



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



**RISCO, AUTORREGULAÇÃO E *COMPLIANCE*: BASES PARA UM MODELO DE
RESPONSABILIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO
PENAL**

EDUARDO LEMOS LINS DE ALBUQUERQUE

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife
2017

EDUARDO LEMOS LINS DE ALBUQUERQUE

RISCO, AUTORREGULAÇÃO E *COMPLIANCE*: BASES PARA UM MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO AUTÔNOMA DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PENAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Linguagem e Direito.

Grupo 3.1: Retórica e Pragmatismo no Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

A345r Albuquerque, Eduardo Lemos Lins

Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal. – Recife: O Autor, 2017.

216 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.

Inclui bibliografia: 201-215.

1. Direito penal. 2. Autorregulação. 3. Compliance. 4. Responsabilidade penal. 5. Legislação estrangeira. 6. Normas – Cumprimento normativo – Normas legais. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

345 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2017-27)

EDUARDO LEMOS LINS DE ALBUQUERQUE

“Risco, autorregulação e *compliance*: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal”.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Linha de Pesquisa: Linguagem e Direito.

Grupo 3.1: Retórica e Pragmatismo no Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e julgou nos seguintes termos:

Professor Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**, UFPE.

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**, UFPE.

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**, PUC-Minas.

Julgamento: _____

Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: _____

Recife, 20 de fevereiro de 2017.

Coordenadora Professora Dra. Juliana Teixeira Esteves.

AGRADECIMENTOS

Com o fim do presente trabalho, faz-se necessária uma rápida reflexão sobre todos aqueles que participaram direta ou indiretamente em sua elaboração. Escrever uma dissertação de mestrado, ao contrário do que pode parecer, não é – nem nunca será, suspeito – , um esforço meramente individual. Isto porque, sem a força e o estímulo diários de diversas pessoas, dificilmente seria possível chegar ao resultado ora alcançado.

Neste sentido, em primeiro lugar, preciso agradecer à minha família, em geral, e aos meus pais, Fernando e Suzana, em particular. É sabido que as ausências durante o último ano foram bem maiores que os comparecimentos. Entretanto, o apoio incondicional e a compreensão estiveram, igualmente, sempre presentes, independentemente de qualquer circunstância.

Do mesmo modo, o agradecimento a Lígia Cireno Teobaldo é obrigatório, por sua enorme participação na conclusão desta dissertação de mestrado. Sem a sua paciência e interesse verdadeiro não apenas para corrigir, como também para debater, criticar, opinar, ouvir e estimular, dificilmente teria conseguido alcançar o resultado pretendido e que agora apresento. Não existem palavras suficientes para agradecê-la.

Não poderia deixar de agradecer, ademais, a todos os membros da equipe do escritório de Advocacia Criminal Rigueira, Amorim, Caribé, Caúla & Leitão. O ambiente de constante aprendizado, tanto pessoal quanto intelectual, proporcionado pela nossa equipe, bem como a nossa luta diária em prol da defesa intransigente das garantias individuais e coletivas foram, sem dúvidas, elementos essenciais para a inspiração e para o desenvolvimento da presente dissertação.

Por fim, é igualmente necessário expressar o meu profundo agradecimento aos professores Leonardo Siqueira, Ricardo de Brito, Cláudio Brandão e, mais especialmente, ao meu orientador Edílson Nobre. Suas palavras de confiança e estímulo, bem como seus atentos ensinamentos foram fundamentais durante esta jornada que agora se encerra.

RESUMO

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Risco, autorregulação e compliance:** bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal. 2017. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

A evolução legislativa de diversos países europeus e latino-americanos parece apontar que o postulado da *societas delinquere potest*, cedo ou tarde, se tornará uma realidade generalizada. As legislações mais recentes a tratar sobre o tema, porém, oriundas de países como Espanha, Chile, Estados Unidos, Suíça, Itália, Austrália, entre outros, trouxeram um novo contorno para a discussão. Agora, ao invés de focarem a reprovação da pessoa jurídica exclusivamente na ocorrência de atos ilícitos praticados por seus integrantes em seu benefício, modelo conhecido como responsabilidade vicarial, estas legislações passaram a reprovar, de forma mista ou exclusiva, a pessoa jurídica em razão da inexistência, ou da existência ineficiente, de programas de cumprimento normativo no interior das organizações. Juridicamente, todavia, como se sustenta esta nova realidade? Seriam estas construções legislativas teoricamente alienadas, alicerçadas apenas por desígnios de política criminal dos Estados, sem contar com a devida fundamentação teórica? Este não parece ser o caso, visto que, a partir de uma análise a priori, estas novas regras estariam, sim, amparadas por uma fundamentação jurídica hábil, a qual, inclusive, possibilitará a realização de um verdadeiro giro conceitual no edifício dogmático que alicerça a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, da heterorresponsabilidade para a autorresponsabilidade. Mediante este câmbio de perspectivas, é possível perceber que a implementação de programas de cumprimento normativo voltados para a autorregulação das pessoas jurídicas, cujo fim último seria o de impor que estas passem a atuar em conformidade com as normas legais e extralegais vigentes, irá assumir um papel de protagonismo nesta discussão. A presente dissertação de mestrado, pois, volta-se à análise aprofundada das soluções apresentadas tanto pela doutrina quanto pela legislação estrangeira sobre o tema, com a pretensão de investigar em que grau os fenômenos do risco, da autorregulação e do *compliance* podem funcionar como bases teóricas aptas a sustentar um novo modelo de responsabilização penal, voltado, desta vez, exclusivamente para as pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Risco. Autorregulação. Cumprimento normativo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

ABSTRACT

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Risk, self-regulation and compliance:** bases for a model of autonomous liability of legal entities in criminal law. 2017. 215f. Dissertation (Master's Degree in Law) – Programa de Pós-Graduação, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

The legislative evolution of several European and Latin American countries seems to indicate that the postulate of *societas delinquere potest*, eventually, will become a generalized reality. The most recent legislations to deal with this issue, however, from countries such as Spain, Chile, the United States, Switzerland, Italy, Australia, among others, brought a new angle to the discussion. Now, instead of focusing on the disapproval of the legal entities based exclusively on the occurrence of illegal acts committed by its members for their benefit, a model known as vicarious liability, these legislations began to disapprove, in a mixed or exclusive way, the legal entity because of the inexistence, or the inefficient existence, of normative compliance programs within the structure of the organizations. Legally, however, how does this new reality stand? Are these legislative constructions theoretically alienated, based only on the designs of the criminal policy of the States, without adequate theoretical grounds? This does not seem to be the case, since, from a prior analysis, these new rules seem to be supported by a strong legal basis, which, in turn, will enable a real conceptual turn to take place in the dogmatic edifice that underlies the Criminal liability of legal entities, from heteroresponsibility to self-responsibility. Through this exchange of perspectives, it is possible to perceive that the implementation of compliance programs aimed at the self-regulation of legal entities, whose ultimate goal would be to impose them to act in accordance with the current legal and extralegal norms, will assume a role of protagonism in the present discussion. This masters dissertation, therefore, focuses on the in-depth analysis of the solutions presented by both the doctrine and the foreign law on the subject, with the aim of investigating to what degree these phenomena of risk, self-regulation and compliance can function as appropriate theoretical bases to support a new model of criminal liability, which, this time, is exclusively aimed at legal entities.

Keywords: Risk. Self-regulation. Compliance. Criminal liability of legal entities.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO. | 8 |
| 2. A TUTELA JURÍDICO-PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: AS RAZÕES DE UM DIREITO PENAL EM EXPANSÃO. | 12 |
| 2.1 A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS E A NATUREZA DINÂMICA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E A VIDA SOCIAL. | 12 |
| 2.2 TEMPOS DE INCERTEZA: O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DE RISCOS. | 16 |
| 2.3 AS CARACTERÍSTICAS DO RISCO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. | 23 |
| 2.4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A TENTATIVA DE CONTENÇÃO DOS RISCOS GLOBALIZADOS. | 29 |
| 3. A CRISE REGULATÓRIA E O FENÔMENO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA. | 35 |
| 3.1 O ESTADO EM CRISE: A FALÊNCIA DO MODELO INTERVENCIONISTA E A NECESSIDADE DE NOVAS PERSPECTIVAS. | 35 |
| 3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA: UMA COMPREENSÃO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS. | 45 |
| 3.3 O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE DENTRO DO CONTEXTO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA. | 58 |
| 3.4. AUTORREGULAÇÃO REGULADA E DIREITO PENAL EMPRESARIAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL. | 64 |
| 4. OS PROGRAMAS DE CORPORATE COMPLIANCE. | 73 |
| 4.1 FUNDAMENTOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS PROGRAMAS DE CORPORATE COMPLIANCE. | 73 |
| 4.2 OS MODELOS POSSÍVEIS PARA UM PROGRAMA DE CORPORATE COMPLIANCE: PANÓPTICO EMPRESARIAL VS ÉTICA CORPORATIVA. | 79 |
| 4.3 OS PILARES DE UM PROGRAMA DE CORPORATE COMPLIANCE. | 83 |
| 4.3.1 Estabelecimento de uma cultura de cumprimento a partir do exemplo que vem de cima (tone from the top). | 84 |
| 4.3.2 A necessária independência do setor de compliance com relação aos demais departamentos da empresa. | 85 |
| 4.3.3 Integração com as demais áreas da empresa. | 86 |
| 4.3.4 Análise, gestão e controle dos riscos. | 87 |
| 4.3.5 Elaboração de um código de conduta e de políticas de cumprimento. | 90 |
| 4.3.6 Criação de um canal de denúncias. | 91 |
| 4.3.7 Aplicação de controles de auditoria em matéria contábil. | 94 |
| 4.3.8 Comunicação e treinamento dos integrantes da empresa em matéria de compliance. | 95 |
| 4.3.9 Realização de investigações internas em caso de potencial irregularidade. | 97 |
| 4.3.10 Elaboração e aplicação de um código disciplinar. | 102 |
| 4.3.11 Due dilligence. | 103 |
| 4.3.12 Auditoria, revisão e monitoramento periódico do sistema de cumprimento. | 106 |
| 4.4. PROBLEMAS INERENTES À EFICÁCIA NOS PROGRAMAS DE CORPORATE COMPLIANCE: EM BUSCA DE UMA FUNÇÃO PREVENTIVA. | 107 |

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO SÉCULO XXI: EM BUSCA DE UM MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL AUTÔNOMO PARA OS ENTES COLETIVOS.

116

| | |
|--|-----|
| 5.1 PLANTEAMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS. | 116 |
| 5.2 UMA TENTATIVA INICIAL: O INCOERENTE MODELO DE HETERORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. | 131 |
| 5.3 UM GIRO CONCEITUAL NECESSÁRIO: OS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. | 136 |
| 5.3.1 <i>A proposta de Klaus Tiedemann: uma reprovação pautada pelo “fato de conexão” e pelo defeito organizacional.</i> | 137 |
| 5.3.2 <i>O modelo de Ernst Lampe: o sistema de injusto, o injusto de sistema e a culpabilidade pelo caráter da empresa.</i> | 142 |
| 5.3.3 <i>A teorização de Gunther Heine: o management defeituoso dos riscos e a culpabilidade pela condução da atividade empresarial.</i> | 150 |
| 5.3.4 <i>Gehard Dannecker e a reprovabilidade ético-social da empresa.</i> | 152 |
| 5.3.5 <i>Adán Nieto Martín e a culpabilidade pelo déficit de autorregulação permanente.</i> | 157 |
| 5.3.6 <i>O modelo construtivista de responsabilidade penal empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez.</i> | 164 |
| 5.4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO CENÁRIO LEGISLATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL. | 179 |
| 6. CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO ENTRE O CORPORATE COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. .. | 195 |
| REFERÊNCIAS | 200 |
| ANEXOS | 215 |

1. INTRODUÇÃO.

Responsabilizar ou não as pessoas jurídicas através do direito penal? Tal questionamento, apesar de bastante atual, faz referência a um debate já centenário da doutrina jurídico-penal. Em lados opostos, defensores e detratores da referida possibilidade apresentam sólidos argumentos, tanto a favor como contra este gênero de responsabilização.

Entretanto, em que pese a viva discussão teórica ainda existente, o fato é que a evolução legislativa de diversos países europeus e latino-americanos parece apontar que o postulado da *societas delinquere potest*, cedo ou tarde, se tornará uma realidade generalizada. Torna-se cada vez mais irrelevante, portanto, discutir acerca da possibilidade ou não desta modalidade de responsabilização, sendo o “como” desta pretensão de relevância bem mais significativa.

Isto posto, é de se ver que as legislações mais recentes a tratar sobre o tema, oriundas de países como Espanha, Chile, Estados Unidos, Suíça, Itália, Austrália, entre outros, trouxeram um novo elemento de fundamental importância para a discussão, com potencial de alterar, em definitivo, os pressupostos lógicos da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Ora, ao revés destas novas legislações direcionarem a reprovação dos entes coletivos, exclusivamente, pela ocorrência de atos ilícitos praticados por seus integrantes e em benefício da empresa, modelo conhecido pela doutrina como de heterorresponsabilidade ou de responsabilidade vicarial (*vicarious liability*), elas passaram a reprovar, de forma mista ou exclusiva, a pessoa jurídica em razão da inexistência, ou da existência insuficiente, em seu seio, de desígnios autorregulatórios, direcionados a prevenir a prática de delitos.

Diferentemente das legislações que abordavam o problema apenas a partir do enfoque vicarial, o qual atribui uma responsabilização reflexiva e automática da empresa em caso de delito cometido por seu representante para o benefício da corporação, estas novas normativas possibilitam a atenuação ou até mesmo a exclusão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que põem em prática medidas efetivas de controle e prevenção de delitos inerentes à atividade por ela desenvolvida.

De fato, tais alterações legislativas se coadunam com uma necessidade político-criminal bastante evidente dos Estados contemporâneos, causada tanto pela expansão do direito penal quanto pela complexidade inerente ao ambiente empresarial trazidos pelo processo de globalização. Diante de tal cenário, os Estados nacionais têm se mostrado categoricamente incapazes de realizar de maneira eficiente a regulação e prevenção de riscos oriundos da atividade corporativa, se fazendo necessária a transferência desta função,

originariamente estatal, para as empresas, mantendo-se a regulação apenas em segundo plano, em um fenômeno conhecido como autorregulação regulada.

Juridicamente, todavia, como se sustenta esta nova realidade? Seriam estas construções legislativas teoricamente alienadas, alicerçadas apenas por desígnios político-criminais do Estado, sem contar com a devida fundamentação dogmática?

Este não parece ser o caso, visto que, a partir de uma análise *a priori*, estas novas regras estariam, sim, amparadas por uma fundamentação jurídica hábil, a qual, inclusive, possibilitará a realização de um verdadeiro giro conceitual no edifício dogmático que alicerça a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

As primeiras chaves para este giro parecem se encontrar em uma mudança de perspectiva. Enquanto os antigos modelos tinham como cerne a reprovação penal das corporações como reflexo da atuação dos representantes da empresa e de seus atos em nome desta, ou seja, em uma heterorresponsabilidade, os novos modelos doutrinários invertem esta lógica, passando a ocupar o cerne deste novo juízo reprobatório não mais os atos dos integrantes das empresas, mas as medidas de autoorganização empreendidas pela própria corporação para evitar que em seu âmbito sejam praticados delitos. O enfoque, pois, desloca-se da heterorresponsabilidade para a autorresponsabilidade penal empresarial.

A partir destes lineamentos, autores como Klaus Tiedemann, Ernst Lampe, Günther Heine, Gehard Dannecker, Adán Nieto Martín, Carlos Gómez-Jara Díez, entre outros, construíram distintos modelos de autorresponsabilidade empresarial baseados em uma premissa fundamental: os esforços realizados pelas pessoas jurídicas no sentido de desenvolver instrumentos hábeis de controle, prevenção e reação perante os delitos devem, necessariamente, passar a interferir na responsabilização levada a cabo pelo direito penal.

Mediante este câmbio de perspectivas, é possível vislumbrar, de maneira ainda inicial, que a implementação dos chamados programas de cumprimento normativo (*corporate compliance*) – cujo escopo encontra-se, essencialmente, em realizar / estimular a autorregulação das empresas, com o fim último de que estas passem a atuar em conformidade com as normas legais impostas – assume, e continuará a assumir, um papel de protagonismo na presente discussão. Isto porque, se com os modelos de heterorresponsabilidade o *compliance* tinha pouco ou nada a oferecer, visto que a implementação de controles internos e de medidas para prevenir delitos não seriam relevantes para atenuar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, tal instrumento se torna decisivo quando o modelo escolhido é o da autorresponsabilidade penal empresarial, ou até mesmo um modelo misto.

Feitas estas exposições aclaratórias, é de se evidenciar que o objeto da presente pesquisa consiste em uma detalhada investigação acerca da influência que os conceitos de risco, autorregulação e, em especial, o *compliance* exercem, atualmente, na discussão envolvendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A hipótese, ora vislumbrada, é que os programas de *corporate compliance* devem figurar como um elemento central na responsabilização penal das pessoas jurídicas, fornecendo à dogmática penal uma gama de elementos basilares para a consolidação de um modelo autônomo de reprovação das pessoas jurídicas em sede do direito penal.

Entretanto, apesar de ser possível entrever, *a priori*, esta conexão entre o *compliance* e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, subsistem duas inegáveis indagações: (i) de que maneira os programas de *corporate compliance* podem auxiliar na elaboração de um modelo autônomo de responsabilização das pessoas jurídicas em sede do direito penal? (ii) como a referida discussão pode impactar a normativa penal brasileira sobre o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas? São, portanto, os referidos questionamentos que conduzem a presente investigação.

A dissertação foi estruturada didaticamente em quatro capítulos. No primeiro capítulo, foi feita uma exposição acerca da tutela jurídico-penal na sociedade atual, denominada por Ulrich Beck como sociedade de riscos, com o objetivo de esclarecer o evidente movimento expansivo do direito penal hodierno. Para isto, buscou-se (i) explicitar a natureza dinâmica da relação entre o direito penal e a vida social e de que maneira tal fenômeno repercute na proteção dos bens jurídicos coletivos, (ii) descrever o desenvolvimento da chamada sociedade de riscos, a partir do paradigma teórico de Ulrich Beck, em que o referido autor explicita como a radicalização da modernidade levou a sociedade atual a conviver com riscos de elevada magnitude, outrora impensáveis, (iii) delimitar quais são as características do risco na sociedade contemporânea, e, por fim, (iv) atestar como os riscos de um mundo globalizado provocam uma reação expansiva do direito penal, forçando-o a proteger, ou ao menos tentar, muitas vezes de forma ineficiente, diversos bens jurídicos que outrora lhe eram irrelevantes.

No segundo capítulo, foi estabelecida a conexão entre a crise regulatória do Estado moderno, em especial do modelo *Keynesiano* de intervenção, e a expansão do movimento da autorregulação regulada. Em primeiro lugar, explicou-se como, diante do aumento da complexidade social e da elevada demanda regulatória em face ao incremento dos riscos contemporâneos, o Estado mostra-se incapaz de, por si só, capitanear a regulação das atividades produtivas, impondo-se a necessidade do surgimento de novas perspectivas, dentre

as quais se destaca o fenômeno da autorregulação regulada. Ademais, se examinou como a autorregulação regulada possui um arcabouço teórico robusto, especialmente relacionado com a teoria dos sistemas autopoieticos, cujo maior expoente é Niklas Luhmann. Explicitados os fundamentos do fenômeno da autorregulação regulada, buscou-se delimitar qual o papel exercido tanto pelo Estado quanto pela sociedade nesta nova dinâmica. Por fim, tratou-se da possível relação complementar entre o direito penal empresarial e a autorregulação regulada.

Já o terceiro capítulo teve como premissa a análise detalhada dos programas de *corporate compliance*. Neste momento, o estudo dividiu-se em quatro apartados que buscaram analisar: (i) os pressupostos destes programas, desde seu conceito até os fenômenos correlatos ao seu desenvolvimento; (ii) os modelos possíveis sobre os quais estes programas podem se desenvolver; (iii) os elementos essenciais que cada um destes programas deve contar, atentando-se, obviamente, para as particularidades de cada um dos setores da indústria; e, ao final, (iv) quais os problemas inerentes ao referido instituto, que precisam ser solucionados para que eles realmente cumpram com a função preventiva que pretendem exercer.

Por fim, no quarto e último capítulo são tratados os pontos fundamentais do debate atual acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. De início, foram delimitados os pontos principais do debate, a partir de uma análise pautada nas motivações de política-criminal, em sua necessidade / proporcionalidade, e na sua viabilidade dogmática. Posteriormente, foram detalhados os modelos tanto de heterorresponsabilidade penal quanto de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, apontando-se os seus benefícios e os seus questionamentos. No âmbito da autorresponsabilidade penal das empresas, delineou-se, em maiores detalhes, os modelos teóricos formulados por seis autores distintos, especificamente Klaus Tiedemann, Ernst Lampe, Günther Heine, Gerhard Dannecker, Adán Nieto Martín e Carlos Gómez-Jara Díez. Ao final desta exposição teórica, foi feita uma análise de direito comparado de algumas legislações internacionais que tratam sobre o tema – Alemanha, Itália, Austrália e Espanha – bem como da normativa brasileira acerca da responsabilização penal das pessoas jurídicas.

Tudo isto para, ao final, tornar possível a pretensão de desenvolver uma visão crítica da normativa interna nacional, claramente defasada em relação às modernas discussões tratadas sobre o tema – tanto na doutrina quanto na normativa e na jurisprudência internacional –, concluindo-se pela necessária vinculação entre os programas de *corporate compliance* e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito penal brasileiro.

2. A TUTELA JURÍDICO-PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO: AS RAZÕES DE UM DIREITO PENAL EM EXPANSÃO.

2.1 A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS E A NATUREZA DINÂMICA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E A VIDA SOCIAL.

Antes que se possa compreender o intervencionismo penal do Estado, em especial aquele dirigido ao mundo dos negócios, faz-se necessário compreender o porquê deste ter adquirido o poder/dever de intervir. Tal entendimento, contudo, perpassa pela noção própria dos fins e missões do direito penal na sociedade.

De início, deve-se ter em mente que a maioria dos doutrinadores concebe que a missão do direito penal é a tutela de bens jurídicos ante a ocorrência de possíveis lesões ou de perigo de dano (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 100)¹. A proteção exercida pelo direito penal, portanto, se direcionaria aos bens vitais ao funcionamento social (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 103), bens esses que seriam entendidos como tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, ser tutelado pelo direito (BRUNO, 1959, p. 15).

Esses bens jurídicos, todavia, não se restringiriam apenas à esfera de interesse individual, tutelando bens como a vida, a liberdade, a propriedade, etc. Os interesses da coletividade igualmente se apresentam como objeto da tutela estatal, sendo esses bens jurídicos coletivos (também denominados de universais ou supraindividuais) tão importantes quanto aqueles relacionados à esfera privada do ser humano (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 107).

Assim, a partir desta ideia de que não apenas se deve tutelar os interesses individuais, mas também proteger os interesses coletivos, torna-se viável legitimar a proteção de bens jurídicos supraindividuais – como a ordem econômica, a ordem social, o meio ambiente, etc – através do exercício do *jus puniendi* estatal, através do direito penal.

Com o objetivo de tutelar esses bens jurídicos de caráter supraindividual, o Estado vê-se forçado a intervir em áreas que anteriormente não eram de sua competência, havendo, pois, uma maximização das áreas de interferência estatal com o escopo de possibilitar ao

¹ Outros posicionamentos famosos acerca da missão do direito penal são os de Hans Welzel e Gunther Jakobs. O primeiro autor defende, sem negar o princípio da proteção de bens jurídicos, uma relação social mais ampla, alegando que a missão do direito penal estaria relacionada à proteção dos valores de atitude interna de caráter ético-social que existem na sociedade. Já Jakobs fundamenta que a missão da pena estatal é a prevenção geral confirmando o reconhecimento normativo, recorrendo, para isto, a uma teoria da prevenção geral positiva (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 100).

indivíduo uma série de instituições que são decisivas para a sua autorrealização (ZAPATERO, 1998, p. 2). Isto se justifica pela particular vulnerabilidade dos interesses supraindividuais, de maneira que a proteção do Estado deverá mostrar-se com firmeza ainda maior, sob o risco de, se assim não fizer, tornar-se inócua (TIEDEMANN, 1983, p. 61).

