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 22/2015. disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2591898> ou <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591898>; acesso em: maio de 2019.

O'BRIEN, Claire Methven; MEHRA, Amol; MEULEN, Nicole Vander. *Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions*. Danish Institute for Human Rights, Harrison Institute at Georgetown Univ., Intl. Corporate Accountability Roundtable, and published on 18 July 2016. Disponível em: <https://www.icar.ngo/publications/2017/4/26/public-procurement-and-human-rights-a-survey-of-twenty-jurisdictions>; acesso em: setembro de 2019.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - *Direção para a Governação Pública e o Desenvolvimento Territorial*. Recomendação do Conselho em Matéria de Contratos Públicos. 2015. disponível em: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomendação-conselho-contratos.pdf> acesso em: maio de 2019.

_____. *Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*. 2011. Acesso em 20/05/2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/ConsolidatedDeclarationTexts.pdf>

_____. *Export Credits and Bribery: 2017 Review of responses to the survey on measures taken to combat bribery in officially supported export credits*. 2018. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG\(2018\)3/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/ECG(2018)3/FINAL&docLanguage=En); acesso em: 14 de Agosto de 2019.

_____. *Guidelines for Multinational Enterprises*, p.15. Acesso em: 10/04/2019. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>

_____. *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*. 2018. disponível em: <http://www.oecd.org/investment/duo-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm> acesso em: 03 de julho de 2019.

_____. *Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits ("Common Approaches")*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocument/?cote=TAD/ECG%282016%293&doclanguage=en>; acesso em: 14 de Agosto de 2019.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Acesso em 24/05/2019. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm

OHCHR-UN. *Corruption and Human Rights*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/CorruptionAndHR/Pages/CorruptionAndHRIndex.aspx>; Acesso em: setembro de 2019.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Acesso em 24/05/2019. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>

_____. *Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Objetivo 8. Trabalho Decente e Crescimento Econômico*. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/ods/8/>; acesso em: setembro de 2019.

_____. *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)*. UN OHCHR: Nova Iorque e Geneva, 2011. Disponível em: <https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf> . Acesso em: 14 de Agosto de 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção no 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, promulgada no Brasil em 2004, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm acesso em: junho de 2019;

_____. *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) - 5th Edition (2017)*. Acesso em 20/05/2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaration/lang--en/index.htm>

PIETH, Mark; IVORY, Radha (Ed.). *Corporate criminal liability: emergence, convergence, and risk*. New York : Springer, 2011.

POTTER, Ed. *Leading through Change: Child Labor, Forced Labor and Land Rights*. 2015. disponível em: <https://www.coca-colacompany.com/stories/leading-through-change-child-labor-forced-labor-and-land-rights> acesso em: abril de 2019.

RICH, Bruce. *Mortgaging the Earth: World Bank, Environmental Impoverishment and the crisis of development*. Routledge, 2014.

SAFARTY, Galit, *Shining Light on Global Supply Chains* (October 20, 2014). Harvard International Law Journal, Vol. 56, p. 419, 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2512417>;

SCHEFFER, David; KAEB, Caroline. *The five levels of CSR compliance: The resiliency of corporate liability under the alien tort statute and the case for a counterattack strategy in compliance theory*. Berkeley J. Int'l L., v. 29, p. 334, 2011.

SHERMAN, J.F. *Professional Responsibility of Lawyers under the Guiding Principles*, 2012. Disponível em: <<https://www.shiftproject.org/resources/viewpoints/professional-responsibility-lawyers-guiding-principles/>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

- SHIFT PROJECT. *OECD includes Human Rights Due Diligence in recommendations for Export Credit Agencies*. 2016. Disponível em: <https://www.shiftproject.org/news/oecd-human-rights-due-diligence-export-credit-agencies/> Acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- STEPHENS, Beth. *The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*. Berkeley Journal of International Law, 2002, v.20. Issue 1.
- THORGEIRSSON, Sif. *Corporate Legal Accountability Project, Business & Human Rights Resource Centre, Closing the courtroom door: Where can victims of human rights abuse by business find justice?* 5/12/2014. disponível em: <http://business-humanrights.org/en/closing-the-courtroom-door-wherecan-victims-of-human-rights-abuse-by-business-find-justice>; acesso em: setembro de 2019.
- UN - UNITED NATIONS. *Commission on Transnational Corporations. Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations*. 1983. Acesso em 20/05/2019. Disponível em: http://myanmar-law-library.org/IMG/pdf/draft_united_nations_code_of_conduct_on_transnational_corporations.pdf
- _____. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf acesso em: 12 de abril de 2019.
- _____. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*. p.06. Acesso em: 10/04/2019. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/2>)
- UNITED KINGDOM EXPORT FINANCE - UKEF. *UK Export Finance: Environmental, Social and Human Rights Policy ("ESHR Policy")*. 2016. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/uk-export-finance-environmental-social-and-human-rights-policy>; acesso em: 14 de Agosto de 2019.
- UNITED KINGDOM. *Modern Slavery Act*, de 26 de março de 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>. Acesso em: 10 jul. 2019
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Summary of the Human Rights Council panel discussion on the right to privacy in the digital age*, December 19, 2014, disponível em: www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/28/39, p.03, Acesso em setembro de 2019.
- VYTOPIŁ, Anna Louise. *Contractual control and labour-related CSR norms in the supply chain: Dutch best practices*. Utrecht L. Rev., v. 8, p. 155, 2012.

- _____. *Contractual Control in the Supply Chain*. On Corporate Social Responsibility, Codes of Conduct, Contracts and (Avoiding) Liability. Eleven International Publishing, 2015.
- WAGNER, Ashley. *The Failure of Corporate Social Responsibility Provisions Within International Trade Agreements and Export Credit Agencies as a Solution*. Boston University International Law Journal , v. 35, 2017.
- WOOD, J. *The new risk front for GCS – Nearly half of contracts have human rights clauses, LB research finds*, 2016. Disponível em: <<https://www.legalbusiness.co.uk/blogs/the-new-risk-front-for-gcs-nearly-half-of-contracts-have-human-rights-clauses-lb-research-finds/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- WRIGHT, Christopher. *Global banks, the environment, and human rights: The impact of the Equator Principles on lending policies and practices*. Global Environmental Politics, v. 12, n. 1, p. 56-77, 2012.