À diferença dos bens jurídicos individuais, esses bens jurídicos coletivos detém contornos imprecisos, possuindo o legislador uma influência marcante na determinação dos limites desses interesses. Para tanto, o legislador utilizar-se-á dos referenciais concedidos pela sociedade em relação ao bem jurídico que pretende regular, estabelecendo, posteriormente, a maneira pela qual pretende protegê-lo (ZAPATERO, 1998, p. 3)².

Esses referenciais, todavia, são deveras mutáveis, podendo haver não apenas a alteração de como a sociedade enxerga os bens jurídicos existentes, como também o surgimento de novas situações socialmente relevantes. Para que melhor se compreenda este ponto, tomar-se-á o exemplo prático da gradual transformação da tutela exercida sobre a ordem econômica, primeiramente em razão dos delitos desta seara do direito penal possuírem grande inserção no mundo dos negócios e, em segundo lugar, pela maior riqueza bibliográfica acerca do tema.

Assim, um dos bens jurídicos não tradicionalmente contemplados pela tutela penal do Estado era justamente a ordem econômica. É de se ver, de plano, que esta intervenção na economia muito se relaciona com a ideia de “normalidade econômica”, uma vez que o Estado buscará prevenir e punir exatamente as condutas que se apresentem como sendo anormais ao funcionamento das políticas econômicas estabelecidas (ESTELITTA, 2011, p. 154).

O conceito de normalidade econômica, porém, se apresenta como amplamente mutável, dado que a própria determinação do que é ou não visto como normal à economia irá variar de acordo com a política econômica que estiver sendo adotada por um determinado Estado³. Dessa maneira, ao se tomar por base a sociedade ocidental dos últimos três séculos, será possível visualizar três relações completamente diferentes entre a tutela penal exercida pelo Estado e a ordem econômica.

² É esta a situação que Klaus Tiedemann (1993 *apud* ZAPATERO, 1998, p. 03) denomina de dupla competência do legislador, “en cuanto que tiene capacidad para establecer penas para la protección de un determinado interés y, además, competencia para definir en su totalidad cual sea la importancia y la configuración de ese concreto interés”. Em tradução livre: “enquanto que tem capacidade para estabelecer penas para a proteção de um determinado interesse e, ademais, competência para definir em sua totalidade qual seja a importância e a configuração desse concreto interesse.”

³ Como bem aponta Heloísa Estellita (2011, p. 154) “esta normalidade ideal é contingente, historicamente determinada. Trata-se de um valor, uma aspiração, que sofre contínua mutação influenciada pelos valores de cada sociedade: o que é bom economicamente num momento não o é em outro”.

De início, tem-se que no século XVIII as ideias iluministas do liberalismo econômico de Adam Smith figuravam como dominantes. Nesse momento, tentava-se afastar quase que completamente qualquer intervenção estatal no âmbito econômico, seja esta civil, administrativa ou penal, dado que o bem geral só seria alcançado através da busca do interesse individual de cada membro da sociedade. Era o tempo da máxima valoração do indivíduo e as Constituições buscavam precisamente limitar o poder do Estado sobre a esfera privada (ESTELLITA, 2011, p. 154).

Ocorre que o ideal liberalista começa a ruir no decorrer do século XIX e início do século XX, tendo em vista a demonstração da experiência prática de que o mercado não era, por si só, um mecanismo apto a resolver e equacionar todas as situações apresentadas pelo sistema econômico. A partir disto, começa-se a perceber a introdução nas Constituições nacionais do mundo ocidental – com especial destaque para a Constituição de Weimar de 1919⁴ – de normas dedicadas à ordem econômica. É o que se passa a chamar de sistema dual de iniciativa, em que, idealmente, o Estado limitaria sua intervenção a uma ação corretiva em face das ineficiências inerentes às economias de mercado, em uma espécie de capitalismo regulamentar (ESTELLITA, 2011, p. 155).

A ação do Estado, todavia, não parou nesse limitado controle auxiliar de correção, e, em meados do século XX, a relação entre o Estado e a economia passou de uma neutralidade seletiva, meramente reguladora, a uma marcante imposição de finalidades e metas, tendo em vista o fim último do bem-estar social, justificando, inclusive, uma proteção penal sobre a “normalidade econômica”. Em suma, conforme traz Heloísa Estellita (2011, p. 156):

enquanto sob a primeira visão o Estado estava interessado nas condições de eficiência estática para o emprego de recursos, agora, sob esta segunda ótica, a preocupação é com a eficiência dinâmica, ou seja, com o caminho e o ritmo das transformações estruturais, socialmente desejadas e fomentadas.

Vê-se, assim, que no decorrer de menos de três séculos, a intervenção do Estado na economia, originariamente tida pelo liberalismo econômico como anômala, passa a ser

⁴ É o que se percebe do texto da referida Constituição (DEUSTCHLAND, 1919), especificamente em seu artigo 151, que estabelece o seguinte regramento: “The economy has to be organized based on the principles of justice, with the goal of achieving life in dignity for everyone. Within these limits the economic liberty of the individual is to be secured. Legal force is permissible to realize threatened rights or in the service of superseding demands of public welfare. Freedom of trade and industry will be realized according to a Reich law.”. Em tradução livre: “A economia tem que ser organizada com base nos princípios da justiça, com o objetivo de alcançar uma vida digna para todos. Dentro destes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser assegurada. A força legal é permitida para realizar direitos sob ameaça ou em serviço da superação de demandas para o bem-estar público. A liberdade comercial e industrial serão realizadas de acordo com as leis do Reino.”.

considerada, modernamente, como algo absolutamente normal, sem a qual sequer a economia de mercado poderia sobreviver (MUÑOZ CONDE, 2011, p. 96). Dito isso, resulta que hoje em dia não é mais de todo relevante a discussão acerca de se o Estado deve ou não intervir na seara econômica. Na verdade, o Estado não apenas pode, como deve se posicionar. O intervencionismo sobre a ordem econômica⁵ se apresenta como uma preocupação estatal legítima, a partir do momento em que esse ente toma medidas incisivas com o fim de impedir a desordem, seja mediante o emprego do direito econômico⁶ ou do direito penal econômico⁷ (FREITAS, 2012, p. 150).

O que se evidencia, portanto, em relação especificamente à ordem econômica, é que o direito penal, inicialmente não necessário nesse âmbito, teve que alterar sua maneira de relacionar-se com a sociedade a partir do surgimento e fortalecimento desse bem jurídico. Passa o *jus puniendi*, pois, de uma inércia inicial à “produção de normas jurídicas cujo escopo seria o de incriminar as ações lesivas relativas à política econômica que o Estado se serve para intervir na economia” (BRANDÃO, 2012, p. 141).

O que se pretende demonstrar, a partir desta exemplificação inicial acerca da proteção da ordem econômica, é justamente o forte vínculo existente na relação entre o direito penal e a vida em sociedade.

Para o bem ou para o mal, o direito penal sempre irá tentar se adequar aos desafios existentes em cada época. Nada mais natural, uma vez que por ser o instrumento mais contundente de intervenção do Estado, através do qual se permite o emprego institucionalizado da violência, ele tende a ser utilizado pelas forças políticas dominantes para combater os novos desafios surgidos no âmago da sociedade.

Entretanto, a pretensão de utilizar o direito penal para o enfrentamento das diversas situações enfrentadas socialmente – a partir da busca de novas delimitações acerca dos contornos para a intervenção punitiva do Estado – começou a encontrar sérias dificuldades em tempos recentes.

⁵ De acordo com as lições de Luis Arroyo Zapatero (1998, p. 2), a intervenção estatal nesse âmbito, a depender obviamente das pautas do modelo econômico vigente, buscaria garantir: (a) a capacidade de intervenção financeira do Estado frente a fraudes de diversos tipos; (b) o fiel cumprimento das regras legais acerca do comportamento dos agente econômicos no mercado; (c) os bens e direitos específicos da participação dos indivíduos como agentes da vida econômica.

⁶ Conforme assinala Cláudio Brandão (2012, p. 142), o fundamento do direito econômico é a intervenção estatal na vida econômica, tendo por objeto as normas jurídicas que disciplinam esta intromissão.

⁷ A compreensão do direito penal econômico, perpassa o entendimento do próprio direito econômico por estar intimamente relacionado ao intervencionismo do Estado na seara econômica (FREITAS, 2012, p. 151). O enfoque, contudo, é diverso, uma vez que a preocupação desse ramo do direito penal será o de coibir as eventuais transgressões levadas a cabo com o intuito de interferir na atividade interventora e regulatória do Estado na economia (TIEDEMANN, 1983, p. 61).

2.2 TEMPOS DE INCERTEZA: O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DE RISCOS.

Historicamente, a evolução do direito penal possui íntima ligação com o próprio desenvolvimento da sociedade. Grande parte dos elementos criados pela dogmática penal, ao longo de sua história, para compor o sistema punitivo vigente, surgiram a partir de reverberações dos conflitos sociais instaurados em determinados contextos históricos.

Quando Cesare Beccaria (2011), por exemplo, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, traça os fundamentos primeiros daquele que mais tarde passaria a ser o princípio fundamental do direito penal – o princípio da legalidade – o autor o faz respaldado pelos ideais iluministas, em resposta direta ao absolutismo monárquico. Ora, a partir do fortalecimento na sociedade de ideias como a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, buscava Beccaria fornecer as bases teóricas para uma futura restrição ao poder dos monarcas absolutistas, dada através da alteração do direito penal vigente, limitando, desta maneira, os desmandos da monarquia⁸.

O ponto principal aqui é ressaltar que a materialidade das relações sociais irá interferir de forma direta tanto no discurso jurídico vigente quanto nas soluções porventura propostas, demandando, ao jurista, uma análise aprofundada da origem dos conceitos apresentados, do seu processo de desenvolvimento, dos interesses contemplados ou não e da sua funcionalidade dentro do sistema (BOTTINI, 2013, p. 21). Por isto, quando se pretende trabalhar os dilemas atuais enfrentados pela ciência penal, faz-se necessária uma investigação profunda da realidade social em vigor.

Neste sentido, é de se observar que nas últimas décadas o ritmo do desenvolvimento tecnológico da sociedade começou a acelerar exponencialmente, alcançando patamares outrora inimagináveis. Ao tratar do tema, Jesús-María Silva Sánchez (2001, p. 27)

⁸ A pretensão de Cesare Beccaria de limitar o poder monárquico era bastante evidente, não se tratando, pois, de uma defesa velada em prol deste ideal. Pelo contrário, sua obra marca uma defesa contundente da aplicação dos ideais iluministas ao direito como um todo, mas mais especificamente ao direito penal, como se denota da seguinte passagem: “As vantagens da sociedade devem ser repartidas entre todos os seus membros. No entanto, entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza. Só com boas ideias podem impedir-se tais abusos. (...) Abramos a História, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: *todo o bem-estar possível para a maioria*. Felizes as nações (se há algumas) que não esperaram que revoluções lentas e vicissitudes incertas fizessem do excesso do mal uma orientação para o bem, e que, mediante leis sábias, apressaram a passagem de um para o outro” (BECCARIA, 2011, p. 23).

alega que a sociedade atual é caracterizada, basicamente, “por um marco econômico rapidamente cambiante e pela aparição de avanços tecnológicos incomparáveis em toda a história da humanidade”⁹ Contudo, em que pese as inúmeras benesses trazidas por ambos fenômenos, responsáveis diretos no incremento do bem-estar individual, há de se ressaltar a existência também de aspectos negativos, em especial aqueles relacionados à figura do risco.

Entretanto, para que verdadeiramente se compreenda a natureza do risco, faz-se igualmente necessário discorrer sobre a noção de perigo. Risco e perigo são concepções intimamente ligadas, mas que possuem significados distintos (GIDDENS, 1991, p. 36).

A relação entre risco e perigo, seja qual for a definição adotada¹⁰, é bastante evidente. O risco refere-se de forma primária à noção de perigo, vez que não se pode falar em risco sem potência ou iminência de perigo. Isto posto, a definição do que vem a ser compreendido como perigo torna-se uma premissa fundamental para o entendimento da própria figura do risco (BOTTINI, 2013, p. 23).

Para os positivistas, o perigo seria uma construção subjetiva do ser humano. Os autores desta corrente de pensamento defendiam que todos os fenômenos estão sujeitos à causalidade natural. Porém, por ser o homem ainda limitado, não possuindo pleno conhecimento de todos os sistemas e nexos causais, a ele é possível compreender o mundo apenas através de generalizações e abstrações.

Ao conceber o mundo desta forma, o ser humano termina impedido de possuir um grau de certeza absoluto acerca dos resultados oriundos das ações concretas. Ao homem apenas resta estabelecer as probabilidades de ocorrência destas ações, sem possuir plena certeza de seus resultados.

O perigo, portanto, ao menos a partir desta visão, é oriundo da própria ignorância humana. Consequentemente, apenas o conhecimento total das conexões naturais de causa e efeito seria capaz de mitigar os efeitos das ações perigosas, vez que, assim, o ser humano saberia de antemão qual seria o resultado de determinada conduta.

Com o passar dos anos, as inovações científicas passaram a impor dificuldades intransponíveis para a proposta subjetivista do perigo. A premissa inicial de que com o conhecimento absoluto seria possível afastar todos os perigos é posta em xeque, em virtude da própria impossibilidade de sua comprovação, pois, diferentemente do pretendido pelos positivistas, a regularidade entre causas e efeitos na natureza não existe.

⁹ Traduzido livremente do original: “por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad.”

¹⁰ Para Anthony Giddens (1991, p. 33), por exemplo, a palavra risco vem “provavelmente de um termo náutico espanhol que significa correr para o perigo ou ir contra uma rocha.”

Agora, o perigo passa a ser visualizado a partir de uma ótica objetivista, afastando-se da premissa subjetivista inicialmente apresentada pelos teóricos do positivismo. O perigo torna-se um dado de realidade, externo ao ser humano, oriundo da probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar e, por isso mesmo, passa a ser passível de mensuração e quantificação.

Nesta toada, Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 24) aponta que:

A definição objetiva do perigo como uma situação de fato permite caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que o antecede. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este futuro. Enquanto o perigo é destino, o risco se relaciona com medição, planejamento, estratégia. O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas.

Desta feita, é possível apontar que, por meio de uma perspectiva objetivista, o perigo tem sua origem na natureza, em suas forças ou em suas limitações. O risco, por outro lado, tem sua origem em uma tecnologia e afeta, principalmente, a natureza, à bens tais como o meio ambiente e, por suposto, o ser humano. Os riscos estão sempre precedidos de decisões humanas. Por trás de qualquer tecnologia estão as decisões adotadas em sua investigação, em seu desenvolvimento e em sua aplicação. Decisões públicas e privadas. Positivas ou negativas. Explícitas ou implícitas. Mas sempre decisões humanas sobre as quais somos, ou temos que ser, responsáveis (ESTEVE PARDO, 2003, p.138)¹¹.

Realizada esta distinção introdutória, essencial para a compreensão da ideia que se passa a expor, torna-se possível tratar do cerne do presente ponto, isto é, das características, dos efeitos e das dinâmicas de uma sociedade, como é o caso da atual, onde a noção de risco assume uma posição de protagonismo.

Deve-se compreender, porém, que os riscos não surgiram apenas agora. Pelo contrário, eles sempre estiveram presentes na realidade social. Sem embargo, isto não quer dizer que o perfil dos riscos de outrora são idênticos àqueles existentes no mundo atual.

Tal transformação no perfil dos riscos tem origem justamente nos câmbios havidos na evolução social através dos séculos. Cada período histórico possui uma dinâmica própria e as eventuais mudanças ocorridas nas distintas searas que compõem a sociedade

¹¹ Apesar de não diferenciar a noção de risco da de perigo, tratando-as como sinônimos, Beck (2006, p. 333) aponta esta correlação entre o risco e a intervenção humana, quando afirma que “Risk makes its appearance on the world stage when God leaves it (van Loon). Risks presuppose human decisions. They are the partly positive, partly negative, Janus-faced consequences of human decisions and interventions.”. Em tradução livre: “o risco faz sua aparição no estágio global quando Deus o abandona (van Loon). Riscos pressupõem decisões humanas. Eles são consequências (Janus-faced) parcialmente positivas e parcialmente negativas de decisões e intervenções humanas.”.

(política, indústria, economia, tecnologia, etc.) tendem a trazer consequências ao conjunto social como um todo. Todavia, dentro desta linha evolutiva, talvez o fator de maior responsabilidade para alterar a importância da figura do risco dentro da sociedade tenha sido o advento da modernidade¹².

Pouco antes desta mudança de paradigmas, entre o pré-moderno e o moderno, as dinâmicas sociais se alteraram de forma significativa, em virtude de três processos essenciais: (a) de um lado, com a primeira revolução industrial, são traçadas as bases econômicas para a criação de um novo modelo, onde o capital e o método de produção industrial assumem o lugar de destaque; (b) de outro, com o movimento iluminista, são estabelecidos os postulados ideológicos necessários para esta mudança; (c) por fim, com as revoluções liberais havidas em diversos países, se esfacela em definitivo o absolutismo monárquico, com o consequente soerguimento da burguesia para a posição de classe dominante na sociedade.

Nesse contexto, surge a sociedade industrial moderna, pautando novos padrões comportamentais para as interações sociais de sua época e inserindo a razão como pedra fundamental de um novo sistema político, econômico e ideológico.

Com o estabelecimento deste novo modelo social, algumas pautas coletivas de vida tendem a ser significativamente valorizadas, dentre as quais se insere a ideia de controlabilidade das forças naturais e sociais pela ação do homem, por meio da razão.

De acordo com a mentalidade iluminista, vigente neste período, a crescente informação acerca dos mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles. Acreditava-se que quanto mais avançado fosse o conhecimento humano, maior seria a certeza quanto às condições do futuro e às possibilidades de orientá-lo (MACHADO, 2005, p. 20).

Contraditoriamente, porém, as expectativas iniciais sobre a conexão entre o desenvolvimento do conhecimento técnico-científico e a possibilidade de controlabilidade das expectativas de futuro se mostraram bastante distintas da realidade esperada pelos primeiros modernos.

Conforme já apontavam Marx e Engels em seu Manifesto Comunista (2003, p. 29), “a burguesia não pode existir sem continuamente revolucionar os instrumentos de produção, ou seja, as relações de produção, e, portanto, todos os relacionamentos sociais.”. A lógica de atuação burguesa demanda a constante expansão de seu mercado consumidor,

¹² Nas palavras de Anthony Giddens (1991, p. 08), em uma primeira aproximação, modernidade “refere-se estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência.”.

impelindo-a a operar em novos mercados outrora inexplorados, conectando o mundo de forma cada vez mais intensa com o fim de aumentar o alcance e o volume de sua produção.

Para sustentar esta estrutura produtiva, porém, é exigida dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que venham a lhes conceder vantagens competitivas contra seus concorrentes, pois a dinâmica do livre mercado e da concorrência impele estes atores a buscar uma constante perfectibilização de seus métodos produtivos, sob pena de perecimento de seus negócios por obsolescência.

Entretanto, o imperativo da inovação – tão presente nos tempos atuais e responsável por alterar a velocidade das descobertas, da criação de novas técnicas de produção, de novos meios de distribuição, etc. – não se fez acompanhar da necessária análise, por parte das mesmas entidades científicas responsáveis pelas inovações, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias (BOTTINI, 2013, p. 25).

Assim, se, por um lado, o desenvolvimento do conhecimento técnico-científico permitiu o controle e a proteção, por parte do homem, de diversos fenômenos naturais e sociais que antes se apresentavam como ameaças para a civilização, de outro, este mesmo processo acabou culminando na criação de uma nova classe de riscos e ameaças totalmente imprevistos (MACHADO, 2005, p. 21).

A sociedade atual, portanto, caracteriza-se notoriamente como uma sociedade de riscos (BECK, 1998)¹³, no sentido de que encontra-se ativamente ocupada debatendo, prevenindo e gerenciando riscos por ela mesma produzidos (BECK, 2006, p. 332)¹⁴.

Nesta perspectiva, é preciso ressaltar que o cenário de riscos e incertezas que ora intranquiliza o mundo, não está, propriamente, em contradição com a modernidade. Ele é, na realidade, a expressão de seu desenvolvimento para além do projeto da sociedade industrial. O que ocorreu é que, em um determinado momento, o processo de modernização nos moldes planejados pela sociedade industrial acabou sendo surpreendido pela atualização das suas próprias premissas (MACHADO, 2005, p. 21).

¹³ Perceba-se, porém, que não se trata a sociedade de riscos de uma sociedade onde catástrofes acontecem a todo o momento, ameaçando constantemente a vida social. Risco não é um sinônimo para catástrofe, mas é antes uma antecipação desta. Riscos não são reais, eles estão se tornando reais. No momento em que um risco alcança um lugar dentro da realidade, como, por exemplo, em um atentado terrorista, eles deixam de ser um risco e tornam-se uma catástrofe, havendo o risco já se deslocado para a antecipação de novas ameaças (BECK, 2009a, p. 292).

¹⁴ Na análise de Beck (1998, p. 17): “con los zapatos silenciosos de la normalidad) la sociedad industrial se despidе del escenario de la historia mundial por la escalera trasera de los efectos secundarios, y no como se había previsto hasta ahora en los libros de imágenes de la teoría social: con un estallido político (revolución, elecciones democráticas)”. Em tradução livre: “com os sapatos silenciosos da normalidade, a sociedade industrial se despede do cenário da história mundial pela escada traseira dos efeitos secundários, e não como se havia previsto até agora nos livros de imagens da teoria social: com um estalido político (revolução, eleições democráticas)”. Traduzido livremente do original:

O mencionado processo de modernização, entretanto, em que os efeitos da modernidade passam a influenciar na própria estrutura da sociedade industrial, criando uma sociedade de riscos, pode ser dividido, segundo Ulrich Beck (1997, p. 15), em duas fases distintas.

O primeiro momento se caracterizaria por um estágio em que os efeitos e as auto-ameaças do processo de industrialização são produzidos de maneira sistemática, mas escapam da supervisão das instituições de controle, não se tornando questões públicas ou epicentros de conflitos políticos. Ainda é predominante, aqui, o autoconceito da sociedade industrial, permanecendo em vigência as suas estruturas, bem como multiplicando-se e legitimando-se as ameaças produzidas pelas tomadas de decisão das lideranças políticas (BECK, 1997, p. 15).

Em um segundo estágio, porém, uma situação totalmente distinta emerge, no momento em que riscos da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos. Quando este patamar é atingido, as próprias instituições da sociedade industrial passam a tornar-se produtoras e legitimadoras das ameaças que não conseguem controlar. A razão de ser deste processo é baseada no fato de que alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se social e politicamente problemáticos, pois enquanto a sociedade ainda pauta suas decisões e atua de acordo com os paradigmas da sociedade industrial, ela passa a encarar os desafios originados pelo dinamismo da sociedade de risco (BECK, 1997, p. 16).

Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a modernidade termina, pelos seus próprios avanços, solapando as estruturas clássicas da sociedade industrial. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que se entende por modernização reflexiva¹⁵. E mais, o sujeito dessa destruição criativa não é nenhuma revolução, nem crise, pelo contrário, é a vitória da modernização ocidental (BECK, 1997, p. 12).

Sob esta perspectiva, o processo de reflexividade descrito por Ulrich Beck (1997; 1998; 2002) deve ser compreendido como uma legítima confrontação das bases do paradigma da modernidade com as consequências da modernização. O fundamento do presente confronto, portanto, encontra-se na incompreensão e na impossibilidade de assimilação da

¹⁵ Na definição de Beck (1997, p. 12), modernização reflexiva “significa, em síntese, a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial.” Ressalte-se que este conceito, como inicialmente é possível ser levado a crer, pelo uso do termo “reflexivo”, não implica em reflexão, mas antes em autoconfrontação. Corrobora esta ideia a colocação posta por Anthony Giddens (1991, p. 39) ao afirmar que: “A reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter.”

realidade trazida pela sociedade do risco pelo sistema da sociedade industrial (MACHADO, 2005, p. 30). É por tal razão que Beck (1997, p. 16) afirma que:

A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, estes últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial.

Desta maneira, vê-se que a transição entre a sociedade industrial e a sociedade do risco ocorre de forma irreflexiva e automática, a partir da falta de mecanismos de detecção deste processo pela modernidade industrial. Ocorre, pois, uma auto-ameaça aos próprios fundamentos da sociedade industrial em virtude de um triunfante aprofundamento da modernização, que é cega aos riscos que produz (BECK, 2002, p. 127).

Já em uma fase posterior, os diferentes fatores que estimulam esse movimento de auto-ameaça passam a ser percebidos pela sociedade, tornando-se objeto de consideração pública, política e científica. Tal processo tem sua origem no momento em que a sociedade industrial, alarmada pelos efeitos secundários da modernização, passa a rever seus próprios conceitos, especialmente aqueles relativos aos princípios de segurança e de cálculo de riscos. O que outrora parecia racional, previsível, deixa de assim ser percebido, desvelando-se para a sociedade uma intrincada rede de ameaças originadas pela própria radicalização da modernidade. Com esse movimento, as instituições integrantes da sociedade industrial se veem forçadas a iniciar um processo de abertura de suas bases políticas para questionamentos (MACHADO, 2005, p. 31)¹⁶.

Isto posto, quando a sociedade finalmente percebe os riscos oriundos do desenvolvimento técnico-científico, as preocupações em torno do emprego de mecanismos de controle e prevenção de riscos se inserem na pauta do debate político, exigindo-se alterações na dinâmica social com o fito de reagir perante o surgimento desta nova realidade¹⁷.

¹⁶ Em suma, a distinção entre a sociedade industrial e a sociedade de riscos é, em primeiro lugar, uma diferença de conhecimento, isto é, de autorreflexão sobre os perigos da modernidade desenvolvida (BECK, 2002, p. 128).

¹⁷ Este momento de virada na identificação social do risco pela sociedade, em que a reflexividade da modernidade passa a ser percebida em seus efeitos práticos, é descrita por Anthony Giddens (1991, p. 40) nos seguintes termos: “Provavelmente estamos, somente agora, no final do século XX, começando a nos dar conta de quão profundamente perturbadora é esta perspectiva. Pois quando as reivindicações da razão substituíram as da tradição, elas pareciam oferecer uma sensação de certeza maior do que a que era propiciada pelo dogma anterior. Mas esta ideia parece persuasiva apenas na medida em que não vemos que a reflexividade da modernidade de fato subverte a razão, pelo menos onde a razão é entendida como o ganho de conhecimento certo. A modernidade é constituída por e através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas a equação entre conhecimento e certeza revelou-se erroneamente interpretada. Estamos em grande parte num mundo que é inteiramente constituído através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas onde, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de que qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisado.”

Para melhor compreender os efeitos desta mudança de postura da sociedade, entretanto, é necessário se ter em conta a dimensão e as características dos riscos enfrentados pela sociedade contemporânea. De outra forma, não restaria evidente o impacto desta nova realidade sobre os diversos mecanismos de controle utilizados no mundo atual, entre eles, e mais especialmente, o direito penal.

2.3 AS CARACTERÍSTICAS DO RISCO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.

As características dos perigos do passado não mais encontram, sequer superficialmente, correspondência com os riscos do presente. Com a alteração do paradigma social ocasionado pelo processo de modernização reflexiva da sociedade industrial, o perfil dos riscos enfrentados pela sociedade contemporânea sofreu um câmbio significativo.

A característica primordial destes novos riscos deriva do fato de serem eles oriundos, necessariamente, de decisões humanas. Fenômenos como enchentes, terremotos, etc., podem ser diferenciados dos riscos tecnológicos precisamente por não possuírem este racional humano em seu substrato. Os novos riscos, ao contrário daqueles de outrora, pressupõem estas decisões (MACHADO, 2005, p. 52).

Entretanto, os riscos de hoje se diferenciam dos antigos não apenas neste aspecto, mas em diversos outros. Isto posto, diante da multiplicidade de riscos no mundo atual, a tarefa de nomear toda e qualquer nova característica torna-se insuperável. Assim, é preferível dar relevância apenas àqueles aspectos de maior importância.

Neste sentido, os atributos específicos destes novos riscos que merecem maior destaque são: (a) a *imperceptibilidade*; (b) a *acessoriedade*; (c) a *atemporalidade*; (d) a *globalidade*; (e) a *seletividade*; (f) a *não-compensabilidade* e a (g) *incalculabilidade*¹⁸.

Uma primeira diferenciação importante pode ser feita com relação à (a) *imperceptibilidade* alcançada pelas ameaças no mundo de hoje. Em tempos pré-modernos, a esmagadora maioria dos perigos costumava ser passível de detecção pelos sentidos do corpo humano – olfato, audição, visão. Sentia-se os perigos de forma muito mais intensa, em virtude destes afetarem diretamente os aparelhos sensoriais do corpo humano (BECK, 1998, p. 28).

¹⁸ Não temos aqui, especificamente quanto a este ponto das características dos riscos contemporâneos, a pretensão de esgotar o assunto, até mesmo por não ser a definição destes atributos o objetivo central do presente trabalho. Acaso seja desejável, é possível realizar um maior aprofundamento sobre o tema nas obras de Ulrich Beck (1997, 1998, 2002, 2008, 2009a, 2009b), Anthony Giddens (1991), Marta Machado (2005), entre outros.

Com o advento da modernidade, porém, e seu posterior desenvolvimento, este panorama inicial se vê totalmente alterado. Muitos dos novos riscos – a exemplo da contaminação nuclear ou química, da inserção de substâncias nocivas nos alimentos, etc. – são completamente imperceptíveis pelas capacidades sensoriais humanas. Tais ameaças são apenas detectadas através de meticulosos estudos levados a cabo por *experts* em suas respectivas áreas, mediante a realização de longos processos de pesquisa, medição, experimentação, etc. (BECK, 1998, p. 33).

Tome-se o caso do cigarro, por exemplo, hábito de elevada popularidade até os dias de hoje. Após a segunda guerra mundial, a incidência de câncer de pulmão entre jovens adultos tornou-se a maior causa de morte em todo o Reino Unido. Esta realidade intrigou cientistas durante longo lapso temporal, inaptos que eram de traçar a origem do crescimento da enfermidade. Só a partir dos anos 50 do século passado, porém, com as pesquisas do médico Richard Doll, se começou a relacionar a doença com o consumo excessivo de tabaco. Até essas pesquisas ganharem corpo, serem reconhecidas pela comunidade científica e alcançarem as grandes massas populacionais, informando-as do risco envolvido na atividade de fumar, milhões de pessoas já haviam sido vítimas do cigarro sem sequer saber da possibilidade de malefício causado por este hábito (JUREN et al, 2012, p. 183).

A característica da imperceptibilidade, portanto, é notavelmente acentuada na sociedade de riscos, ficando claro que o ser humano encontra-se constantemente ameaçado por situações em que sequer tem o conhecimento da periculosidade envolvida.

Outro aspecto marcante das ameaças presentes na sociedade de riscos é a sua (*b*) *acessoriedade*. Muito dos riscos a que a sociedade atual se vê acometida são consequências secundárias indesejadas do processo de modernização (BECK, 1998, p. 33).

No afã de perfectibilizar os seus próprios processos produtivos, o ser humano tende a incessantemente buscar o desenvolvimento de sua capacidade técnica, através da criação de aparatos tecnológicos diversos. Nesse intento, porém, muitas vezes ignoram-se – voluntariamente ou não – os efeitos indesejados ocasionados por estas tecnologias (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 27).

O aquecimento global é um bom exemplo para a situação ora narrada. Como resultado secundário do ímpeto industrializante da humanidade, a concentração de dióxido de carbono na atmosfera atingiu quantidades recordes em toda a história, culminando este processo em um indesejado aumento da temperatura média do planeta, o qual, a longo prazo, tem o potencial de ocasionar consequências catastróficas.

O atributo da acessoriedade dos riscos modernos, pois, auxilia na construção do cenário da sociedade de riscos, na medida em que as ameaças produzidas atualmente sequer eram perseguidas inicialmente, apenas surgindo como efeitos não desejados do processo de modernização.

De outra forma, é bastante marcante, também, a característica da (c) *atemporalidade* das ameaças vividas pela sociedade contemporânea. Os riscos da atualidade se distinguem dos perigos de outrora pelo fato de não se limitarem a espaços temporais específicos.

Uma enchente gera uma ameaça durante o seu transcurso, da mesma forma que um terremoto, um furacão ou qualquer outro desastre natural. Ainda que alguns efeitos tenham uma durabilidade maior sob um aspecto temporal – como, por exemplo, um desabamento posterior ocasionado pela danificação das estruturas de uma construção – a extensão destes efeitos é significativamente limitada, quando comparada com os novos riscos.

O caso do desastre havido na usina nuclear de Chernobyl, Ucrânia, é bastante ilustrativo para demonstrar a atemporalidade dos riscos da sociedade atual. No ano de 1986, um dos quatro reatores nucleares da usina de Chernobyl explodiu, como consequência de uma sequência de erros humanos que levaram a um desligamento temporário do sistema interno de resfriamento do reator. Com a explosão, foi liberada na atmosfera uma quantidade significativa de céσιο, plutônio e outros isótopos radioativos (MØLLER; MOUSSEAU, 2006, p. 200).

Afora os efeitos imediatos sentidos pela população, um estudo realizado no ano de 2011, ou seja, 25 anos após a catástrofe, pela Organização Internacional dos Médicos pela Prevenção da Guerra Nuclear e pela Sociedade Alemã pela Proteção Contra a Radiação, mostrou que até hoje os efeitos da explosão de Chernobyl – como diversos tipos de câncer, malformações congênitas e estruturais, envelhecimento precoce, etc. – podem ser sentidos pela população. E pior, os efeitos nefastos deste desastre foram percebidos inclusive em pessoas nascidas muito após a catástrofe. (IPPNW; GESELLSCHAFT FÜR STRAHLENSCHUTZ, 2011, p. 05).

Destas informações sobre o acidente de Chernobyl, se percebe claramente a notória atemporalidade dos riscos criados pela sociedade atual. Os efeitos da concretização dos riscos modernos não mais se limitam ao presente, muito pelo contrário, eles se protraem no tempo, alcançando os membros não apenas desta geração, mas também das próximas.

Igualmente relevante é o atributo da (d) *globalidade* das ameaças vividas na atualidade. Os riscos da sociedade contemporânea se caracterizam justamente por extrapolar a

esfera local para alcançar um âmbito global de influência. As ameaças oriundas em um continente específico podem, hoje, facilmente ser transplantadas para diversos outros (GIDDENS, 1991, p. 113).

Tal característica dos riscos da modernidade pode ser claramente visualizada a partir do exemplo acima, da usina de Chernobyl. Com a explosão do reator nuclear e posterior liberação do material radioativo na atmosfera, formou-se uma nuvem de radiação de grande densidade, a qual permitiu que os efeitos do desastre saíssem do âmbito local onde ocorreu e alcançassem uma dimensão internacional, afetando, pois, diversos países vizinhos (MØLLER; MOUSSEAU, 2006, p. 200).

Em suma, os riscos provenientes desta nova organização social não têm suas causas e consequências limitadas a uma localização geográfica específica, sendo, ao menos em princípio, globais, afetando simultaneamente locais distintos, apartados um dos outros por milhares de quilômetros.

Ademais, uma característica fundamental dos riscos atuais é a sua (*e*) *seletividade*. A divisão dos riscos dentro da sociedade contemporânea não obedece a critérios igualitários. Em que pese, em teoria, todos os seres humanos estarem submetido a riscos semelhantes, a prática demonstra uma realidade distinta.

No contexto da sociedade de risco, as relações de classe ainda possuem importância. Estar em um estamento social mais elevado permite uma diminuição da exposição aos riscos, fazendo com que os mais ricos tendam a sofrer menos com as consequências de uma eventual concretização deles (BECK, 1998, P. 40).

O curioso, contudo, é que apesar de haver uma desigualdade nesta distribuição – pois quanto mais baixo é o posicionamento na escala social, maior é a exposição a riscos – isto não é suficiente para garantir uma proteção integral contra toda e qualquer ameaça.

Neste sentido, Beck (1998) delineou uma consequência natural da sociedade de riscos, batizando-a de efeito bumerangue. Entende-se por efeito bumerangue a questão da circularidade do risco moderno. Na modernidade o produtor do risco, com o passar do tempo, termina, ele mesmo, a se tornar vítima do dano que causou. Culpado e vítima se unem através de um movimento circular de responsabilidade (BECK, 1998, p. 44).

Assim, fica evidente que apesar de haver uma clara seletividade nos riscos contemporâneos, pelos mais pobres tenderem a sofrer em maior intensidade com eventuais catástrofes, tal fato não exclui a extensão dos efeitos maléficos da modernização também aos mais abastados, pois os produtores dos riscos, como grandes industriais, por exemplo, podem ser potenciais vítimas dos riscos por eles mesmos produzidos.

Mas não só. A seletividade do risco não se limita apenas a um nível micro, pautada pelas desigualdades de atores individuais, mas se estabelece, igualmente, em uma perspectiva macro, focada na maior ou menor vulnerabilidade das nações.

Isto ocorre em razão do risco não ser redutível a uma construção puramente objetiva, afastada de suas dimensões políticas, éticas e morais. O risco é antes um fenômeno construído socialmente, no qual algumas pessoas / Estados possuem uma maior capacidade de definição sobre seu conteúdo. Para Beck (2008, p. 02), “as desigualdades de definição permitem atores poderosos de maximizar riscos para os outros e minimizar riscos para si mesmos”.

Em síntese, pois, a definição de riscos representaria um jogo de poder global, em que Estados mais poderosos – como é o caso dos países ocidentais, em especial os Estados Unidos da América e aqueles da Europa ocidental – produzem e definem riscos para os outros, minimizando ao máximo os riscos para si mesmos (BECK, 2008, p. 02).

Acentua-se, desta feita, o claro caráter seletivo dos riscos desta segunda modernidade, onde não apenas a um nível individual, mas também global, as pessoas ou países mais vulneráveis tendem a sofrer com maior intensidade os eventuais efeitos das catástrofes concretizadas.

De outra forma, os riscos contemporâneos também são caracterizados pela sua (f) *não-compensabilidade*. Se na primeira modernidade os mecanismos de controle permitiam uma certa margem de tolerância para a concretização dos riscos, desde que os danos fossem compensáveis, o processo reflexivo da modernização destruirá essa pretensão. Os riscos atuais não podem mais ser compensados em caso de eventual realização. No momento em que a ameaça climática do aquecimento global se concretiza, por exemplo, já é tarde demais, não existindo mais qualquer possibilidade de compensação dos danos produzidos (BECK, 2008, p. 02).

Em virtude desta qualidade dos novos riscos, a lógica da compensação precisa sucumbir, cedendo espaços para o fortalecimento de mecanismos voltados para um viés preventivo, posto que não mais se pode aguardar a concretização das catástrofes para agir.

Todos estes elementos, porém, nos levam a uma última característica fundamental dos riscos desta segunda modernidade, representada na figura da (g) *incalculabilidade*.

Nos dias atuais, não se pode mais confiar na normalidade. Se, à primeira vista, a normalidade parece se constituir de um elenco de fatos bem determinados, isto é, de acontecimentos que se repetem com uma certa regularidade, permitindo-se, em tese, a

realização de previsões e cálculos de risco, em uma observação mais aprofundada, fica evidente a indeterminabilidade do mundo moderno (DE GIORGI, 1994, p. 48).

Neste sentido, expõe Raffaele de Giorgi (1994, p. 48) que:

O que nunca se verificou, pode acontecer de improviso. As eventuais decisões relativas ao comportamento devem levar em consideração esta possibilidade. E agora percebe-se que toda decisão também poderia ter sido tomada de maneira diversa: percebe-se, então, que a decisão é contingente, que o evento, ao qual ela se refere, é contingente, e que o momento, no qual o acontecimento e a decisão se fundam, também é contingente. A normalidade é o resultado do encontro destas contingências.

As expectativas de futuro, portanto, tornam-se cada vez mais difíceis de serem correspondidas pela realidade do presente, forçando o ser humano a acostumar-se, cada vez mais, com situações concretas em que necessita agir sem que necessariamente disponha de conceitos fixos que permitam a ele conceber se o seu agir é ou não correto, implicando, pois, a sua atuação, em um risco (KAUFMANN, 2004, p. 454). A pretensão humana de “colonizar” o porvir, a partir de uma previsão fundamentada em seus próprios conhecimentos, mostra-se, hoje, completamente irrealizável (BECK, 2008, p. 03).

Em face deste cenário de contingência¹⁹, tudo aquilo que é, poderia existir de uma forma diferente. Neste sentido, as consequências dos novos riscos tornam-se impossíveis de serem calculadas, na medida em que verdadeiramente se desconhece a totalidade de fatores determinantes para a ocorrência ou não de um dado resultado.

O que se revela, portanto, diante do presente panorama é que a incalculabilidade dos riscos traz à tona um novo fator, representado pela noção do não conhecimento. Em várias situações concretas, simplesmente não se sabe se um risco pode ou não se materializar, ou, o que é ainda mais grave, muitas vezes não se sabe sequer se diante de um cenário fático específico existe ou não um risco (BECK, 2008, p. 03).

O paradoxo se encontra, porém, no fato de que, hoje, apesar da descoberta do não conhecimento, a reivindicação da sociedade por mais conhecimento, mais controle e mais segurança passa a ser renovada, aprofundada e expandida. Para Beck (2008, p. 03), a ironia está, justamente, “na reivindicação institucionalizada da segurança, para ter que se controlar algo, mesmo se não se sabe se ele existe!”.

O que resta evidente é a necessidade de adaptação do ser humano para adequar-se a uma nova realidade, em que precisa agir diante de ameaças globalizadas, apesar de não

¹⁹ Entende-se, aqui, por contingência, tudo aquilo que não é nem necessário, nem impossível, mas simplesmente possível (GARCÍA AMADO, 1989, p. 16).

saber das consequências de suas ações a serem enfrentadas no futuro²⁰. A sociedade não pode, nem a ela se permite, permanecer estática, à espera da próxima catástrofe. Apesar da indeterminabilidade do futuro, as incertezas sempre estiveram presentes na existência humana e esse cenário, como demonstrado, não mudará completamente apenas porque os instrumentos tecnológicos foram melhorados, muito pelo contrário: é preciso agir (BECK, 2009a, p. 292).

Diante deste panorama de incertezas, surge no seio da sociedade um maior clamor pela intervenção do Estado frente a esta mudança de paradigma. Instrumentos legais outrora desnecessários neste âmbito, como é o exemplo do direito penal, passam a incumbir-se da tentativa de racionalizar a diversidade e a complexidade de diversos fenômenos sociais ligados aos novos riscos, mediante a inserção de novos comandos dentro do ordenamento.

Assim, o resultado direto da instabilidade da sociedade de riscos para o direito, e, mais especialmente para o direito penal, se configura no fato de que este passa por uma tendência clara de expansão com o fim de abarcar as novas situações jurídicas relevantes (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 25)²¹, processo o qual será detalhado a seguir.

2.4 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A TENTATIVA DE CONTENÇÃO DOS RISCOS GLOBALIZADOS.

Partindo-se da ideia de que os riscos atuais têm a sua origem em decisões humanas individuais ou coletivas, racionalmente determinadas, isto abre uma possibilidade para, ao menos em tese, se pretender o exercício de algum tipo de controle.

Neste sentido, é de se ver que a utilização de mecanismos de contenção de riscos responde a uma verdadeira necessidade, quase obsessiva, por parte da sociedade contemporânea de minimizar a insegurança por ela mesma gerada (MENDOZA BUERGO, 2001, p. 34).

²⁰ Quanto a este ponto, Ulrich Beck (2008, p. 03) aponta que a sociedade de riscos encontra-se em um dilema complicado, na medida em que tem “que tomar decisões sobre inimagináveis bilhões de dólares, libras e euros ou mesmo sobre guerra e paz (terrorismo nuclear), com base no não-conhecimento mais ou menos admissível.

²¹ Neste mesmo sentido, Silva Sánchez (2001, p. 25) irá complementar que: “El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, a la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes –, y al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal.” Em tradução livre: O direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Posto isto, parece obrigatório ter em conta a possibilidade de que sua expansão obedea, ao menos em parte, a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas avaliações de interesses preexistentes –, e ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam com anterioridade, que poderia legitimar sua proteção através do direito penal.

Todavia, pior que a insegurança propriamente dita, no sentido de probabilidade real de acontecimentos de fatos nocivos, é o sentimento de inquietude gerado na população diante de uma nova realidade que impõe a convivência com riscos muitas vezes sequer conhecidos.

Ademais, tanto a população quanto as entidades que a representa passam a ser obrigadas a conviver com riscos cujo controle está longe de seu domínio e que, além disso, são de elevada intensidade, por ameaçarem a vida, o patrimônio, a saúde e diversos outros bens jurídicos essenciais para a autorrealização do indivíduo (GIDDENS, 1991, p. 117).

Adicione-se a isso, ainda, o fato de que além de o indivíduo ter que se preocupar com os riscos inerentes à sua própria conduta, a observância das ações alheias também assume caráter importante, uma vez que o atuar dos outros cidadãos que integram o mesmo ambiente social poderá resultar na produção de outros riscos com os quais o indivíduo deverá igualmente se preocupar (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 27).

Com essa problemática em vista, Jesús-María Silva Sánchez (2001, p. 30) defende que:

A crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar a que, cada vez em maior medida, a segurança dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros. Expressado de outro modo, as esferas individuais de organização já não são autônomas, pois se produzem de modo continuado fenômenos – recíprocos – de transferência de asseguramento de esferas alheias.²²

Assim, a partir do cenário descrito de exacerbação do risco nas atividades ordinárias da população, é possível perceber, na sociedade atual, uma significativa majoração no sentimento de insegurança²³.

Com o aumento das dificuldades relativas à orientação cognitiva dos cidadãos, decorrente desta insegurança sentida, surge uma demanda para o incremento do uso direito penal como resposta aos novos anseios da sociedade, até mesmo pela ideia de orientação

²² Traduzido livremente do original: “La creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar, a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos – recíprocos – de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”.

²³ A título exemplificativo, Silva Sánchez (2001, p. 32) apresenta três aspectos concretos que, a seu ver, fundamentariam esta insegurança sentida: (a) a aceleração do ritmo de vida das pessoas, motorizada a partir da revolução das comunicações que teve lugar nas últimas décadas, dando uma sensação vertiginosa a população, que passa a não sentir-se no domínio do curso dos acontecimentos; (b) dificuldade de obtenção de informações confiáveis e fidedignas em uma sociedade caracterizada pela avalanche de informações. São tantas notícias de tantas fontes, muitas vezes contraditórias entre si, que o cidadão médio não tem certeza de onde buscar uma informação em que possa confiar; (c) instabilidade emocional-familiar dos indivíduos que formam a modernidade como outro fator relevante para delimitar esta sensação de insegurança.

normativa que ele traz consigo. Por isso, na falta de consenso social sobre valores positivos, termina recaindo ao direito penal o enfrentamento da questão, respaldando-se, pois, uma maior intervenção do aparato estatal na proteção contra os riscos (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 41).

Sendo assim, busca-se, através de novos instrumentos dogmáticos, encontrar um meio termo entre a defesa social e o respeito às garantias inerentes aos cidadãos, tudo isso com o escopo de estabelecer os limites possíveis para uma expansão do ordenamento punitivo. O problema, porém, é que com o aumento da complexidade social, não se faz mais possível regular a sociedade com “dez mandamentos” ou normas básicas similares. Os novos desenvolvimentos trazem como repercussão justamente uma enxurrada de dispositivos jurídicos e de abrangentes regulamentações, cujo fim último seria o de tentar melhor controlar a sociedade de massas (ROXIN, 2001, p. 467).

Tal cenário fático conseguiu um relevante espaço nas discussões da doutrina jurídico-penal, tornando-se a expressão “expansão do direito penal” um topos característico do atual debate político-criminal. A referência a esta expansão acentua, essencialmente, um marcado processo de crescente criminalização de novas condutas (FEIJOO SÁNCHEZ, 2011, p. 23)²⁴.

Entretanto, saliente-se que o problema político-criminal fundamental acerca do tema não está em saber se deve ou não haver uma expansão dessa tutela protetiva do Estado, mas sim como ela será conduzida (FREITAS, 2012, p. 151)²⁵. Ao estender a sua intervenção a novos setores da atividade social, ampliando o âmbito de proteção para além dos bens jurídicos individuais, pode-se vislumbrar a possibilidade real de conversão do direito penal em um mero instrumento de apoio à política social estabelecida, o que não é de forma alguma desejado (CEREZO MIR, 2002, p. 55).

²⁴ Dentro deste processo de expansão a que se vê acometido o direito penal em tempos recentes, Bernardo Feijoo Sánchez (2012, p. 116) ressalta três dimensões específicas do aludido fenômeno: a (a) expansão extensiva; a (b) expansão intensiva e a (c) expansão seletiva. A expansão do tipo (a) extensiva se relaciona com o problema exposto no presente trabalho, isto é, com as dinâmicas da sociedade de risco, exigindo uma adaptação dos ordenamentos penais às novas necessidades deste tipo de sociedade, passando-se a uma intervenção em novos âmbitos ou com técnicas duvidosas de tipificação, cada vez mais afastadas da lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma. A expansão (b) intensiva, por outro lado, tem a ver com o chamado populismo punitivo fomentado pela falsa crença de que um incremento na rigidez das sanções do tipo penal possam dar conta de determinados problemas sociais. Por fim, à expansão (c) seletiva corresponde o tratamento especial destinado a determinados grupos de autores, denominados de inimigos. Neste âmbito expansivo, se inserem no ordenamento punitivo elementos relacionados com a perigosidade criminal e a luta contra organizações criminosas ou terroristas que ensejam uma resposta punitiva distinta à aquelas destinadas ao combate da criminalidade individual.

²⁵ Em que pese o professor Ricardo de Britto A. P. Freitas (2012) ter, em seu artigo, se posicionado acerca da expansão do direito penal na seara do direito penal econômico, o ponto por ele ressaltado pode facilmente ser empregado em toda esta perspectiva expansionista do direito penal.

É fundamental lembrar, como já lecionava Toledo (1994, p. 17), que não é a missão do direito penal afastar, de modo completo, todo e qualquer tipo de risco existente na sociedade, mas apenas aqueles que a afetam de maneira mais grave.

Para tentar orientar esse contexto, nasce o chamado direito penal do risco, entendido como o direito penal, de característica marcadamente preventiva, ou antecipatória, que se amolda ao modelo de sociedade presente, com a finalidade de solucionar, ou ao menos enfrentar, seus problemas estruturais e prevenir suas consequências (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 116).

A política-criminal deste novo marco do direito penal se caracteriza por uma tendência clara rumo ao direito penal preventivo, mediante um acentuado adiantamento da proteção penal, levando a soluções como (a) a abertura dos tipos penais²⁶; (b) a criação de delitos de perigo abstrato²⁷, entre outras. A diferença mais significativa, porém, no entender de Mendoza Buergo (2001, p. 44), entre o velho e o novo direito penal, estaria em que “o novo direito penal de ‘controle global’ protege mais e distintos bens e, ademais, os protege antes, isto é, em um estado prévio à lesão do bem jurídico”²⁸.

Como se não bastassem as dificuldades trazidas pelo cenário já exposto, cujo resultado direto é o de forçar uma expansão da proteção preventiva exercida pelo direito penal no âmbito nacional, some-se, ainda, um fator de destaque, representado na pretensão de estabelecimento, e consequente tutela, de bens jurídicos universais²⁹.

²⁶ À abertura dos tipos penais correspondem a inserção de elementos normativos no tipo e a utilização de normas penais em branco. Na definição de Cláudio Brandão (2012, p. 146), “os primeiros são os elementos da tipicidade que se compreendem à luz de um juízo de valor, não se chegando a sua compreensão, portanto, por dados da realidade exterior; os segundos são os elementos legais que se completam através do contido em outras normas”.

²⁷ De acordo com a doutrina de José Cerezo Mir (2001, p. 52), os crimes de perigos abstrato se produziram “cuando un bien jurídico ha entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y en ese momento aparece *ex ante* como no absolutamente improbable la lesión del bien jurídico”. Em tradução livre: “quando um bem jurídico entrou no raio de ação da conduta do sujeito e, nesse momento, a lesão do bem jurídico aparece *ex ante* como não absolutamente improvável.” O autor (CEREZO MIR, 2001, p. 55) comenta ainda que esses tipos de crimes “permitirían una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho penal, pues al no formar parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto de un bien jurídico, no sería precisa la prueba de la producción del resultado, ni de la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo”. Em tradução livre: “permitiriam uma maior antecipação e ampliação da intervenção do direito penal, pois ao não formar parte do tipo nem a lesão, nem o perigo concreto de um bem jurídico, não seria precisa a prova da produção do resultado, nem da relação de causalidade entre a ação e o resultado delitivo.”

²⁸ Traduzido livremente do original: “el nuevo Derecho penal del ‘control global’ protege más bienes y distintos y, además, los protege antes, es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico.”

²⁹ No entender de Gracia Martín (2010, p. 80), estes bens jurídicos globais estariam representados por “todos aquellos substratos que constituyen el objeto de los derechos económicos, sociales y culturales de los que son titulares la totalidad de los seres humanos y integrantes de la Humanidad”. Em tradução livre: “todos aqueles substratos que constituem o objeto dos direitos económicos, sociais e culturais, de que são titulares a totalidade dos seres humanos y integrantes de Humanidade”. Um exemplo típico desta pretensão seria, precisamente, a tutela do meio ambiente, que, na perspectiva de Nieto Martín (2012a, p. 138), seria uma tarefa global, não podendo se limitar à capacidade normativa e protetora de um determinado Estado em específico.

Em tempos atuais, parece surgir uma demanda ao direito penal por uma reação não apenas diante de riscos que possuem uma alta intensidade, variabilidade e diversidade, mas igualmente perante àquelas ameaças de âmbito global, cujo alcance ultrapassa as fronteiras dos Estados nacionais em que foram geradas, para facilmente atingir não apenas novos países, mas também distintos continentes³⁰.

Se ao direito penal é exigido um maior amoldamento às novas necessidades sociais, como o processo de expansão parece demonstrar, fica claro que uma sociedade cada vez mais globalizada poderá nos obrigar a repensar os limites do próprio alcance da ideia de bem jurídico, bem como os possíveis caminhos de intervenção jurídico-penal, especialmente aquela voltada para a tutela de bens jurídicos supraindividuais fortemente vinculados à soberania estatal (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012, p. 118).

Estas soluções apresentadas pela doutrina, entretanto, como muitas outras adotadas sobre este novo panorama social, despertam calorosos debates em toda a doutrina, com discussões que abordam desde o estabelecimento correto de seus conceitos até a definição acerca dos limites relativos às suas imposições e à sua legitimidade³¹.

Além disso, e muito mais grave também, a expansão das possibilidades de repreensão pelo direito penal apresenta problemas sérios em relação à sua eficácia, uma vez que com a inflação legislativa, típica das sociedades pós-industriais, existe um sério perigo de direcionamento do direito penal a um caráter exclusivamente simbólico³², voltado apenas ao fim de reduzir o sentimento de insegurança da população.

É de se ver, porém, que todos esses processos ora tratados – isto é, o progressivo e constante aumento da complexidade social, o desenvolvimento tecnológico, a verticalização dos riscos durante a segunda modernidade, a globalização e a expansão legislativa – terminam

³⁰ Um exemplo recente deste cenário foi a crise financeira dos *subprimes* havida no ano de 2008, cuja origem local – relacionada a responsabilidade de agentes específicos no âmbito do mercado imobiliário americano – em pouquíssimo tempo atravessou fronteiras e oceanos, atingindo diretamente a economia global como um todo.

³¹ Para um maior aprofundamento acerca da questão, cf. Zapatero (1998), Mendoza Buergo (2001), Gracia Martín (2010), Feijoo Sánchez (2012) e Nieto Martín (2012a).

³² Luis Arroyo Zapatero (1998, p. 4) estabelece que por direito penal simbólico se entende “aquele que es utilizado exclusivamente con fines de pedagogía social, al objeto de sensibilizar a la población acerca de la importancia de un determinado bien o simplemente con la pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores. Los primeros tendrían la sensación de haber hecho algo y los segundos la impresión de que todo está bajo control. Lo problemático, tal como ha indicado Hassemer, no es la función simbólica en sí, en cuanto que ésta es común a todas las leyes, sean eficaces o no, sino elevar lo simbólico a la categoría de función exclusiva.” Em tradução livre: “aquele que é utilizado exclusivamente com fins de pedagogia social, com o objetivo de sensibilizar a população acerca da importância de um determinado bem ou simplesmente com a pretensão de tranquilizar as consciências de políticos e eleitores. Os primeiros teriam a sensação de haver feito algo e os segundos a impressão de que tudo está sob controle. O problemático, tal como indicou Hassemer, não é a função simbólica em si, pois esta é comum a todas as leis, sejam eficazes ou não, mas sim elevar o simbólico à categoria de função exclusiva.”

por trazer uma série de dificuldades para a regulação feita pelo Estado, inclusive na seara penal. A intervenção estatal, da maneira como é primordialmente realizada hoje, tem se mostrado como deveras inefetiva para reduzir os nefastos riscos oriundos do novo *status quo* vigente.

Assim, compreender o porquê das dificuldades do Estado para combater estes novos riscos é uma tarefa de especial significação, pois de que adianta, ao Estado, mover todo o seu arsenal interventivo para evitar a materialização de ameaças, se, ao final, tal movimento é ineficaz para a minimização destas?

A importância dessa compreensão para a presente análise reside no fato de que os desafios apresentados pela sociedade de riscos estão limitando, de maneira expressiva, o poder de resposta do Estado frente a esta nova realidade. A aproximação mútua entre o papel da regulação feita pelo Estado diante do paradigma da sociedade de riscos e as questões relacionadas com a sua efetividade se mostram como fundamentais tanto para o entendimento do dilema hoje enfrentado pelo Estado, como para a posterior superação da crise regulatória instaurada diante deste novo cenário.

3. A CRISE REGULATÓRIA E O FENÔMENO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA.

3.1 O ESTADO EM CRISE: A FALÊNCIA DO MODELO INTERVENCIONISTA E A NECESSIDADE DE NOVAS PERSPECTIVAS.

As noções de Estado, sociedade e a consequente interação mútua entre elas é fonte de grande preocupação dos filósofos, dos sociólogos, dos cientistas políticos e, também, dos juristas. Atualmente, Estado e a sociedade representam duas entidades claramente distintas, dotadas de consciência plena acerca de suas identidades, conhecedoras de seus próprios objetivos e reconhecedoras, de forma mútua, de suas existências recíprocas (ESTEVE PARDO, 2014, p. 02). Tal separação conceitual, entretanto, não restringe a existência de inúmeros pontos de conexão. Na verdade, provavelmente a discussão de maior relevância para os dias atuais encontra-se justamente na forma através da qual o Estado deverá se relacionar com a sociedade, isto é, em que medida deve ou não a autoridade estatal interferir na organização própria desta, regulando-a quando acreditar necessário. Desde o advento da modernidade, porém, mais de um modelo foi desenvolvido para tentar solucionar esta questão.

Em um primeiro momento, mais especificamente em meados do século XIX, tentava-se manter as interações entre ambas entidades em um patamar mínimo. Estado e sociedade se apresentavam como duas realidades claramente separadas, com seus próprios espaços de atuação, não se admitindo, entre ambas, uma relação forte de integração (ESTEVE PARDO, 2007, p. 79). A teoria liberal clássica, oriunda dos ensinamentos de Adam Smith e pautada pela ideia fundamental do *laissez-faire*, determinava ao Estado nada mais que um papel de vigia (*Nightwatchman State*), com funções mais ou menos limitadas à proteção de crimes praticados mediante o uso da violência, de crimes contra a propriedade e com o estabelecimento de leis para reger os contratos (BRAITHWAITE, 2000, p. 223)³³.

Tal cenário, contudo, não se mostra bastante duradouro. Com o advento da modernidade e do incremento por ela ocasionado na complexidade social, a própria sociedade civil passa a exigir do Estado uma maior intervenção. Surge, neste contexto, uma nova maneira de se pensar a interação entre o Estado e a sociedade. Se, inicialmente, à entidade

³³ No contexto em que se enquadra o Estado vigia, a intervenção estatal só era concebida de forma pontual e sujeita a estritas condições formais, bem como submetida a rigorosos sistemas de controle e de garantias (ESTEVE PARDO, 2007, p. 80). A regra, portanto, era claramente a não intervenção, pois não cabia ao Estado interferir de forma imediata na sociedade, mas apenas de maneira mediata.

estatal deveria incumbir um papel de vigia, agora, a este novo modelo de Estado, apelidado de Keynesiano³⁴, caberia uma função interventora e social. Interventora porque deveria o Estado se ocupar da condução correta de diversos setores do mercado e social, pois este ente deveria levar em consideração os anseios gerais da sociedade para, assim, protegê-la³⁵.

Este câmbio de paradigmas tem como marco histórico mais decisivo a política pública instaurada durante o governo Franklin Delano Roosevelt, nos Estados Unidos, na década de 30, chamada de *New Deal*. Tal iniciativa se apresentava como uma resposta direta a uma depressão econômica de âmbito mundial, sem precedentes na história da humanidade, cujo momento de ápice se deu com o *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque.

No contexto da aludida política de Estado, imperava a visão de que, para a sociedade funcionar a contento, os governos deveriam desempenhar um papel significativo em sua administração, passando, agora, a regular as suas arestas. O *New Deal*, portanto, tinha como objetivo a preservação do próprio sistema capitalista, a partir de uma intervenção direta, sob a forma de estímulos financeiros, na administração da economia (BURNS, LERNER, MEACHAM, 1989, p. 713).

Para cumprir com o seu objetivo e oferecer soluções para a maior crise econômica de sua história até então, o governo americano determinou que uma grande variedade de

³⁴ Conforme narram Edward Burns, Robert Lerner e Standish Meacham (1989, p. 713), John Maynard Keynes “trabalhara como consultor econômico do governo britânico durante a conferência de paz de 1919, em Paris. Desgostaram-no as duras condições impostas aos alemães, reconhecendo que só serviriam para manter vivos os ódios e as incertezas que geram a guerra. Entretanto, seu desalento não o induziu a voltar as costas ao mundo e a seus problemas. Keynes era um perfeito homem do mundo, e entre outras coisas obtivera sucesso como especulador financeiro. Acreditava que uma vez corrigidos seus defeitos internos, o capitalismo poderia proporcionar toda a justiça e eficiência que as pessoas razoáveis pudessem esperar. No entanto, o capitalismo necessitaria de uma ‘operação plástica’ que alguns de seus paladinos mais conservadores considerariam drástica. Primeiro, seria preciso abandonar a ideia de um orçamento perpetuamente equilibrado. Keynes nunca defendeu um orçamento continuamente deficitário. Gostaria que os governos operassem deliberadamente no vermelho sempre que o investimento privado fosse demasiado escasso para prover as necessidades do país. Mas quando a depressão cedesse lugar à recuperação, o financiamento privado poderia ocupar o lugar, para a maioria dos fins, do financiamento de déficits. Apoiava a acumulação e o investimento de grandes somas de capital de risco, que ele declarava ser a única forma de capital socialmente produtiva. Por fim, Keynes recomendava o controle monetário como meio de promover a prosperidade e o pleno emprego. Estabeleceria aquilo que se chama comumente de “moeda administrada”, regulando seu valor por um processo de contração ou expansão, de acordo com as necessidades da economia. Seria assim assegurada a prosperidade em termos das condições do mercado interno, e nenhuma nação seria tentada a ‘empobrecer o vizinho’ na tola busca de uma balança comercial favorável”.

³⁵ Corroborando com o diagnóstico ora apresentado, Edilson Pereira Nobre Júnior (2016, p. 86), irá aduzir que “Terminada a Primeira Guerra Mundial, inicia-se uma nova fase e que se notabiliza pelo intervencionismo estatal na ordem econômica e social, o que sucede não somente pela disciplina da economia, com vistas a corrigir as distorções de mercado, mas também fortemente pela atuação do Estado como empresário ou agente econômico. Surge, ao lado dos já existentes direitos fundamentais de natureza civil e política, uma nova categoria, denominada sob a expressão ‘direitos sociais’ (direito à educação, à saúde, o acesso à cultura, ao trabalho, a uma moradia digna, dentre outros), os quais, não sendo em sua maioria de exigibilidade direta, pressupõem uma atividade positiva e de prestações do Estado, o que impôs a este uma postura mais ativa, a implicar uma ação daquele sobre a sociedade.”.

agências reguladoras de alcance nacional³⁶ assumissem uma série de responsabilidades e expertises no âmbito do controle central feito pelo Estado, sobre atividades outrora completamente desreguladas (BRAITHWAITE, 2000, p. 224). A regulação da atividade econômica, bem como de diversos outros setores da vida social, passou, neste período, a ser fortemente incrementada por agências de escopo nacional, em uma clara mudança de paradigmas no *status quo* da relação entre Estado e sociedade³⁷.

Na prática, esta transformação das relações entre Estado e sociedade implicou em uma clara mudança da mentalidade vigente. Cria-se a ideia geral de que o aparato estatal poderia realizar tudo o que se propusesse fazer. Sob as concepções ideológicas deste modelo de Estado, a resposta para todo e qualquer tipo de desordem no âmbito da sociedade era incrementar a intervenção direta levada a cabo pela administração central (BRAITHWAITE, 2000, p. 224).

A consolidação deste tipo de mentalidade vem acompanhada de um progressivo aumento na demanda emanada da própria sociedade. Se o Estado é capaz de tudo, nada mais natural que dele tudo se espere. A sociedade passa, assim, a exigir que ele se incumba de tutelar a economia, a saúde pública, a segurança das pessoas, o meio ambiente, enfim, de um número enorme de responsabilidades que outrora competiam à própria população desenvolver³⁸.

Se no início da modernidade tal modelo de Estado se mostrava pouco questionável, com a sua radicalização, mediante o fenômeno da reflexividade, o Estado de matriz Keynesiana começa a enfrentar graves obstáculos. Neste contexto, a ideia que aqui se põe de manifesto é que o desenvolvimento dos contornos da sociedade atual, caracterizada

³⁶ Entre estas agências regulatórias americanas de escopo nacional, pode-se citar as seguintes, a título exemplificativo: (a) *Social Security Board* (SSB), focada na área de seguridade social; (b) *Securities Exchange Commission* (SEC), associada à bolsa de valores; (c) *Federal Housing Administration* (FHA), relacionada com a questão da moradia; (d) *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), responsável por gerir seguros e garantir o pagamento dos bancos em caso de instabilidade financeira das instituições bancárias; entre muitas outras.

³⁷ É curioso perceber como foi necessário o acontecimento de algo tão drástico na história mundial, como foi o caso do *crash* da bolsa de valores americana, para se produzir este câmbio de perspectivas do Estado vigia para o modelo Keynesiano. E mais, conforme narra John Braithwaite (2000, p. 224), ainda com o sistema financeiro em colapso, os mais libertários, defensores do *status quo* vigente de independência entre Estado e sociedade, ainda assim mantiveram a defesa do Estado vigia até os últimos momentos. Foi este o caso de Richard Whitney que, exercendo a função de Presidente da Bolsa de Valores de Nova Iorque, diante da movimentação do Senado americano para criar a *Securities Exchange Commission* (SEC), afirmou: “You gentlemen are making a great mistake. The Exchange is a perfect institution”. Em tradução livre: “Os senhores estão cometendo um grande erro. A Bolsa é uma instituição perfeita”.

³⁸ O Estado assim agia, pois a sociedade nele depositava a sua confiança. Com recursos de elevada monta, a autoridade estatal, a partir tanto dos conhecimentos oriundos da ciência e da tecnologia, como da capacitação de seu próprio corpo técnico, assumiu como próprias as atividades de fomento do progresso e de regulação e controle dos riscos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico (GARDELLA, 2002, p. 12).

pela sua alta complexidade³⁹, prejudicou de forma significativa a atividade reguladora do Estado. Algumas razões precisam ser destacadas para apontar o referido colapso.

Em primeiro lugar, diferentemente de outrora, o protagonismo na sociedade deixou de ser dos indivíduos propriamente ditos, passando para entidades coletivas, como, exemplificativamente, os grupos profissionais, as empresas, as associações, os partidos políticos, etc. Ademais, com a especialização e profissionalização dos diversos setores laborais, houve um incremento significativo na complexidade inerente às estruturas organizativas, tornando praticamente inviável, em termos de eficácia, um sistema regulatório e interventivo independente, até mesmo por razões financeiras (COCA VILA, 2013, p. 46).

Da mesma forma, o paradigma do risco também exerce uma influência muito grande nesta crise. Nos dizeres de Ulrich Beck (2008, p. 01), “estar em risco é a maneira de ser e de governar no mundo da modernidade; estar em risco global é condição humana no início do século XXI.”. Com o movimento cada vez mais acentuado de transferência do domínio do saber tecnológico da esfera pública para a responsabilidade de entidades de caráter privado, a antiga autoridade do Estado em matéria técnica, bem como sua capacidade regulatória, vão sendo paulatinamente erodidas pela dinâmica inerente aos riscos da segunda modernidade. (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 03).

Ademais, com as dificuldades de orientação geradas pela figura do risco, há um natural incremento do sentimento de insegurança na população, que passa a exigir dos seus representantes a tomada de medidas para sanear, ou ao menos reduzir, este anseio. Conforme narrado em maior extensão no capítulo anterior, isso vai gerar uma natural expansão do direito em sua totalidade – e, mais especialmente, do direito penal. A consequência para o Estado deste movimento é que, se antes ele tinha algumas poucas leis que eram capazes de regular toda a sociedade, nos dias atuais, a situação é a oposta, com milhares de normas diferentes sobre uma grande diversidade de temas. A autoridade estatal, portanto, jamais conseguirá, hoje, garantir de forma autônoma a vigência de todos os seus comandos imperativos, sendo impossível ao Estado regular a totalidade dos âmbitos determinados pela legislação.

O “golpe de misericórdia” aplicado sobre a ideia de que seria plausível ao Estado assumir, de forma exclusiva, toda a responsabilidade pela regulação da sociedade, porém,

³⁹ A complexidade aqui se refere tanto a uma complexidade causal, pois os efeitos de uma determinada ação tornam-se cada vez mais difíceis de serem previstos, como a uma complexidade nas interações entre os atores da sociedade. Nesse contexto, afirma Julia Black (2001, p. 106) que “There is a recognition that social problems are the result of various interacting factors, not all of which may be known”. Em tradução livre: “Existe o reconhecimento que os problemas sociais são o resultado de vários fatores que interagem, alguns dos quais sequer podem ser conhecidos”.

vem com a globalização. Com a possibilidade das ameaças terem origem em quase qualquer lugar do mundo, a relação existente entre risco e território começa a perder sua relevância. Se antes, quando os riscos se limitavam ao âmbito nacional, o Estado já possuía uma série de dificuldades no manejo das ameaças, em um mundo onde as catástrofes não respeitam as fronteiras e em que seus efeitos podem ser sentidos globalmente, a autoridade estatal se torna uma verdadeira refém dos riscos, pois seus instrumentos – com especial destaque ao direito – sequer podem alcançá-los e/ou contê-los, ainda que assim quisessem.

Assim, torna-se fácil perceber que os referidos fenômenos terminam por colocar o modelo de Estado Social em uma situação de indefensibilidade sem precedentes (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 56), pois ele não possui nem o conhecimento técnico⁴⁰, nem os recursos financeiros⁴¹ e nem muito menos o alcance⁴² necessário em seus instrumentos para realizar uma regulação da sociedade da maneira demandada por este novo cenário. O Estado Keynesiano, em suma, perdeu a eficácia para regular o comportamento da sociedade e, por isso, necessitou ser substituído⁴³.

⁴⁰ No mundo atual, nenhum ator da sociedade possui o domínio completo do conhecimento. Como aponta Julia Black (2001, p. 107), “no single actor has all the knowledge required to solve complex, diverse, and dynamic problems, and no single actor has the overview necessary to employ all the instruments needed to make regulation effective”. Em tradução livre: “nenhum ator individual possui todo o conhecimento requerido para resolver problemas complexos, diversos e dinâmicos, e nenhum ator individual tem a visão geral necessária para empregar todos os instrumentos necessários para tornar a regulação efetiva.”

⁴¹ Como ressaltado por Ivó Coca Vila (2013, p. 46), diante do cenário de profunda crise do Estado Social, “éste ya no dispondría tampoco de la capacidad financiera para asumir los altos costes que los procesos de regulación, supervisión y sanción en ámbitos extremadamente complejos acarrearán”. Em tradução livre: “este já não disporia tampouco da capacidade financeira para assumir os altos custos que os processos de regulação, supervisão e sanção em âmbitos extremamente complexos acarretam”. Neste mesmo sentido, John Braithwaite (1982, p. 1.467) defende a impossibilidade de uma regulação direta feita pelo Estado simplesmente porque este não pode arcar com os custos de fazer um trabalho adequado. E afirma: “Fiscal pressures invariably prevent governmental inspectors from regularly checking every work place for occupational safety offenses, environmental quality lapses, crooked bookkeeping, or faulty product design. The uniformly abysmal inspection programs in these areas and others can and should be improved, but they will never reach a satisfactory level.”. Em tradução livre: “Pressões fiscais invariavelmente previnem os inspetores governamentais de checar regularmente todo local de trabalho para buscar ofensas de segurança, lapsos de qualidade ambiental, contabilidade torcida, ou *design* de produto defeituoso. A uniformidade dos programas de inspeção nestas áreas e em outras podem e devem ser melhoradas, mas ela nunca chegará em um nível satisfatório.”

⁴² De forma categórica, Ulrich Beck (2008, p. 08) aponta que o plano de referência deste modelo de Estado – ao qual ele chama de “nacionalismo metodológico – impede a elaboração de respostas globais ao fenômeno do risco. Em um exemplo eivado de ironia, o autor compara os políticos que tentam lidar com os riscos globais sob uma perspectiva territorialmente limitada a “um bêbado, que em uma noite escura tenta encontrar sua carteira perdida em um fecho de luz de um poste de rua. À questão ‘você realmente perdeu sua carteira aqui?’ ele responde ‘não, mas na luz do poste, eu posso ao menos procurar por ela’”. Seu diagnóstico, pois, é o de que “os riscos globais estão produzindo ‘Estados falidos’”.

⁴³ Concordando com o presente argumento, ao tratar de problemas regulatórios com as indústrias químicas, John Braithwaite (2005, p. 27) aponta que o Estado Keynesiano “was incapable of putting a regulatory regime in place that might prevent recurrence by addressing the root causes of disaster.”. Em tradução livre: “foi incapaz de instaurar um regime regulatório que poderia prevenir a recorrência ao abordar as causas profundas dos desastres”. O mesmo diagnóstico é compartilhado por Carlos Gómez-Jara Díez (2012, p. 112), quando afirma que “El leviatán no puede invertir adecuadamente en investigación y desarrollo necesario para evaluar y

Uma primeira resposta à incapacidade do Estado de realizar sozinho a regulação foi a possibilidade de repassar para a sociedade toda a responsabilidade regulatória. Se o Estado não era mais capaz de regular, que a própria sociedade, então, o faça. A alternativa da autorregulação pura da sociedade, entretanto, – defendida pelos setores mais liberais, em que esta seria totalmente responsável pelas decisões de incorporar medidas de contenção de risco – se mostrava pouco promissora. Fatalmente, quando colocada em situações em que necessitaria escolher entre a proteção dos interesses públicos em face dos privados, a sociedade tenderia a posicionar a sua autorregulação em segundo plano, priorizando interesses individuais (GARCÍA CAVERO, 2014, p. 15).

Tendo-se em conta a necessidade de regular, uma vez que não é mais possível, nem desejada, a plena desregulação, reconhecer a presente inabilidade de realizar a regulação de forma exclusiva – só pelo Estado ou só pela sociedade – não se mostra, de forma alguma, como algo negativo. Ao aceitar tal premissa, abre-se a possibilidade para se buscar outras alternativas ao invés da simples estagnação. Assim, se ao Estado é inviável exercer a regulação de um ponto de vista externo à sociedade, e se esta tende a não priorizar o cumprimento legal em face de seus interesses egoísticos, uma solução lógica possível estaria em um ponto intermediário, em que ambas as entidades se uniriam para assegurar uma obediência ao ordenamento. Configurar-se-ia, dessa maneira, uma situação em que o Estado delegaria uma porção de sua função regulatória à sociedade, sem, todavia, ceder a titularidade da regulação a ela (COCA VILA, 2013, p. 47), tudo isso em prol de uma maior eficácia e coesão regulatória, em um fenômeno chamado pela doutrina de autorregulação regulada.

De forma metafórica, seria possível imaginar que esta união funcionaria como uma espécie de barco movido a remos. Ao Estado caberia o papel de timoneiro, responsável por direcionar o rumo da embarcação, e à sociedade recairia a função de remador, impulsionando a movimentação do barco para o benefício de todos (COCA VILA, 2013, p. 47). A autorregulação regulada, desta maneira, representaria uma verdadeira união de esforços em prol do bem comum, com um potencial qualitativo e quantitativo que dificilmente poderia ser alcançado de forma isolada.

Neste modelo de Estado, portanto, apelidado por John Braithwaite (2005) de capitalismo regulatório, a sociedade incorpora o processo de regulação, porém de uma maneira subordinada aos fins pré-determinados pelo Estado, bem como submetendo-se à sua

regular correctamente los riesgos que amenazan la sociedad moderna”. Em tradução livre: “O leviatã não pode investir adequadamente na investigação e no desenvolvimento necessário para avaliar e regular os riscos que ameaçam a sociedade moderna”.

supervisão (GARCÍA CAVERO, 2014, p. 16). A gestão primária desta regulação, porém, passa a ser de sua competência, potenciando a elaboração de novas estratégias de controle e supervisão em áreas do sistema social, como o mercado, a técnica ou a ciência, que possuem uma enorme complexidade (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015a, p. 201).

Em síntese, conforme leciona Mercè Darnaculetta i Gardella (2012, p. 80):

A autorregulação regulada é, pois, um novo instrumento de regulação ensaiado pelo Estado em uma fase de transformação do mesmo, no qual, em caráter geral, os instrumentos imperativos de atuação são substituídos por técnicas indiretas de regulação. Mediante a autorregulação regulada, a Administração supervisiona a atuação privada de aprovação e aplicação de normas e dos controles privados de cumprimento de tais normas. A Administração deve assegurar-se de que os destinatários de tais normas e controles se submetam realmente às mesmas; e deve garantir a capacidade técnica e a submissão a fins públicos dos sujeitos privados que aprovam e controlam a aplicação dessas normas. Em definitivo, a Administração deve velar para que a autorregulação conduza efetivamente à minimização dos riscos gerados por aqueles que se autorregulam.⁴⁴

É preciso retificar, no entanto, um equívoco bastante comum. Apesar de haver margem para se pensar que a autorregulação regulada é um efeito lógico e imediato de uma vontade desreguladora do Estado, tendente ao desenvolvimento e estímulo de uma autorregulação privada, o que ocorre é o oposto. Como salienta José Esteve Pardo (2002, p. 27), “é precisa e justamente a mais firme e decidida vontade reguladora das instâncias públicas que, não sem um paradoxo, conduz a um incremento da autorregulação privada.”⁴⁵. Isso porque, com a autorregulação regulada, é possível ao Estado, agora, alcançar aspectos da atividade privada que eram escassamente afetados pela regulação (GARDELLA, 2012, p. 81). Fica claro, pois, que a autorregulação regulada não se apresenta como um impulso na direção da desregulação, mas, ao contrário, corresponde, sim, a uma melhora qualitativa e quantitativa da intervenção do Estado, na medida em que ele obterá uma regulação mais rigorosa, específica e eficaz (COCA VILA, 2013, p. 47)⁴⁶.

⁴⁴ Traduzido livremente do original: “la autorregulación regulada es, pues, un nuevo instrumento de regulación ensayado por el Estado en una fase de transformación del mismo en el que, con carácter general, los instrumentos imperativos de actuación son sustituidos por técnicas indirectas de regulación. Mediante la autorregulación regulada la Administración supervisa la actuación privada de aprobación y aplicación de normas y los controles privados de cumplimiento de tales normas. La Administración debe asegurarse de que los destinatarios de tales normas y controles se sometan realmente a las mismas; y debe garantizar la capacidad técnica y el sometimiento a fines públicos de los sujetos privados que aprueban y controlan la aplicación de estas normas. En definitiva, la Administración debe velar para que la autorregulación privada conduzca, efectivamente, a la minimización de los riesgos generados por quienes se autorregulan.”

⁴⁵ Traduzido livremente do original: “Es precisa y justamente la más firme y decidida voluntad reguladora de las instancias públicas a que, no sin paradoja, conduce a un incremento de la autorregulación privada.”

⁴⁶ O diagnóstico ora apresentado, de que a autorregulação regulada traz um verdadeiro incremento na regulação estatal, é corroborado pela opinião de grande parte da doutrina. Neste sentido, Mercè Darnaculetta i Gardella afirma que: “Una lectura sesgada de este fenómeno podría conducir a pensar que estamos ante un supuesto de privatización de la función ejecutiva. Esto es, podría parecer que se está sosteniendo que las funciones que venía desarrollando el Estado mediante la regulación de policía son cedidas a los particulares mediante la

Mas esta não é a única vantagem desta proposta. Mediante a perspectiva da autorregulação regulada, seria possível cumprir, finalmente, com o diagnóstico proposto por Ulrich Beck (2008) para o mundo atual, isto é, de que a única resposta aos riscos de uma sociedade global residiria no que ele chama de “*Realpolitik* cosmopolita”⁴⁷, concretizada na cooperação transnacional entre Estados e sociedades. Se a globalização dissolve as diferenças entre o “nacional” e o “internacional”, cria-se a necessidade de desenvolvimento de uma prevenção dos riscos pensada globalmente, que busque reagir diante deste novo cenário (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012a, p. 119).

Desta maneira, surge com força no âmbito internacional o fenômeno denominado de governança global (*global governance*), entendida a partir da perda do monopólio regulatório do Estado a nível mundial, pois, hoje, os Estados se convertem em apenas um dos

regulación de la autorregulación. A nuestro entender esta interpretación dista enormemente de la realidad.” Em tradução livre: “Uma leitura tendenciosa deste fenômeno poderia conduzir a pensar que estamos ante um suposto de privatização da função executiva. Isto é, poderia parecer que se está sustentando que as funções que vinham desenvolvendo o Estado mediante a regulação de polícia são cedidas aos particulares mediante a regulação da autorregulação. Em nosso entender esta interpretação dista enormemente da realidade.”. Da mesma forma, Ulrich Sieber (2013, p. 99) argumenta que: “El hecho de delegar a las empresas internacionales determinadas formas de *self-policing* no implica un *laissez faire*, sino que en muchos casos es la única forma de recuperar una parte del control estatal bajo la forma de autorregulación regulada o de la *rule at a distance*.”. Em tradução livre: “O fato de delegar às empresas internacionais determinadas formas de *self-policing* não implica um *laissez faire*, mas sim que em muitos casos é a única forma de recuperar uma parte do controle estatal sob a forma de autorregulação regulada ou da *rule at a distance*.”. Ademais, Adán Nieto Martín (2013b, p. 13) aponta, corretamente, que o Estado atual não supõe um *revival* do século XIX (*nightwatchmen state*). Na verdade, apesar de cada vez prestar menos serviços, ele “ha incrementado notablemente el número de normas y de agencias administrativas. Definitivamente no cree en la mano invisible”. Em tradução livre: “incrementou notavelmente o número de normas e agências administrativas. Definitivamente não acredita na mão invisível” Por fim, corroborando com o diagnóstico do incremento regulatório a partir da autorregulação regulada, Carlos Gómez-Jara Díez (2005, p. 266), alega que: “Sin embargo, y ello conviene dejarlo claro, no se trata de una renuncia del Estado al interés regulador, sino más bien todo lo contrario. Precisamente el afán de extender los confines de lo regulado ha llevado a que se produzcan los fenómenos de autorregulación. En otras palabras, la autorregulación significa más regulación.”. Em tradução livre: “Sem embargo, e isto convém deixar claro, não se trata de uma renúncia do Estado ao interesse regulador, mas sim o contrário. Precisamente o afã de estender os confins do regulado é que levaram à produção dos fenômenos da autorregulação. Em outras palavras, a autorregulação significa mais regulação.”.

⁴⁷ Ulrich Beck (2008, p. 03) explica este momento cosmopolita vivido pela sociedade contemporânea nos seguintes termos: “A sociedade de risco é uma sociedade revolucionária latente em que o estado de normalidade e o estado de emergência se sobrepõem. Isso pode explicar o poder histórico do risco global, que é negligenciado pela teoria social convencional e pela sociologia do risco: ao tratar de riscos catastróficos o presente de um estado de emergência futuro está em negociação. O estado de emergência antecipado não é mais nacional, mas cosmopolita. A crença de que os riscos que a humanidade enfrenta podem ser evitados pela ação política tomada em nome da humanidade ameaçada torna-se um recurso sem precedentes para o consenso e a legitimação, nacional e internacionalmente. Neste sentido, os princípios fundamentais da modernidade, incluindo o princípio do livre mercado e a ordem própria da Estado-nação, tornam-se sujeitos à mudança, à existência das alternativas, e à contingência. Você pode até mesmo dizer que o poder histórico do risco global está além de todos os ‘salvadores’ revelados pela história: não o proletariado, não os excluídos, não o Iluminismo, não o público global, não os migrantes da sociedade global – mas os riscos percebidos que enfrenta a humanidade, os quais não podem ser nem negados nem exteriorizados, é que são capazes de despertar, seja em alguém ou em algo, as energias, o consenso, a legitimação necessária para criar uma comunidade global do destino, uma que demolirá os muros das fronteiras e egotismos da Estado-nação – pelo menos por um momento global no tempo e além da democracia.”.

atores inseridos dentro de uma dinâmica global. A governança global, entretanto, não se traduz pela ideia de um governo central de alcance mundial, mas sim de uma interação em âmbito global dos Estados nacionais (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 257), que, por óbvio, permite uma integração nunca antes vista por parte dos principais atores da realidade política e social (SARMIENTO, 2008, p. 50).

Esta concepção se traduz, hoje, na criação cada vez mais intensa de organismos de alcance transnacionais, formada a partir da união de diversos países diante de contextos determinados. É o caso de instituições como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou a União Europeia (UE), que nos últimos anos, por exemplo, tem capitaneado fortemente a harmonização, a nível europeu e internacional, tanto dos conteúdos como das estratégias da autorregulação (GARDELLA, 2015a, p. 60)

Obviamente, por não possuírem soberania, nem força impositiva sobre as legislações internas dos Estados nacionais, estes organismos precisam atuar com mecanismos distintos daqueles utilizados pela autoridade estatal. Neste contexto, o principal instrumento encontrado por estas organizações transnacionais para solucionar este problema é o chamado “direito suave” (*soft law*)⁴⁸, isto é, normativas, regras e *standards*, etc., não vinculantes juridicamente (BECK, 2009b, p. 185), mas cuja relevância não pode ser negada. Até porque, pelo seu âmbito global de integração, muitos desses comandos de *soft law* podem vir a influenciar o direcionamento das discussões havidas a nível nacional, não sendo impossível pensar, até mesmo, na conversão em lei (*hard law*), dentro dos países, de muitas destas determinações⁴⁹.

A autorregulação regulada se mostra como uma concepção amplamente de acordo com este prognóstico. Na medida em que a administração central permite aos entes regulados

⁴⁸ De acordo com os ensinamentos de Maria Paz García Rubio (2012, p. 07) o *soft law* surge a partir da demanda social de criação de instrumento mais dinâmicos, que respondam com maior rapidez, capacidade de adaptação e elasticidade às progressivas e cambiantes necessidades sociais. Para a autora, o *soft law* se caracterizaria nos seguintes termos: “nace con frecuencia a partir de actores no estatales, es decir, emana de agencias que no tienen autoridad legisladora nacional o internacional, suele contener términos vagos e imprecisos, está articulado de forma no vinculante y se basa en la adhesión voluntaria o en medios no jurídicos de reforzamiento.”. Em tradução livre: “nasce com frequência a partir de atores não estatais, isto é, emana de agências que não têm autoridade legisladora nacional ou internacional, geralmente contém terminações vagas e imprecisas, está articulado de forma não vinculante e se embasa na adesão voluntária ou em meios não jurídicos de reforço.”.

⁴⁹ Deste diagnóstico não difere Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 41), quando afirma que: “a globalização, como fenômeno econômico, caracteriza-se pela criação, em escala mundial, de redes de intercâmbio, gerando uma verdadeira e nova ordenação mundial. Isso também se reflete no Direito, em especial na produção legislativa. Por isso – afirma –, dentro de uma perspectiva jurídica globalizada, embora as decisões do processo legislativo em sentido amplo ocorram dentro das fronteiras de um determinado país pelos respectivos parlamentos nacionais, elas não são um reflexo das aspirações de atores locais. Essa transnacionalização da regulação jurídica do Estado-nação sem dúvida alguma abala o próprio sistema de fontes do Direito, bem como o próprio princípio da legalidade.”.

uma maior margem de liberdade para elaborarem estruturas regulatórias próprias, ainda que sob sua supervisão, termina-se por conceder a este modelo regulatório um novo alcance e extensão territorial, com uma clara vocação global. Isto porque os setores que se autorregulam tendem a dotar-se de estruturas e procedimentos cada vez mais formalizados, cujo embasamento é dado a partir de *standards* desenvolvidos justamente pelas já referidas instâncias públicas ou privadas cujo âmbito de atuação é transnacional (GARDELLA, 2015b, p. 138).⁵⁰.

É de se ver, portanto, que o segundo grande benefício deste movimento em prol da autorregulação regulada é o de permitir que os atores privados da sociedade – como empresas, indústrias, associações, etc. – criem bases verdadeiramente globais para realizar a sua autorregulação, permitindo-se, assim, que a vigilância e o controle exercido sobre suas próprias atividades obedçam a padrões internacionais de qualidade, superando, deste modo, as limitações impostas por um paradigma exclusivamente nacional (LEÓN BERINI, 2013a, p. 79).

Com base nestas considerações, fica claro que a autorregulação regulada aparece como uma alternativa viável à proposta da regulação feita unilateralmente pelo Estado. Diante da perda de confiança na atuação direta feita pela administração, esta perspectiva de regulação pública da autorregulação pretende oferecer uma maior segurança, fiabilidade e equilíbrio, justamente naqueles âmbitos em que uma regulação autônoma se mostra praticamente inviável (GARDELLA, 2012, p. 655).

As reflexões trazidas no presente ponto, porém, demandam uma abordagem teórica de maior robustez. Para tanto, acudir-se-á, no presente momento, do referencial da teoria dos sistemas autopoieticos, elaborada por Niklas Luhmann, com a finalidade de consolidar o diagnóstico ora apresentado, relativamente à necessidade de adaptação regulatória do Estado, e de seu direito, em direção ao modelo da autorregulação regulada.

⁵⁰ Um excelente exemplo do ora destacado pode ser percebido por *standard* elaborado pela OCDE no ano de 2012, denominado de Recomendação do Conselho Sobre Política Regulatória e Governança (2012), que traça uma série de postulados para os Estados membros sobre como melhorar suas próprias políticas públicas no âmbito regulatório.

3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA: UMA COMPREENSÃO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS⁵¹.

Para Niklas Luhmann (2009, p. 80), o ponto de partida para qualquer análise dentro de uma teoria dos sistemas tem que ser a diferença entre sistema e ambiente (entorno). Em uma tentativa de explicar essa sua premissa inicial, Luhmann (2009, p. 86) recorre às ideias contidas na teoria de George Spencer-Brown, destrinchando, para isso, a noção de forma. O autor defende que a ideia de forma corresponde a uma linha fronteira que estabelece uma diferença. Mediante o estabelecimento de uma forma, é possível visualizar uma linha que divide duas partes, impossibilitando a passagem de uma para a outra, sem atravessar essa marca.

Trazendo esta elucidação para a teoria dos sistemas, Luhmann (1998, p. 54) compreende um sistema como uma forma, na medida em que ele estabelece uma distinção: o próprio sistema, como parte interior da diferença, e o entorno, como porção exterior da distinção. O ambiente, neste contexto, é tão indispensável quanto o próprio sistema, ligado a ele como uma das duas faces de uma mesma moeda. Isto porque os sistemas não se orientam apenas ocasionalmente ou por adaptação para o seu ambiente, mas sim de maneira estrutural, não podendo existir sem o seu entorno. Eles se constituem e se mantêm mediante a produção e a manutenção de uma diferença para com o entorno e utilizam os seus próprios limites para regular esta diferença, visto que, sem a manutenção desses limites (*boundary maintenance*), a própria conservação do sistema restaria prejudicada (LUHMANN, 1984, p. 50). Tal diferença, pois, como “forma-de-dois-lados” – sistema-meio – demarca os limites do sistema, servindo-lhe de estrutura orientadora para o tratamento com relação ao seu entorno (NEVES, 2008, p. 59).

Qual seria, porém, o elemento responsável por conseguir demarcar essa distinção inicial? Para Luhmann (2009, p. 89), o sistema se diferencia do meio a partir do momento em que passa a realizar uma única forma de operação, pois na “recursividade de um mesmo tipo de operação, temos como resultado um sistema.”. Assim, para criar uma diferença do gênero sistema-entorno, uma operação deve possuir a capacidade de ser concatenada com outras operações do mesmo tipo, deixando de fora todas as demais.

⁵¹ É preciso salientar, de pronto, que a pretensão do presente tópico não é, de forma alguma, realizar uma doxografia da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Tal tarefa, pela própria obscuridade e complexidade de muitos dos conceitos do autor, far-se-ia impossível para os fins do presente trabalho. O que aqui se pretende, é traçar os conceitos elementares da aludida teoria com o fim de demonstrar que a proposta da autorregulação regulada pode ser respaldada por um embasamento teórico firme, não se tratando de uma mera análise casuística da sociedade.

Diante do ora exposto, surge a necessidade de se estabelecer qual seria a operação constitutiva capaz de dar o fundamento da própria sociedade, afinal, este é o escopo primordial da teorização luhmanniana, radicada a partir do prisma da sociologia. Pelas características acima narradas, esta operação, evidentemente, teria que ser única e exclusiva, não podendo pertencer a nenhum outro campo do sistema. Essa premissa, entretanto, já traz de pronto uma conclusão inafastável: nenhuma disposição do ser humano – intenção, vontade, ação, etc. – seria capaz de ser individualizada como operação chave para fundamentar a sociedade, justamente por não ser possível encontrar um elemento comum em todos os indivíduos (NAFARRATE, 2009, p. 19). Da mesma forma, os países, com suas próprias peculiaridades geográficas e demográficas, tampouco poderiam figurar como a operação base do sistema social (LUHMANN, 1998, p. 55)⁵².

A proposta luhmanniana, para solucionar este entrave, seria a de que, no âmbito da sociedade, a única operação com a capacidade de definir o social de maneira autônoma seria a comunicação. Seria ela, portanto, “o ponto de partida de uma reflexão social, já que ao ser a estrutura basal mais abarcadora, inclui a ação (no sentido de Weber), sem esgotar-se nela.” (NAFARRATE, 2009, p. 19)⁵³.

Isto se dá porque a comunicação somente se realiza quando alguém, ainda que de forma rústica, entende (ou não) a comunicação, e percebe a possibilidade de sua continuidade. Por isto, a comunicação seria a única operação genuinamente social, na medida em que pressupõe o envolvimento de um amplo número de sistemas de consciências, mas que,

⁵² Ao afirmar que nem os seres humanos nem os países podem figurar como operação constitutiva do sistema social, Luhmann não quer, por exclusão, dizer que ambos são irrelevantes para este sistema. Pelo contrário, ele vai destacar que tanto os homens quanto os países são fundamentais para o sistema social, não como elementos constitutivos da sociedade, mas sim como componentes indispensáveis ao seu entorno. Conforme o autor bem destaca (1998, p. 55), “si excluimos a los seres humanos, como sistemas vivos y conscientes, así como a los países, con sus peculiaridades geográficas y demográficas, no por ello se pierden para la teoría.” Em tradução livre: “se excluirmos os seres humanos como sistemas vivos e conscientes, assim como aos países, com suas peculiaridades geográficas e demográficas, nem por isso eles se perdem para a teoria.” Juan Antonio Garcia Amado (1989, p. 32) corrobora com o presente entendimento, quando diz que: “Chaque système fonctionnel inclut dans sa perspective tous les individus, non dans leur intégrité, mais seulement dans leur dimension existentielle, que est spécifique pour chaque système. Luhmann souligne que cela ne signifie pas que les hommes n’ont pas d’importance vis-à-vis de la société. Pour que la société et ses sous-systèmes puissent exister, l’existence de l’environnement respectif est aussi importante que celle des éléments du système. Les systèmes n’existent pas dans le vide.” Em tradução livre: “Cada sistema funcional inclui em sua perspectiva todos os indivíduos, não em suas integridades, mas somente em suas dimensões existenciais, que são específicas para cada sistema. Luhmann sublinha que isso não significa que os homens não têm importância em relação à sociedade. Para que a sociedade e seus subsistemas possam existir, a existência do ambiente respectivo é tão importante quanto os elementos do sistema. Os sistemas não existem no vazio.”

⁵³ Niklas Luhmann (2009, p. 91) explica que apesar de poder parecer promissor de início, utilizar-se do conceito de ação para explicar as operações da sociedade não se mostra uma perspectiva adequada. A ação “pressupõe, ao menos, no entendimento comum, um processo de atribuição que nem sempre desemboca em um acontecimento de socialização. A ação pode também ser descrita como um acontecimento solitário, individual, sem nenhum tipo de repercussão social.”

exatamente por isso, não pode ser individualizada na figura de uma consciência isolada. Mediante a comunicação, faz-se finalmente possível identificar o tipo de operador que possibilita explicar todos os sistemas, por mais complexos que eles possam ter se tornado (LUHMANN, 2009, p. 91)⁵⁴.

É através da comunicação, portanto, que o sistema pode se distinguir em relação ao seu meio. Luhmann (2009, p. 92) descreve esse processo nos seguintes termos:

A operação realizada pelo sistema (operação de comunicação) efetua uma diferença, na medida em que uma operação se articula e se prende à outra de seu mesmo tipo, e vai excluindo todo o resto. Fora do sistema, no meio, acontecem outras coisas, simultaneamente; e elas sucedem em um mundo que só tem significado para o sistema no momento em que ele possa conectar esses acontecimentos à comunicação.

Devido a esta necessidade de conectar uma comunicação a outra, o sistema necessariamente precisa se dotar da capacidade de observar as suas próprias comunicações, com o objetivo de distinguir, e posteriormente decidir, aquilo que se ajusta, ou não, a ele. Isto posto, com a finalidade de manter sob controle suas próprias possibilidades de conexão, mediante operações de comunicação de um único tipo, um sistema deve necessariamente dotar-se de auto-observação (LUHMANN, 2009, p. 93).

A consequência fundamental desta premissa de que o sistema necessita, para existir, de uma capacidade auto-observatória, é a de que finalmente se pode compreender o sistema social como um sistema operacionalmente fechado, formado apenas de um tipo de operação exclusiva (LUHMANN, 1998, p. 56), isto é, de comunicação que desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação (LUHMANN, 2009, p. 90). Tal atributo específico dos sistemas figura justamente como o fundamento para o seu conceito de encerramento operativo⁵⁵.

Entretanto, a aceitação da ideia de que os sistemas se encerram em suas próprias operações traz, como consequência, três efeitos imediatos. O primeiro é o fato de que o sistema não pode operar, nem reproduzir, suas operações no meio, visto que, caso contrário, a

⁵⁴ Neste mesmo sentido Niklas Luhmann (1986, p. 174), esclarece que “Communications are not 'living' units, they are not 'conscious' units, they are not 'actions'. Their unity requires a synthesis of three selections: information, utterance and understanding (including misunderstanding). This synthesis is produced by the network of communication, not by some kind of inherent power of consciousness, or by the inherent quality of the information.”. Em tradução livre: “Comunicações não são unidades ‘vivas’, elas não são unidades ‘conscientes’, elas não são ‘ações’. A sua unidade requer uma síntese de três seleções: informação, elocução e entendimento (incluindo o desentendimento). Esta síntese é produzida por uma rede de comunicação, não por um tipo inerente de poder da consciência, ou pela qualidade inerente da informação.”.

⁵⁵ De acordo com Luhmann (2009, p. 102), o ponto chave do referido preceito teórico está no fato de que “o sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado.”. Isso não exclui, entretanto, a possibilidade de que “um observador externo, situado no meio, possa observar o sistema.”.

diferença sistema-meio perderia sua funcionalidade. A outra decorrência seria o fato do sistema não poder empregar suas próprias operações para interagir com o meio, pois, no plano específicos das operações, não há contato com o entorno (LUHMANN, 2009, p. 102). Por fim, e talvez o efeito mais importante, é o fato de que ao fechar-se em suas próprias operações, isoladas do meio, o sistema permite uma redução da complexidade característica do entorno, permitindo a possibilidade de criação de uma “ilha de ordem”, dentro da desordem do ambiente (LUHMANN, 2009, p. 111).

Portanto, o conceito de encerramento operativo possui uma posição de destaque dentro da construção teórica luhmanniana, pois na medida em que se passa a perceber a impossibilidade de haver no sistema coisa outra que não sua própria operação, uma série de outras características podem daí ser obtidas. Dentre estas, duas se mostram como fundamentais: (a) *auto-organização* e (b) *autopoiesis*.

Para Luhmann (2009, p. 112), a característica da (a) *auto-organização* se vê representada pela capacidade de construção de estruturas⁵⁶ próprias dentro do sistema e pelo sistema. Como os sistemas estão operativamente encerrados em suas próprias operações, não há a possibilidade deles se apropriarem de estruturas preexistentes. Eles mesmos é que deverão construir suas próprias estruturas.⁵⁷

Já a (b) *autopoiesis* diz respeito a uma noção distinta. Apesar disso, ela pressupõe a *auto-organização*, na medida em que somente através da limitação fornecida pelas estruturas do sistema, é que ele poderá adquirir um direcionamento interno adequado. No entender de Luhmann (2009, p. 113), porém, torna-se claro que “uma estrutura constitui a limitação das relações possíveis do sistema, mas não é o fator produtor, a origem da *autopoiesis*”.

O conceito de *autopoiesis* foi elaborado a partir do paradigma da biologia, mediante os trabalhos de Humberto Maturana e Francisco Varela. Etimologicamente, o termo *autopoiesis* deriva do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”) (MATURANA, 1980, p. XVII). *Autopoiesis* significa, como ponto de partida, que um sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Os seres vivos, então, são definidos por estes autores como máquinas autopoieticas que passam a realizar “uma rede de processos

⁵⁶ Conforme esclarece Luhmann (2009, p. 114), o conceito de estruturas deve ser definido – em relação à teoria dos sistemas – se utilizando do conceito de expectativas. Neste sentido, o autor afirma que “As estruturas são, pois, expectativas sobre a capacidade de conexão das operações, tanto da vivência como da ação; ou expectativas generalizadas do que deve ser comum, mas que não são subjetivas.”

⁵⁷ Luhmann (2009, p. 112) irá exemplificar tal característica da seguinte maneira: “numa conversa, o que se disse por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo: assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções.”

de produção (transformação e destruição) que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essas mesma rede de processos” (NEVES, 2008, p. 60).

Desta forma, os seres vivos, como máquinas autopoieticas, continuamente gerariam e especificariam sua própria organização através de sua operação como um sistema de produção de seus próprios componentes (MATURANA; VARELA, 1980, p. 79). Os sistemas, desta feita, possuiriam um caráter homeostático, isto é, estariam encerrados na produção e reprodução dos seus próprios elementos (NEVES, 2008, p. 61)⁵⁸.

A utilização do conceito de *autopoiesis* nas ciências sociais foi proposta por Luhmann, diferenciando-se, porém, da concepção biológica no momento em que o referido autor estabelece a existência de sistemas de diferentes espécies, distinguidos entre os sistemas vivos (células, cérebro, organismos, etc.), sistemas psíquicos e sistemas sociais (sociedades, organizações, interações, etc.) (LUHMANN, 1986, p. 172).

Em uma visão luhmanniana, portanto, por *autopoiesis* entende-se a capacidade do sistema social de criar-se (autocriação) ou produzir-se (autoprodução) a si mesmo. Tal característica sistêmica constitui a força interna que permite que o sistema se mantenha e subsista temporalmente independentemente dos seus componentes concretos. A essência de um sistema não pode jamais partir apenas de seus elementos, mas sim da maneira em que estes encontram-se organizados e relacionam-se entre si. Por isso, mesmo havendo uma mudança completa de todos os elementos de um sistema, este não perderá a sua identidade. Obviamente que, para isto, estes novos elementos deverão ser funcionalmente equivalentes e sua organização deverá se dar de maneira idêntica (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 77)⁵⁹.

Delimitadas estas duas características essenciais, é preciso se fazer uma ressalva. É que apesar do seu fechamento operacional, o sistema tem uma abertura cognitiva para o

⁵⁸ Conforme explica Marcelo Neves (2008, p. 61), com a concepção de *autopoiesis* pretende-se “romper com a tradição segundo a qual a conservação e a evolução da espécie seriam condicionadas basicamente pelos fatores ambientais. Ao contrário, sustenta-se que a conservação dos sistemas vivos (indivíduos) fica vinculada à sua capacidade de reprodução autopoietica, que os diferencia em um espaço determinado.”

⁵⁹ Marcelo Neves (2008, p. 64) esclarece que, na concepção luhmanniana, o conceito de *autopoiesis* pode ser dividido em três pilares: (a) *autorreferência elementar*; (b) *reflexividade* e (c) *reflexão*. A característica da (a) *autorreferência elementar* se baseia no fato de que um sistema só pode ser considerado como autorreferencial se ele próprio “constitui os elementos de que é composto através dos elementos de que é composto, e, dessa maneira, demarca fronteiras que não existem na complexidade infraestrutural do ambiente do sistema.”(NEVES, 2008, p. 65). Já (b) *reflexividade* corresponde à “referência de um processo a si mesmo, ou melhor, a processos sistêmicos da mesma espécie.”(NEVES, 2008, p. 64). Por fim, a (c) *reflexão*, que pressupõe tanto a *autorreferência elementar* quanto a *reflexividade*, corresponde ao fato de que “é ao próprio sistema como um todo que se atribui a operação autorreferencial, não apenas aos elementos ou processos sistêmicos. Definida também como autodescrição, significa a ‘exposição da unidade do sistema no sistema’ Como ‘teoria do sistema no sistema’, ela implica a elaboração conceitual da ‘identidade do sistema em oposição ao seu ambiente’. Trata-se, pois, de ‘uma forma concentrada de auto-referência’, que possibilita a problematização da própria identidade do sistema.” (NEVES, 2008, p. 65).

meio, isto é, o sistema é ao mesmo tempo fechado e aberto. Juan Antonio García Amado (1989, p. 25) explica o referido paradoxo da seguinte maneira:

Para Luhmann, o fechamento dos sistemas autorreferenciais, não só não impede sua abertura face ao ambiente, como constitui, ao contrário, precisamente a “condição de sua abertura”. Se o sistema pode estar em relação com seu entorno, isto se dá porque, preambularmente, aparece pré-ordenado pelo sistema, ele mesmo, o modo de uma tal relação. E a autorreferencialidade ou a “*autopoiesis*” do sistema consiste nesta auto-constituição contínua do sistema, ele mesmo, através de suas próprias operações, de modo que toda operação com o entorno é uma operação no sistema, uma operação do sistema com ele mesmo, uma determinação de novos elementos próprios a partir de seus próprios elementos. Não existe referência externa sem autorreferência⁶⁰.

Portanto, o fechamento autopoietico dos sistemas é a única maneira de se entender os contatos possíveis entre eles e o entorno. Na medida em que os sistemas encontram-se encerrados em si mesmos de maneira autopoietica, porém abertos através de suas cognições, permite-se a estes interagir com o ambiente. Entretanto, para isso eles precisam utilizar de suas próprias operações e estruturas, não se concretizando, esta interação, de modo livre. (LUHMANN, 2009, p. 128)⁶¹. Esta abertura cognitiva é essencial à própria sobrevivência do sistema, visto que, no entender de Luhmann (2009, p. 128), “nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo.” Para evoluir, pois, o sistema precisa interagir com o seu entorno. O importante, aqui, não é mais determinar o “se” desta interação, mas o “como.”

De acordo com a teoria luhmanniana, sistema e meio somente interagem mediante um processo chamado de acoplamento estrutural. O referido procedimento – também proveniente da obra de Humberto Maturana – mediante o qual o sistema pode conectar-se com seu meio, deve ser dividido, segundo Luhmann (2009, p. 131), em dois planos: “o da *autopoiesis*, no qual se dá a conservação do sistema; e o do acoplamento entre sistema e meio, referido exclusivamente às estruturas, e aquilo que, no meio, possa ser relevante para as estruturas.” De pronto, essa divisão já permite duas conclusões: a inicial seria que o meio não interferirá no sistema mediante o uso de suas estruturas próprias, mas sim daquelas do sistema. Ademais, a noção de acoplamento estrutural inclui a de *autopoiesis*, isto é, entorno e

⁶⁰ Traduzido livremente do original: “Pour Luhmann, la clôture des systèmes auto- référentiels, non seulement n'empêche pas leur ouverture face à leur environnement, mais constitue au contraire précisément la "condition de leur ouverture". Si le système peut être en relation avec son environnement, c'est parce que, préalablement, apparaît préordonné par le système lui-même le mode d'une telle relation. Et l'auto-référentialité ou "autopoiesis" du système consiste en cette auto-constitution continuelle du système lui-même à travers ses propres opérations, ce qui fait que toute opération avec l'environnement est une opération dans le système, une opération du système avec lui-même, une détermination de nouveaux éléments propres à partir de ses propres éléments. Il n'y aurait pas de référence externe sans autoréférence.”

⁶¹ Conforme explica Marcelo Neves (2008, p. 62), as diversas determinações do ambiente podem, sim, atuar em relação ao sistema, “mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma.”

sistema podem interagir, desde que não haja um atentado contra a *autopoiesis* sistêmica (LUHMANN, 2009, p. 132).

A relação entre sistema e entorno, diante desse contexto do acoplamento estrutural, se produz através de irritações e estímulos – ou perturbações, como prefere Humberto Maturana – oriundas do entorno e direcionadas ao sistema. O meio irrita o sistema. Apesar de irritado, o sistema, inicialmente, não vai poder absorver aquela linguagem, visto que não se trataria ela de uma operação de comunicação – ao menos a nível sistema/meio. Mas, com a constância das irritações, o sistema poderá vir a ser influenciado e, conseqüentemente, alterado. Entretanto, e isso é fundamental, a irritação não irá integrar-se ao sistema por um desígnio do entorno. Pelo contrário. A perturbação vai ser incorporada porque o próprio sistema criou mecanismos para ver essa interação com o meio não mais como uma irritação, mas sim como comunicação, ou seja, o sistema somente poderá integrar o estímulo do entorno quando puder processar a informação e transformá-la em estrutura própria (LUHMANN, 2009, p. 132).

Pois bem. Com a introdução da ideia de acoplamento estrutural, tem-se, até o momento, o seguinte quadro: o sistema da sociedade surge a partir do momento em que se realiza uma diferença com o entorno, mediante a ocorrência reiterada de um mesmo tipo de operação, isto é, de comunicação. Este sistema, por ser constituído apenas de comunicação, se encerra em sua própria operação, isolando-se do entorno e passando, pois, a ter que criar suas próprias estruturas e reproduzir suas próprias operações, *in casu*, comunicação. Entretanto, por necessidade evolutiva, ele precisa interagir com o meio, absorvendo, por consequência, cada vez mais informação, sob a forma de comunicação.

O resultado deste processo ao longo do tempo, como não poderia ser diferente, é que a complexidade do sistema social começa a tornar-se, ela mesma, um fator de risco para a própria continuidade do sistema. Com tantas comunicações disponíveis (complexidade), todas elas igualmente possíveis de ocorrer ou não – e, muitas vezes, até mesmo contrapostas – (contingência), existe o risco de que, por ter se tornado tão complexo e tão contingente, o sistema social simplesmente se paralisasse, por uma simples impossibilidade de escolha (GARCÍA AMADO, 1989, p. 19).

Diante deste cenário, a única alternativa possível ao sistema social é diferenciar-se funcionalmente, mediante a criação de subsistemas funcionais operacionalmente autônomos, inseridos no interior do próprio sistema social (NEVES, 2008, p. 60). Exemplos disto, pois, seriam os subsistemas da economia, do direito, da política, da religião, etc. E mais, por estarem inseridos dentro do sistema macro da sociedade, esses subsistemas teriam que,

necessariamente, ser constituídos também de comunicação, mas de caráter especializado. O que se percebe, pois, é uma dinâmica em que a própria comunicação, para lidar com o aumento da complexidade e da contingência, se especializa, formando subsistemas autopoieticos dentro do sistema social.

Uma pergunta pertinente, diante desta afirmação, é a de questionar se existiria, no âmbito destes subsistemas, algum que possa ser considerado hierarquicamente superior aos demais, ou, formulando de outra maneira, se haveria algum subsistema (direito, economia, política, etc.) tão importante para a sociedade que pudesse ser colocado acima de todos os outros.

Conforme já elucidado, um sistema só pode se constituir a partir de uma diferença em relação ao ambiente, criando-se, assim, fronteiras face a este e limitando as suas interações. Some-se a isto o fato de que a sua operação, para delimitar os contornos de um sistema, terá de ser necessariamente exclusiva, pois, de outro modo, não existiria diferença, levando o sistema a fundir-se com seu entorno. A partir disso, vê-se que a mesma operação que serve para estabelecer quais elementos pertencem ao sistema, serve igualmente para determinar quais ficarão de fora. É por esta razão, que o ambiente seria uma “correlação negativa do sistema”. Desta feita, o que se evidencia é um ponto fundamental, representado no fato de que cada sistema possui o seu próprio ambiente, sendo este relativo ao sistema em particular (GARCÍA AMADO, 1989, p. 29).

Mas não só. Para cumprir com sua função de reduzir a complexidade, o sistema não pode levar em consideração toda e qualquer operação havida em seu entorno, devendo focar-se apenas naquelas que podem ser por ele percebido, através de suas próprias estruturas, como informação. Portanto, para sua própria manutenção, um sistema precisa perceber os demais não como sistemas, mas como parte de uma complexidade que ele não consegue reduzir mediante suas próprias operações. Em suma, o sistema percebe todos os demais sistemas como entorno (GARCÍA AMADO, 1989, p. 30).

Neste sentido, os sistemas, na medida em que só percebem o mundo através de suas próprias operações, tornam-se incapazes de conhecer outra coisa que não eles mesmos. Tudo que é percebido pelo sistema o é a partir de sua própria perspectiva e dentro de seus próprios limites. Disto decorre o fato de que ao sistema é impossível perceber a realidade em si, mas apenas construí-la, a partir de suas próprias operações, sendo possível concluir que cada sistema produz a sua própria realidade, que difere daquela criada por cada um dos outros. É neste sentido, portanto, que se pode afirmar que cada sistema constitui, para si, o próprio centro do mundo.

Estas elucidaciones pueden ser facilmente extendidas para el ambito de los subsistemas sociales, en la medida en que son tambien ellos sistemas autopoieticos. En esta logica, si el sistema social encuentra-se compuesto por una diversa gama de subsistemas, la sociedad posee tantos centros cuantas sean las diferencias constitutivas de sistemas que estaran insertadas dentro de ella. Por consecuencia, Luhmann (1998, p. 15) define que la sociedad, en virtud de su propia diferenciacion funcional, convirtiase en una sociedad policentrica, sin centro y sin cima, "en la que la diferenciacion no contempla, ya, un horizonte dentro del cual alguna actividad parcial pueda ser pensada como esencial, pues todas lo son."⁶².

En que, entretanto, toda esta construccion teorica se relaciona con lo expuesto en el punto anterior? De que forma, pues, el diagnostico de crisis regulatoria del Estado, con la consecuente defensa de un cambio para el paradigma de la autorregulacion regulada, puede ser afectada por las construcciones de la teoria de los sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann?

El primer punto de incidencia se relaciona con la figura del Estado, mas especificamente en la concepcion de su papel frente a la sociedad. Desde el inicio, vease que en el contexto de la teoria de los sistemas, el Estado no representa un subsistema en si, sino mas bien una auto-descripcion del subsistema de la politica, esto es, una simplificacion hecha por el subsistema de la politica acerca de su propia complejidad, con el fin de proporcionar una mayor orientacion y control sobre sus operaciones (WILLKE, 1986, p. 462).

El Estado, desde una perspectiva sistémica, surge con la diferenciacion del subsistema politico de los demas subsistemas, mediante la monopolizacion de un tipo exclusivo de operacion. Para Luhmann (1993, p. 94), "la funcion que provocó la diferenciacion del sistema politico puede caracterizarse como el empleo de la capacidad de imponer decisiones vinculantes."⁶³.

No es facil visualizar, entretanto, que hasta los dias presentes vigora de forma predominante la nocion de que el subsistema de la politica – y por consecuencia el Estado – se posiciona encima de todos los otros subsistemas. Como consecuencia de este pensamiento, la sociedad operaria de forma jerarquizada, en cuyo tope estaria justamente el referido subsistema (WILLKE, 1986, p. 462). Es desde este paradigma que se traduce la idea de Estado Keynesiano, o interventor. Como el subsistema de la politica se encontraria en la cima de la estratificacion social, nada mas natural que se pretenda desde una intervencion directa en

⁶² Traducido libremente del original: "en la que la diferenciacion no contempla ya un horizonte dentro del cual alguna actividad parcial pueda pensarse como esencial, pues todas lo son."

⁶³ Traducido libremente del original: "La funcion que ha provocado la diferenciacion del sistema politico puede caracterizarse como el empleo de la capacidad de imponer decisiones vinculantes"

diversos outros subsistemas (economia, religião, direito, etc). O Estado seria, pois, o grande redutor da complexidade social.

Entretanto, como já referido, os diferentes subsistemas sociais são caracterizados justamente pela sua interdependência, afastando completamente a noção de hierarquia. Como afirma Helmut Willke (1986, p. 462), “as sociedades funcionalmente diferenciadas não possuem ordem hierárquica estabelecida entre funções, subsistemas e racionalidades.”⁶⁴. As sociedades são, na realidade, policêntricas, não possuindo o subsistema da política qualquer superioridade em relação aos demais (LUHMANN, 1993, p. 43)⁶⁵.

Por consequência, não se pode mais defender a existência de um único governo na sociedade, mas sim de uma constelação destes, sob a forma de múltiplos subsistemas. Cada um destes subsistemas visualiza a sociedade com seus próprios olhos, desenvolvendo interesses e objetivos que lhe são autônomos. A consequência natural de tudo isto é que o Estado – e, com isso, o próprio subsistema da política – não pode, ainda que queira, interferir diretamente nas operações dos demais subsistemas (WILLKE, 1986, p. 464). O que se evidencia, portanto, diante destes argumentos é que “nas presentes condições, a função básica de controle exercida pelo Estado torna-se severamente limitada, porque qualquer tipo de controle social predominantemente significa autocontrole de engenhosos atores organizados.”⁶⁶ (WILLKE, 1986, p. 464).

E pior, o cenário narrado é apenas uma parte do problema, pois enquanto o subsistema da política – e por consequência o Estado – possui um alcance limitado por parâmetros territoriais, outros subsistemas como a economia, a tecnologia e a religião

⁶⁴ Traduzido livremente do original: “functionally differentiated societies have no established rank order between functions, subsystems or rationalities.”.

⁶⁵ Jürgen Habermas (2000, p. 497) – em que pese sabidamente não concordar com Niklas Luhmann em diversos pontos, havendo elaborado, inclusive, uma teoria social própria, pautada pelo chamado agir comunicativo – ao realizar a sua leitura da teoria luhmanniana parece concordar com a leitura ora apresentada, isto é, de que Luhmann defende a compreensão de uma sociedade onde inexistem hierarquias entre os diversos subsistemas que a compõem. É o que se percebe da seguinte passagem: “Uma atuação sobre si mesma exige, por um lado, um centro reflexivo onde a sociedade desenvolve um saber de si mesma em um processo de auto-compreensão; por outro, um sistema executivo que, como parte, possa agir e atuar para e sobre o todo. Podem as sociedades modernas satisfazer essas duas condições? A teoria dos sistemas projeta dessas sociedades uma imagem acêntrica, ‘sem órgãos centrais’. De acordo com essa teoria, o mundo da vida desintegrou-se totalmente em sistemas parciais funcionalmente especificados, tais como a economia, o Estado, a educação, a ciência etc. Estas mônadas sistêmicas, que substituíram por nexos funcionais as relações intersubjetivas ressecadas, comportam-se de um modo simétrico entre si, sem que o seu precário equilíbrio pudesse ainda ser regulado pela sociedade global. Elas precisam balancear-se mutuamente, visto que nenhuma das funções sociais globais que as acompanham alcança um *primado* social global. Nenhum dos sistemas parciais poderia ocupar o ápice de uma hierarquia e representar o todo, como outrora, nas sociedades estratificadas, o imperador representava o seu império. As sociedades modernas já não dispõem de uma instância central auto-reflexiva e de controle.”.

⁶⁶ Traduzido livremente do original: “under present conditions the traditionally basic controlling function of the State is severely limited because any type of societal control predominantly means self-control of resourceful organized actors.”.

possuem uma abrangência global, capaz de ultrapassar limites territorialmente impostos e formar verdadeiros sistemas mundiais “laterais”. Com isso, as possibilidades de um subsistema territorialmente definido de determinar os destinos da sociedade tornam-se minúsculas, pois a um subsistema que não deseja ser regulado basta simplesmente se internacionalizar (WILLKE, 1986, p. 466)⁶⁷.

Diante de todo este contexto, o Estado precisa adaptar-se, abandonando sua perspectiva intervencionista em detrimento de uma nova, de cunho supervisor. Neste sentido, a tarefa agora destinada ao Estado seria a de ceder espaços de gestão aos demais subsistemas e, em seguida, supervisionar o correto funcionamento autônomo de cada um destes. Isso implica, na visão de Carlos Gómez-Jara Díez (2015, p. 257), que “ditos subsistemas funcionais modifiquem igualmente seu trabalho tradicional, posto que só dessa maneira a gestão dos mesmos se adequará ao novo cenário social existente.”⁶⁸.

Como é evidente, o câmbio no papel do Estado pela diferenciação da sociedade em subsistemas autopoieticos autorreferentes, se coaduna perfeitamente com o diagnóstico traçado no ponto anterior, sobre uma mudança de modelo de Estado, de uma perspectiva Keynesiana inicial para, agora, acatar a ideia de um capitalismo regulatório, onde os demais subsistemas deverão assumir as suas gestões primárias, submetendo-se, porém, em um segundo momento, à supervisão do Estado.

Se o primeiro ponto de congruência entre a autorregulação regulada e a teoria dos sistemas se configura na necessária mudança de postura do Estado – pois, diante de uma sociedade funcionalmente diferenciada, ele não se mostra mais apto a intervir diretamente nos demais subsistemas da sociedade –, o segundo se relaciona mais especificamente com o próprio subsistema jurídico.

O subsistema do direito, na concepção de Niklas Luhmann (2005, p. 73), não possui como função a tarefa de elucidar o porquê os sujeitos cumprem ou não as normas, mas sim a de estabilizar as expectativas normativas em situações de conflito. O direito permite saber, em síntese, que expectativas possuem um respaldo social e quais não têm. Desta forma, a estabilização das expectativas concede uma espécie de segurança, permitindo-se a convivência dentro do contexto de uma sociedade cada vez mais complexa, onde os

⁶⁷ O pior, de acordo com Hellmut Willke (1986, p. 467), é que mesmo diante de todas estas evidências “nobody really dares to call out loud that the king is riding without any clothes on, that central control is impossible and hierarchical guidance detrimental to the task of processing organized complexity.”. Em tradução livre: “ninguém realmente ousa dizer que o rei está cavalgando sem qualquer roupa, que o controle central é impossível e que a orientação hierárquica é prejudicial à tarefa de processar a complexidade organizada.”.

⁶⁸ Traduzido livremente do original: “dichos subsistemas funcionales modifiquen igualmente su labor tradicional, puesto que sólo de esa manera la gestión de los mismos se adecuará al nuevo escenario social existente.”.

mecanismos personalizados ou de interação já não se mostram mais plenamente suficientes. Ressalte-se, porém, que ao direito não cabe impedir a defraudação destas expectativas, mas sim garantir que elas possam se manter, ainda que, ou apesar de que, sejam defraudadas (LUHMANN, 2002, p. 91).

O subsistema jurídico possui um código binário formado por um valor positivo – lícito – e um valor negativo – ilícito. Mediante tal codificação, faz-se possível tanto justificar a diferenciação do subsistema do direito – onde tanto a expectativa, como a conduta que vier a defraudá-la darão lugar a uma valoração positiva ou negativa – como, em sequência, compreendê-lo como sistema autopoietico autorreferente, onde toda decisão fará referência às decisões prévias do sistema (LUHMANN, 2005, p. 74). Quando o subsistema jurídico passa a tomar decisões valorativas, a partir de suas próprias decisões valorativas, o resultado disso, como não poderia ser distinto, é conceder ao próprio subsistema uma maior previsibilidade de suas decisões (operações), estabilizando, desta maneira, as expectativas normativas⁶⁹.

A compreensão do direito como subsistema autopoietico da sociedade traz um ganho de compreensão muito acentuado, pois concede e reconhece uma clara autonomia ao direito em relação a si mesmo e, também, aos demais subsistemas. Ao mesmo tempo, porém, ao assim entendê-lo, surge o problema de como o direito deverá lidar com o seu entorno, ou, de uma forma mais precisa, com a organização autopoietica dos outros subsistemas da sociedade (TEUBNER, 1984, p. 296).

Ora, se o direito é um subsistema autopoietico, a consequência é que ele não pode interagir diretamente com os demais subsistemas, mas apenas através de seus próprios elementos. Para compensar essa inacessibilidade, entretanto, o direito – como todos os demais sistemas – precisa construir um modelo interno do mundo circundante (entorno), com o qual ele seja capaz de interagir internamente. Por óbvio, esse modelo criado pelo direito jamais será idêntico à realidade em si, pois ele será necessariamente formulado a partir das próprias operações deste subsistema. Trata-se, na verdade, de uma construção adequada apenas em termos de sucesso operacional, ou seja, uma visão para que o direito possa cumprir com sua função de estabilizar as expectativas normativas (TEUBNER, 1984, p. 297).

⁶⁹ Ainda que não faça referência nem à Luhmann nem aos predicados da teoria dos sistemas, Eugenio Raúl Zaffaroni (2005, p. 74) se refere à presente questão quando afirma que um discurso jurídico “es una elaboración intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí mismo una propuesta o programa político.”. Em tradução livre: “é uma elaboração intelectual que se oferece ao poder judicial como projeto de jurisprudência coerente e não contraditória, adequado às leis vigentes (às constitucionais e internacionais em primeiro lugar). É em si mesmo uma proposta ou programa político.”. Ora, a ideia de pretender que o judiciário adote uma jurisprudência coerente de acordo com a legislação, nada mais é do que tentar estabilizar as expectativas normativas mediante um plano de precedentes judiciais, ou seja, querer que os juízes decidam pautando-se em suas próprias decisões prévias.

Se tomado como base o postulado acima, a conclusão inarredável a que se alcança é que o direito, enquanto subsistema, não poderá jamais interferir diretamente no comportamento social, pelo simples fato de que os demais subsistemas não reconhecerão como válidos os comandos legais⁷⁰. O direito, desta feita, pode apenas “irritar” os demais subsistemas, com vistas a estimulá-los para que estes passem a reconhecer como válidos os comandos normativos. Neste sentido, qualquer pretensão do subsistema jurídico de regular os demais perpassa, necessariamente, pelo reconhecimento da *autopoiesis* dos outros subsistemas (BLACK, 1996, p. 45). O direito, ademais, deve não apenas reconhecer o encerramento operativo dos subsistemas autopoieticos, mas se utilizar de suas aberturas cognitivas. Ele deve, como leciona Julia Black (1996, p. 46), “orientar o seu próprio desenvolvimento para aquele do sistema particular em questão, analisar como ele opera e intervir estrategicamente.”⁷¹.

O direito, portanto, deve agir mediante uma racionalidade reflexivamente orientada⁷², buscando identificar oportunidades nas estruturas dos demais subsistemas que permitam à regulação feita pelo subsistema jurídico se tornar mais efetiva (TEUBNER, 1983, p. 274). Assim, caberá ao direito atuar perante os demais subsistemas com a finalidade tanto de auxiliá-los na correta instalação e redefinição de seus mecanismos próprios de autorregulação, quanto de influenciar os parâmetros dos processos de tomada de decisão que serão estabelecidos pelos demais subsistemas (TEUBNER, 1983, p. 275). Deve-se falar, portanto, como resume Gunther Teubner (1984, p. 298), no “estímulo externo de processos internos de autorregulação que, em princípio, não podem ser controlados do lado de fora.”⁷³.

⁷⁰ Um excelente exemplo disso é dado por Julia Black (1996, p. 45) ao tratar do subsistema da economia: “The economic system, for example, will recognize as valid only economic and not legal norms. Legal norms are simply external ‘noise’, which it will filter and reconstruct in accordance with its own rationality of efficiency (hence the notion of ‘efficient breach of contract’). Law cannot simply require the economic system to act in the way law demands.”. Em tradução livre: “O sistema econômico, por exemplo, irá reconhecer como válida apenas normas econômicas e não as jurídicas. Normas jurídicas são simplesmente ‘ruído’ externo que ele (subsistema da economia) irá filtrar e reconstruir de acordo com a sua racionalidade própria de eficiência (daí a noção de ‘descumprimento eficiente do contrato’). O direito não pode simplesmente requerer que o sistema econômico atue da maneira que o direito demanda.”.

⁷¹ Traduzido livremente do original: “It has to orientate its own development to that of the particular system in question, analyze how it operates, and intervene strategically.”.

⁷² Carlos Gómez-Jara Díez (2015, p. 258) sintetiza as características fundamentais desta racionalidade reflexiva nos seguintes pontos: “(1) el control de la autorregulación: la coordinación de formas de cooperación social determinadas recursivamente; (2) la estructuración y reestructuración de sistemas para el discurso interno y la coordinación externa; (3) la orientación hacia el procedimiento: estructuras institucionales y procesos de decisión orientados relacionamente.”. Em tradução livre: “(1) o controle da autorregulação: a coordenação de formas de cooperação social determinadas recursivamente; (2) a estruturação e reestruturação de sistemas para o discurso interno e a coordenação externa; (3) a orientação para o procedimento: estruturas institucionais e processos de decisão orientados de forma relacionada.”.

⁷³ Traduzido livremente do original: “external stimulation of internal self-regulating processes which, in principle, cannot be controlled from the outside.”.

Portanto, o que se evidencia diante de toda esta argumentação é a necessidade do direito sair de seu autismo e passar a reconhecer a sua impossibilidade de regular diretamente os demais subsistemas da sociedade. Com isso, é possível abrir espaços para novas ideias, permitindo-se a busca de uma novel estratégia regulatória, pautada através de uma regulação indireta das autorregulações realizadas no contexto individual de cada um dos subsistemas sociais, isto é, induzindo ações, ao invés de comandá-las (BLACK, 1996, p. 46).

Em resumo, os postulados teóricos da teoria dos sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann permitem embasar, de forma sólida, que a alternativa da autorregulação regulada figuraria como a alternativa mais adequada a uma regulação levada à cabo unilateralmente pelo Estado. O objetivo principal desta proposta, dentro do contexto analisado, não poderia ser outro: regular os efeitos jurídicos de uma autorregulação levada a cabo pela própria sociedade, através de seus subsistemas (GARDELLA, 2002, p. 656).

Explicada toda essa conjuntura, surge a necessidade de se delinear como se daria esta integração entre Estado e sociedade mediante os postulados da autorregulação regulada. Delimitar o que cabe ao Estado e o que é papel da sociedade nesta nova forma de pensar a regulação se mostra imperioso no presente momento, pois estabelecer um diagnóstico é apenas um primeiro passo. Definido o problema a ser tratado, é preciso propor e demonstrar como se pensar uma solução sobre como resolvê-lo.

3.3 O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE DENTRO DO CONTEXTO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA.

A noção de autorregulação regulada é empregada em diversos matizes, não servindo para fazer referência apenas a uma única experiência, mas sim a uma grande gama destas, nem sempre homogêneas entre si. A doutrina, nos últimos anos, tem tratado de forma bastante intensa sobre o tema, em especial no âmbito internacional, com o objetivo claro de reduzir, ainda que parcialmente, um conjunto plural de experiências em direção a uma unidade conceitual. Antes de tratar deste fenômeno em detalhes, porém, um delineamento prévio se faz necessário, mais especificamente quanto ao conceito de autorregulação, isoladamente compreendido (ARROYO JIMÉNEZ, 2015, p. 27).

Existe majoritariamente na doutrina sobre o assunto uma separação das definições sobre a autorregulação em dois conceitos diferentes, um com maior força no âmbito do *common law* e outro com maior importância nos países cuja escola legal é pautada pelas diretrizes do *civil law*. Neste sentido, a acepção acerca da autorregulação em cada um desses

dois cenários variará de forma significativa, até porque os limites do que pode ou não ser delegado à esfera privada pelo poder público em cada uma destas realidades sociais serão bastante distintos.

No cenário da *common law*, a reflexão sobre o tema se deu de maneira mais contundente nos Estados Unidos e no Reino Unido, a partir do marco da teoria da regulação (*regulation theory*). No contexto anglo-saxão, a autorregulação adquire um sentido bastante abrangente, cobrindo uma quantidade significativa de diferentes estruturas que vão desde uma autoimposição voluntária de *standards* de conduta por parte dos indivíduos e das organizações até “a delegação da atribuição normativa pública em favor de associações de base privada, representativas dos sujeitos que desenvolvem uma determinada atividade.”⁷⁴ (ARROYO JIMÉNEZ, 2015, p. 28). Enquanto fenômeno jurídico, a autorregulação, sob esta perspectiva, deve ser entendida como a delegação expressa da atribuição normativa do Estado em favor dos particulares (ARROYO JIMÉNEZ, 2015, p. 29).

Por outro lado, a segunda acepção, desenvolvida mais fortemente nos países da Europa continental, encontra sua origem na doutrina alemã e, a partir daí, se irradia para os demais países do continente onde vigora a tradição do *civil law*. A autorregulação, nesta perspectiva, só se encontra caracterizada quando, em primeiro lugar, quem se autorregula assume como próprios os resultados da autorregulação e, de outro modo, quando a referida atribuição regulatória corresponde à consecução de um fim que deve ser alcançado mediante a autorregulação, e não através da regulação estatal (GARDELLA, 2002, p. 481). Juridicamente, em uma visão oposta à anglo-saxã, a perspectiva continental determina que não se pode falar em autorregulação quando os sujeitos privados tiverem a si atribuídos poderes públicos, pois dessa forma estaríamos diante de uma atividade que naturalmente confluiria para o domínio próprio do Estado (GARDELLA, 2002, p. 483). A autorregulação, nesta perspectiva, corresponde àquelas manifestações da atividade social que, geradas em outros de seus campos, podem ser levadas em consideração ou assumidas como referência pelos poderes públicos e pelo direito, mas que, em primeiro plano, são levadas a cabo pela própria sociedade (ESTEVE PARDO, 2002, p. 36).

Por óbvio, não se pode afirmar que uma ou outra perspectiva estaria mais ou menos correta. Cada uma corresponde a um panorama jurídico próprio, com características moldadas a partir de visões totalmente distintas do direito e da regulação. Todavia, para os fins do presente argumento, a perspectiva de autorregulação que possui maior importância é a

⁷⁴ Traduzido livremente do original: “la delegación de la potestad normativa pública en favor de asociaciones de base privada representativas de los sujetos que desarrollan una determinada actividad.”

do modelo europeu continental. O relevante, aqui, é perceber o processo em que os efeitos da referida noção, gerados no âmbito regulatório privado, extrapolam esta esfera e passam a afetar interesses públicos, e não o contrário, como parece sugerir a perspectiva delegatória da doutrina anglo-saxã (ESTEVE PARDO, 2015, p. 51). Quando estes efeitos saem de uma dinâmica exclusivamente privada, alcançando relevância pública, não estamos mais diante de uma perspectiva puramente autorregulatória, mas, ao contrário, de uma regulação do próprio procedimento autorregulatório. (ARROYO JIMÉNEZ, 2015, p. 32).

A união entre Estado e sociedade, sob esta perspectiva, pode assumir arranjos diversos, variando de acordo com o comportamento de fato de ambas as partes envolvidas na dinâmica regulatória. Dentro do conjunto de possibilidades de configuração desta nova situação, existem cinco perspectivas que são destacadas de maneira mais acentuada pela doutrina com a finalidade de delimitar como se daria a relação entre Estado e sociedade no referido contexto: a (a) *mandated self-regulation*, ou autorregulação vinculante, em que uma organização ou grupo de sujeitos privados é designado para aplicar normas dentro de um marco geral estabelecido diretamente pela autoridade central; a (b) *sanctioned self-regulation*, ou autorregulação “aprovada”, em que um grupo coletivo formula ele mesmo os parâmetros autorregulatórios, que depois é submetido à aprovação governamental; a (c) *coerced self-regulation*, ou autorregulação coercitiva, em que as organizações privadas realizam elas mesmas sua regulação, mas em resposta à ameaças governamentais de imposição de sanções em caso de descumprimento; a (d) *voluntary self-regulation*, ou autorregulação voluntária, onde inexistente envolvimento do Estado, direto ou indireto, na promoção ou estímulo da autorregulação, ocorrendo por desígnio autônomo das entidades privadas (BLACK, 1996, p. 27); Por fim, a (e) *enforced self-regulation*, ou autorregulação regulada / forçada, representaria a situação em que o Estado obriga as entidades privadas (empresas, associações, ONGs, etc.) a escrever um conjunto de regras, adequada às contingências individuais de cada grupo, e exerce a sua autoridade em segundo plano, a partir de uma regulação da atividade autorregulatória, com o objetivo de garantir a submissão desta aos fins públicos desejados (BRAITHWAITE, 1982, p. 1.470).

O modelo mais coerente com o presente argumento, portanto, é justamente o último, da autorregulação regulada (*enforced self-regulation*). Tal proposta se erige como uma estratégia indireta de regulação que permite uma coerente articulação entre uma racionalidade privada e uma racionalidade pública de regulação direcionada à consecução de fins de natureza pública. Como explica Mercè Darnaculleta I Gardella (2015a, p. 65):

Mediante a autorregulação, os sujeitos e organizações privadas ordenam sua atividade, dotando-se voluntariamente das normas e controles mais adequados para a consecução de um determinado fim. Mediante a regulação pública da autorregulação, os poderes públicos supervisionam a atuação privada de aprovação, aplicação e controle do cumprimento de tais normas com o fim de garantir que a autorregulação sirva efetivamente ao cumprimento de fins públicos concretos ou de interesses gerais previamente determinados pelo legislador.⁷⁵

Delineado o contexto em que se insere o paradigma da autorregulação regulada, mostra-se pertinente realizar a seguinte indagação: dentro deste novo marco regulatório, qual é o papel específico do Estado? E a sociedade, como pode ajudar na consecução dos fins pretendidos por este novo modelo?

Em relação ao primeiro questionamento, dentro de um contexto de regulação da autorregulação, o Estado ficaria incumbido basicamente de três tarefas: (a) *o fomento da autorregulação*; (b) *a atribuição de efeitos públicos à autorregulação* e (c) *a regulação do contexto da autorregulação*. Cada um destes compromissos é feito de uma maneira individualizada, necessitando, para uma melhor compreensão, de uma explicação própria.

A função de (a) *fomento da autorregulação* parte da ideia de estimular os particulares para que eles, por vontade própria, possam desenvolver atividades autorregulatórias no âmbito de suas atividades. Trata-se, portanto, de uma ação de convencimento por parte do Estado para que os diversos setores da sociedade se autorregulem, com o intuito claro de conseguir reduzir os riscos que eles próprios terminam gerando com suas atividades (GARDELLA, 2002, p. 569). No exercício deste papel, o Estado pode se utilizar tanto de estímulos de caráter positivo – auxílios econômicos ou concessão de títulos distintivos que venham a melhorar a imagem daqueles entes que venham a autorregular⁷⁶ – como de caráter negativo, como o uso da legislação para ameaçar e sancionar as entidades privadas através de punições administrativas, cíveis ou criminais⁷⁷ (GARDELLA, 2002, p. 651).

⁷⁵ Traduzido livremente do original: “Mediante la autorregulación, los sujetos y organizaciones privadas ordenan su actividad, dotándose voluntariamente de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin. Mediante la regulación pública de la autorregulación, los poderes públicos supervisan la actuación privada de aprobación, aplicación y control del cumplimiento de tales normas con el fin de garantizar que la autorregulación sirva efectivamente al cumplimiento de los concretos fines públicos o de interés general previamente determinados por el legislador.”.

⁷⁶ Um exemplo claro nesse sentido é a distinção concedida pela Controladoria Geral da União (CGU) às empresas brasileiras que adotem firmes procedimentos autorregulatórios, com vistas a evitar a prática de condutas ilícitas no âmbito de sua atuação. Tal título, anualmente concedido, foi denominado pela CGU de “Empresa Pró-Ética”, sendo amplamente divulgado através dos meios de comunicação. O intuito é claro: destacar positivamente determinadas empresas que se destacaram no compromisso de atuar eticamente no escopo de suas atividades, com o objetivo de estimular as demais a copiar o modelo das corporações em destaque.

⁷⁷ No Brasil, por exemplo, entrou em vigor no ano de 2013 a Lei nº. 12.846, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção. A referida legislação autoriza a sanção administrativa e civil de pessoas jurídicas que venham a

Já o segundo papel do Estado perante a sociedade no contexto da autorregulação regulada consiste na *(b) atribuição de efeitos públicos à autorregulação*, cuja gradação poderá demonstrar o nível de confiança que deposita a autoridade estatal nos entes que se autorregulam. Neste sentido, a administração pode conceder: *(i) efeitos habilitantes* – mediante a habilitação dos particulares de exercer determinada atividade industrial ou profissional; *(ii) efeitos probatórios* – através do reconhecimento por parte da administração pública da validade da autorregulação em eventuais feitos de natureza administrativa, cível ou criminal, funcionando como verdadeiras provas no âmbito de eventuais processos; *(iii) efeitos vinculantes* – concedidos quando se obriga aos particulares, mediante uma lei ou regramento, que utilizem, ou até mesmo que aprovelem, determinados instrumentos de autorregulação; e, por último, *(iv) efeitos de coisa julgada* – através da concessão de efeitos equivalentes aos de uma sentença judicial, como, por exemplo, mediante a obtenção de um laudo arbitral (GARDELLA, 2002, p. 573).

Em função do grau de relevância dos referidos efeitos públicos que podem vir a ser concedidos pelo Estado às entidades privadas que se autorregulem, faz-se necessário também um terceiro papel por parte da autoridade estatal, representado na *(c) regulação do contexto da autorregulação*. Através desta última função, o Estado fixa os fins, os objetivos, os procedimentos de atuação e as normativas jurídicas que devem balizar as eventuais atividades autorregulatórias. Ademais, cabe à autoridade estatal criar mecanismos de controle adequados, com o objetivo de unir as iniciativas tomadas no âmbito privado com a supervisão pública da referida atividade. Não se pode, por óbvio, deixar todo o trabalho para as entidades privadas, abdicando-se, pois, da regulação estatal em um segundo momento (GARDELLA, 2002, p. 587).

Estabelecidas estas funções, fica bastante evidente que a autoridade estatal possui uma relevância significativa no âmbito da autorregulação regulada, especialmente como entidade supervisora de todo o processo, a qual deverá estimular o cumprimento de seus comandos, conceder efeitos públicos às atividades autorregulatórias e, por fim, regular as ações desenvolvidas pela esfera privada.

ser flagradas praticando atos de corrupção no âmbito de sua atuação. A correlação clara com a autorregulação regulada em si não é propriamente a possibilidade sancionatória da empresa, mas sim o comando previsto no Art. 7º, inciso VIII, que determina a redução da sanção atribuída às pessoas jurídicas caso seja constatada “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;”. A administração brasileira, portanto, através da referida legislação, exerce uma função de fomento da autorregulação, pois estabelece pressupostos normativos que permitem um alívio sancionatório em uma eventual condenação caso a empresa tenha se autorregulado adequadamente.

A sociedade, por outro lado, possui um papel primordial na consecução dos fins estabelecidos pelo modelo da autorregulação regulada. Diferentemente de outras épocas, as entidades privadas não poderão mais agir de maneira passiva, cabendo a elas uma função nuclear no âmbito da consecução dos fins estabelecidos pelo Estado. Neste sentido, destacam-se os seguintes instrumentos autorregulatórios: (a) *instrumentos normativos*; (b) *instrumentos de controle*; (c) *instrumentos declarativos* e (d) *instrumentos resolutivos*.

Por (a) *instrumentos normativos* se entende a elaboração de normas procedimentais por parte das entidades privadas no sentido de estabelecer como deverá se realizar um dado âmbito de atividade. Os referidos instrumentos encontram-se normalmente concretizados mediante a elaboração, por parte do ente autorregulado, de normas técnicas, códigos e manuais de boas práticas, protocolos e procedimentos (GARDELLA, 2002, p. 494).

Já os (b) *instrumentos de controle* representam, na verdade, uma consequência dos primeiros. Na medida em que uma determinada entidade privada decide inserir dentro do seu contexto qualquer dos instrumentos normativos acima delineados, faz-se necessário impor a obediência aos referidos postulados, controlando o comportamento tanto da organização quanto dos indivíduos inseridos em seu ambiente. Por óbvio, a organização não poderá se limitar a simplesmente criar normativas próprias, mas deverá igualmente impor o seu cumprimento a todos os seus membros

Os (c) *instrumentos declarativos*, de outro modo, se relacionam com a certificação do acatamento, por parte das entidades privadas, dos instrumentos normativos. O aspecto relevante desta prática é justamente o de fornecer uma informação aos profissionais, às empresas e ao público geral acerca do nível de cumprimento das normativas vigentes no âmbito de uma dada organização. É o caso, por exemplo, das certificações ISO (*International Organization for Standardization*), que podem ser buscadas pelas empresas para demonstrar o respeito às normas vigentes em suas atividades (GARDELLA, 2002, p. 501).

Por fim, os (d) *instrumentos resolutivos* dizem respeito aos mecanismos de resolução de conflitos, em caso de descumprimento das normas de controle fixadas no âmbito organizacional. Neste sentido, destacam-se tanto as sanções disciplinares, impostas pela própria entidade privada aos seus membros, como as resoluções de arbitragem, consistente na submissão de dois ou mais sujeitos às determinações de câmaras arbitrais, excluindo, assim, a via judicial (GARDELLA, 2002, p. 508).

Diante da presente exposição, torna-se claro que o modelo da autorregulação regulada seria, hoje, possivelmente, um dos que melhor responderiam a este interesse geral do Estado de posicionar-se perante uma espécie de “intervencionismo à distância”, o qual

permitiria à autoridade estatal se valer da própria sociedade para cumprir com diversas de suas funções. Mediante a autorregulação regulada, diminuir-se-ia o tamanho do fardo estatal, ao mesmo tempo em que se tornaria a regulação muito mais eficaz (COCA VILA, 2013, p. 52).

Esta conclusão, entretanto, leva a um ponto central na presente exposição: dentro do âmbito da autorregulação regulada, provavelmente as entidades privadas que serão mais fortemente afetadas com as obrigações autorregulatórias serão precisamente as empresas. Estes entes são, na atualidade, os maiores responsáveis pela criação e incremento dos riscos para a sociedade, até mesmo pela própria natureza das atividades que desenvolvem. Não por outra razão, são justamente as corporações, hoje, as maiores destinatárias dos novos comandos jurídicos oriundos do movimento de expansão do direito narrado anteriormente, cujo descumprimento pode trazer efeitos nefastos sob a forma de sanções de natureza cível, administrativa e, mais especialmente, criminal (BACIGALUPO, 2011, p. 21).

Isto posto, é preciso tratar em maiores detalhes como o direito penal empresarial – aquele que parece ser um dos âmbitos mais ricos para o desenvolvimento do direito penal na atualidade – se relaciona com a dinâmica apresentada no presente capítulo, ou, dito de outro modo, de que forma as compreensões apresentadas até aqui sobre a autorregulação regulada podem auxiliar o Estado no aumento da eficácia relativa ao combate e à resposta punitiva destinada à criminalidade empresarial.

3.4. AUTORREGULAÇÃO REGULADA E DIREITO PENAL EMPRESARIAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL.

Em praticamente todo o período evolutivo do direito penal, desde a sua concepção inicial até os tempos mais recentes, os crimes praticados pelos indivíduos mais abastados da sociedade no âmbito de suas atividades profissionais foram alvo de pouca ou nenhuma atenção por parte dos estudiosos. Tal cenário apenas começa a mudar no século XX, momento em que se inicia, ainda que de maneira tímida, um movimento em prol da criminalização tanto dos ricos e poderosos, como de suas empresas. Este processo, porém, se desenvolveu de forma bastante lenta, angariando maior impulso apenas nas últimas décadas.

O grande responsável pelas primeiras linhas teórico-explicativas acerca da criminalidade dos ricos e poderosos foi o sociólogo americano Edwin H. Sutherland (1983, p. 7), que definiu os chamados crimes do colarinho branco (*White-collar crimes*) estabelecendo

que a estes corresponderiam os delitos cometidos por uma pessoa respeitável e de elevado *status* social no curso de sua ocupação.

A partir de sua análise, Edwin H. Sutherland (1983) observa uma série de fatores determinantes para a construção de uma definição empiricamente constatável sobre os delitos do colarinho branco. Para isso, o sociólogo americano realiza uma análise acerca das motivações subjetivas responsáveis por levar o indivíduo inserido nesta realidade corporativa a delinquir, alegando que o envolvimento individual na atividade delitiva resulta de um processo chamado *associação diferencial* (BENSON; SIMPSON, 2009, p. 55).

A teoria da associação diferencial, de forma bastante simplificada, se baseia na hipótese de que a prática delitiva é aprendida quando o futuro delinquente se associa com indivíduos que veem um determinado comportamento, tido como ilícito pela legislação, favoravelmente, isolando-se dos demais membros do corpo social que definem a dada conduta como desfavorável. Posto diante de uma situação apropriada, todavia, o delinquente só se engajará criminalmente quando o peso das definições favoráveis ao cometimento do delito excederem o peso das definições desfavoráveis (SUTHERLAND, 1983, p. 240).

Trazendo esta análise geral para o mundo corporativo, Sutherland (1983) alega que o ambiente empresarial termina muitas vezes por estimular a realização de condutas contrárias à lei. Isto porque os novos ingressantes do nicho de mercado no qual a corporação está inserida podem passar a aceitar as definições favoráveis pró-ilegalidade imperantes naquele grupo como se estas refletissem o comportamento normal naquela situação determinada, ainda que a conduta da organização venha a ser ilícita. Assim, esses novatos terminam por aprender a praticar certos tipos de ofensas e a racionalizá-las mentalmente, de modo que passam a enxergar suas ações não apenas como sendo aceitáveis, mas também como ordinárias, representando verdadeiras práticas negociais necessárias para o sucesso de suas carreiras e do negócio de que fazem parte (BENSON; SIMPSON, 2009, p. 55).

O que ocorre, na verdade, é que esses novos ingressantes aprendem dentro do ambiente laboral as chamadas técnicas de neutralização, em que passam a reinterpretar as informações que lhes são disponibilizadas sob outra ótica, contrária às imposições legais. Novos integrantes do mercado, portanto, passam, através da associação diferencial, por uma espécie de reorganização psicológica, em que se veem de certa forma doutrinados a aceitar condutas que anteriormente recriminavam, materializando-se tal mudança através de conhecidos jargões – como o famoso “*negócios são negócios*” (SUTHERLAND, 1983, p. 245).

Independentemente do acerto ou equívoco da compreensão de Edwin H. Sutherland (1983) sobre a delimitação deste gênero de criminalidade, mais importante é que seus estudos foram o ponto de partida para um forte movimento em prol da melhor compreensão deste âmbito delitivo, impulsionado tanto pela própria academia quanto pelos órgãos de Estado, que passam a compreender o potencial danoso para a sociedade das condutas criminosas praticadas no seio das organizações empresariais.

Hoje em dia, porém, com o incremento das situações de risco potencialmente lesivas para a população, produzidas em considerável parte pelas corporações, não se discute mais se o Estado deve ou não interferir penalmente no âmbito das empresas. Afinal, como pertinentemente se questiona Ivó Coca Vila (2013, p. 44), “Como iria o Estado prescindir de seu instrumento mais poderoso naqueles âmbitos em que os riscos são múltiplos e sua contenção especialmente complexa?”⁷⁸. Atualmente, portanto, não mais se pretende questionar a validade da intervenção estatal neste gênero de criminalidade, até porque o Estado não apenas pode como deve regular o âmbito empresarial, utilizando-se, igualmente, de sanções de natureza penal. A maior dificuldade, entretanto, é como interferir.

Ora, os delitos empresariais se distinguem por serem perpetrados no âmbito de estruturas organizacionais complexas, caracterizadas pela distribuição hierárquica de poder, pela pulverização da responsabilidade pessoal, pela abrangência de sua atuação, entre outros fatores. Desta maneira, a assimilação por parte do sistema penal tradicional da criminalidade empresarial – dada através deste cenário de expansão, justamente pelo notável patamar de importância que as grandes empresas hoje exercem na estrutura social – se apresenta como um processo dotado de grande complexidade e de inúmeros obstáculos. (COCA VILA, 2013, p. 43).

Neste sentido, estudos empíricos demonstram que, em termos de eficácia, a criminalização do comportamento empresarial tem se mostrado deveras decepcionante no combate à criminalidade de empresa. O diagnóstico fornecido é que apesar do recrudescimento tanto das leis quanto das pressões sociais em prol da prevenção deste gênero de delitos, em muitos casos o mundo empresarial ainda permanece impenetrável ao direito penal (PASTOR MUÑOZ, 2006a, p. 05)⁷⁹.

⁷⁸ Traduzido livremente do original: “Como iba el Estado a prescindir de su instrumento más poderoso en aquellos ámbitos en los que los riesgos son múltiples y su contención especialmente compleja?”

⁷⁹ Neste sentido, Nuria Pastor Muñoz (2006a, p. 06) tenta traçar algumas justificativas para tal debilidade interventiva do direito penal, compreendendo que ela estaria radicada em quatro razões fundamentais: o (a) baixo risco de descobrimento, pois em virtude da complexidade inerente às estruturas organizacionais, bem como de sua capacidade de encobrir as evidências delitivas, torna-se, muitas vezes, difícil até mesmo se perceber a ocorrência de um crime; o (b) baixo risco de condenação, dado que até mesmo quando os crimes e

Mas não só. Aos argumentos acima apontados para justificar a ineficácia do direito penal perante a criminalidade de empresa pode-se somar igualmente os diagnósticos já delineados no decorrer do presente capítulo em relação tanto à crise regulatória do Estado social, com a conseqüente perda do seu poderio interventivo, quanto à perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann.

De início, conforme já aludido, o Estado não é mais capaz de realizar sua intervenção nos diversos âmbitos sociais de maneira efetiva, visto que não possui nem os recursos técnicos, nem os financeiros, nem muito menos o alcance necessário. Tal argumento, porém, é igualmente aplicável à seara penal, pois, nesta esfera, tanto os esforços de persecução como as provas necessárias para uma condenação precisam ser ainda mais contundentes do que nas demais áreas do direito. Não há, portanto, como o Estado, sozinho, dar conta de tamanha complexidade e almejar um resultado satisfatório em sua iniciativa. Em suma, a autoridade estatal não possui os meios necessários para realizar uma intervenção direta nas empresas, ainda mais quando essa intervenção se dá sob a perspectiva penal.

De outro modo, a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann pode igualmente auxiliar na compreensão da ineficácia do direito penal em relação às empresas. Isto porque as entidades empresariais poderiam ser consideradas, no âmbito da teoria luhmanniana, como um sistema autopoietico organizativo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, p. 05)⁸⁰. A organização, como todo subsistema da sociedade, é composta por um tipo de comunicação específica, isto é, “um sistema composto por decisões ou mais exatamente, pela comunicação de decisões.”⁸¹ (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, p. 06). Como sintetiza Carlos Gómez-Jara Díez (2006, p. 07):

A empresa é, portanto, um sistema organizativo que se reproduz mediante decisões que servem de conexão a decisões posteriores da própria empresa. Cada decisão estabelece um final que se deve poder interpretar como um começo. A decisão se configura, em definitiva, como o modo de operação específico das organizações e possibilita a *autopoiesis* organizativa⁸².

seus autores são descobertos, dificilmente ocorre uma sanção penal de fato destes comportamentos, seja pela maior complexidade dos casos, tanto a nível probatório quanto em uma perspectiva dogmática, seja pela competência dos advogados corporativos; a (c) baixa intimidação da condenação penal em relação à sanções de outra natureza (civil / administrativa), pois as penas do direito penal terminam se materializando em multas ou condenações de baixa monta, normalmente substituídas por sanções restritivas de direitos; e o (d) baixo número de denúncia das vítimas, sejam elas pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.

⁸⁰ A compreensão da empresa como subsistema autopoietico organizativo da sociedade é deveras complexa e dificilmente poderia ser tratada aqui em todas as suas nuances. Ademais, outros autores já o fizeram, de uma maneira que dificilmente poderia ser alcançada no presente trabalho. Dentre estes se destacam o próprio Niklas Luhmann (1997) e Carlos Gómez-Jara Díez (2005; 2006).

⁸¹ Traduzido livremente do original: “es un sistema compuesto por decisiones o más exactamente, por la comunicación de decisiones.”

⁸² Traduzido livremente do original: “La empresa es, por lo tanto, un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa y que se orientan con base en decisiones anteriores de la empresa. Cada decisión sienta un final que debe poder interpretarse como

Desta perspectiva teórica radica uma consequência fundamental. Se os sistemas organizativos são compostas essencialmente de comunicações, no caso, de decisões que servem de conexão com decisões, as empresas, enquanto sistemas, seriam necessariamente independentes de seus membros concretos, isto é, de seus diretores e funcionários. A condição de membro da empresa não diz respeito aos indivíduos que a compõem e suas características particulares, pelo contrário, ela se relaciona com as próprias estruturas internas deste sistema. Desta maneira, a organização, enquanto sistema, adquire um critério interno controlável com o qual ela mesma, e não o entorno, pode determinar a condição de membro. A empresa, portanto, ao adquirir um determinado nível de complexidade, passa a poder ser compreendida autonomamente, separada dos indivíduos que a compõem (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 239). Em resumo, a compreensão oriunda da teoria dos sistemas evidencia a independência entre sujeito coletivo e individual e explica a capacidade da empresa, enquanto sujeito autônomo, de adotar suas próprias decisões (auto-condução) e de se organizar de acordo com estas (auto-organização) (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 79).

Ademais, se uma empresa é considerada autopoietica, isto quer dizer que em seu interior apenas as suas próprias operações poderão existir. Assim, a eventual interferência dos demais subsistemas sociais, como é o caso do direito, só poderá existir sob a forma de “ruído”, jamais de forma direta. Consequentemente, as normas jurídicas, entre as quais estão inseridas as penais, terão seu conteúdo transformado pelas corporações, passando a ser interpretadas de acordo com a visão do próprio subsistema organizativo, distorcendo, pois, o comando originário do subsistema do direito (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 79).

O principal ensinamento que pode ser colhido, portanto, acaso se aceite essa perspectiva luhmanniana sobre as corporações, é o de que o direito – e em especial o direito penal – fracassará em suas pretensões regulatórias se não levar em consideração a organização interna das próprias empresas, enquanto sistemas autopoieticos autorreferenciais, e, a partir disso, modificar a sua estratégia de intervenção. Neste sentido, Adán Nieto Martín (2008b, p. 79) explica que:

A teoria dos sistemas explica o déficit de motivação que tem o direito nas organizações e a perda de eficácia preventiva. Igualmente, a noção de *autopoiesis*

como sistema fechado, e não transparente frente ao exterior, provavelmente também tenha a ver com as dificuldades processuais para investigar a conduta delictiva.⁸³

Diante de todas as considerações traçadas, o diagnóstico da situação presente é bastante direto, independentemente do substrato teórico que se venha a acolher: regular o comportamento delitivo das empresas a partir de uma perspectiva externa a estas se apresenta como uma pretensão não apenas ineficaz, mas simplesmente incapaz de produzir resultados minimamente satisfatórios.

Conhecer o problema, porém, ajuda a elaborar uma solução. Se do anteriormente exposto se conclui que as empresas não podem ser reguladas de fora, o mesmo não se pode dizer do seu exato oposto, isto é, de que a partir de uma perspectiva interna não possa haver uma regulação do comportamento empresarial. Na verdade, é exatamente esta a argumentação de todo o presente capítulo, isto é, de que as entidades de cunho privado – dentre as quais se incluem as empresas – podem ser mais eficazmente reguladas quando elas próprias assumem este encargo, recaindo ao Estado apenas uma intervenção em um segundo momento, mediante uma regulação da autorregulação.

Neste sentido, também um direito penal seria mais eficaz caso utilizasse os seus comandos normativos não para interferir de maneira direta nas corporações, mas para forçar, através da ameaça do emprego da violência institucionalizada, que estas se autorregulem, sob pena de, se assim não agirem, terem sobre si e sobre seus membros atribuídas sanções penais no caso de cometimento de delitos em seu seio.

Tal estratégia, ademais, se mostra amplamente condizente com a realidade atual, na medida em que um controle minimamente eficaz dos riscos do mundo moderno só pode ser alcançado, hoje, pelas próprias empresas. São elas as únicas entidades que têm os recursos financeiros e os conhecimentos técnicos necessários para monitorar e regular corretamente certos riscos⁸⁴. Mais ainda, acaso se determine às empresas o dever de se autorregular, e

⁸³ Traduzido livremente do original: “La teoría de los sistemas explica el déficit de motivación que tiene el derecho en las organizaciones y la pérdida de eficacia preventiva. Igualmente la noción de autopoiesis como sistema cerrado, y no transparente frente al exterior, probablemente también tenga que ver con las dificultades procesales para investigar la conducta delictiva.”.

⁸⁴ Conforme leciona Carlos Gómez-Jara Díez (2015, p. 253), existiriam motivos de peso para afirmar que as dificuldades encontradas pelo Estado no controle dos riscos criados pelas corporações deveriam ser superadas pelas próprias empresas, mediante o autocontrole e autogerenciamento das ameaças. Para o autor, seriam as empresas que “en primer lugar, desarrollan nuevos productos, métodos de producción y tecnologías procedimentales; en segundo lugar, las que llevan a cabo investigaciones tecnológicas y procedimentales; y en tercer lugar, las que disponen de sus propios departamentos jurídicos y de investigaciones de mercado. Por tanto, tienen desarrollada una vasta conciencia del riesgo.”. Em tradução livre: “em primeiro lugar, desenvolvem novos produtos, métodos de produção e tecnologias procedimentais; em segundo lugar, as que levam a cabo investigações tecnológicas e procedimentais; e em terceiro lugar, as que dispõem de seus próprios departamentos jurídicos e de investigações de mercado. Portanto, tem desenvolvida uma vasta consciência do risco.”.

diminuir-se-ia, pois, os custos do próprio Estado, na medida em que uma regulação feita externamente mostra-se como bem menos custosa que uma verdadeira inserção, pelo Estado, no interior da atuação empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012, p. 113).

Em síntese, diante da inclusão da perspectiva da autorregulação regulada no âmbito do direito penal de empresa, o que se descobre, na verdade, é uma maneira mais sofisticada de se realizar o controle social das corporações pelo Estado. Nesse sentido, determinar que as empresas criem uma série de mecanismos destinados a obter um maior domínio sobre si mesmas, com o fim de fazer com que estas adotem determinados modelos de conduta que favoreçam a legalidade, prevenindo-se, portanto, a ocorrência delitativa no seu seio, nada mais é do que uma pretensão do Estado de exercer um maior controle sobre a atividade destes entes (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 04)⁸⁵.

É preciso salientar, porém, que o fato da autorregulação regulada ser uma perspectiva mais eficaz do que uma intervenção estatal direta não significa que ela seja absolutamente livre de problemas, em especial em sua conjunção com o direito penal. Talvez a maior destas complicações seja justamente a de estabelecer até que ponto pode o direito penal se utilizar de normas precedentes da autorregulação de sistemas corporativos (códigos de conduta, políticas corporativas, sistemas disciplinares) para complementar as suas próprias normativas. Tal dificuldade poderia se materializar, em termos práticos, com a utilização destas normas oriundas da autorregulação (*i*) como complemento de eventuais tipos penais em branco, (*ii*) como critério para determinar o dever objetivo de cuidado, (*iii*) como parâmetro para se definir o cumprimento ou não de um dever de garantia, entre outras situações (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 103). A utilização pelo direito penal destas normas provenientes da autorregulação na hora de definir condutas delitivas, portanto, plantea um problema claro, relacionado com a legitimidade deste procedimento.

O principal doutrinador a tratar deste problema, em especial sob a perspectiva das normas penais em branco, foi Bernd Schünemann (1994, p. 307). O referido autor nega com veemência a possibilidade de que normas precedentes de empresas ou associações industriais possam vir a formar parte de uma norma penal em branco. Para ele, deixar nas mãos das próprias empresas a competência para formular regras técnicas penalmente relevantes,

⁸⁵ Conforme observa Adán Nieto Martín (2008a, p. 04), esta nova tecnologia de poder se fundamenta em algo que já havia sido alertado por ninguém menos que Michel Foucault, “quien había advertido cómo el Estado contemporáneo suele aprovechar la capacidad de los regulados en regular su propio comportamiento, mediante una tecnología de dominio, indirecta, pero más sofisticada, a través de la cual el Estado reconfiguraría las reglas de autorregulación de los sujetos al derecho.”. Em tradução livre: “quem havia advertido como o Estado contemporâneo muitas vezes depende da capacidade dos regulados em regular seu próprio comportamento, mediante uma tecnologia de domínio, indireta, porém mais sofisticada, através da qual o Estado reconfiguraria as regras da autorregulação dos sujeitos ao direito.”.

significaria, em consequência, “encomendar as ovelhas ao lobo e atribuir ao titular do potencial de perigo o poder de decisão sobre a medida permitida nos riscos que ele mesmo cria.” (SCHÜNEMANN, 1994, p. 319)⁸⁶.

Em que pese a relevância dos argumentos de Schünemann (1994), as normas procedentes de movimentos autorregulatórios nem sempre irão ser geradas a partir de perspectivas exclusivamente privadas, isto é, sem a presença do poder público ou de seus representantes indiretos. Na perspectiva de Adán Nieto Martín (2015, p. 105), existiriam dois processos de elaboração destas normas oriundas da autorregulação que não gerariam problemas relativos à legitimidade, podendo integrar-se no âmbito do direito penal sem maiores problemas.

O primeiro desses processos radica na obra de John Braithwaite e Ian Ayres (1992, p. 57) e é denominado de *tripartismo* (*tripartism*). O *tripartismo*, em breves linhas, deve ser entendido como uma política regulatória que estimula a participação e o empoderamento de grupos de interesse público (ONGs, sindicatos, organizações de consumidores, etc.) no processo autorregulatório. Tal processo possibilita a estes grupos o poder de intervir tanto na confecção das normativas quanto na vigilância de sua correta aplicação, aumentando, pois, tanto a legitimidade do procedimento de elaboração destas normas como sua perspectiva democrática, na medida em que quase todos os entes interessados têm a possibilidade de participar em sua preparação. Como aponta Adán Nieto Martín (2015, p. 106):

A norma que no futuro vai integrar-se em um tipo penal como norma de cuidado, como norma de complemento ou como elemento normativo do tipo foi discutida e elaborada por ao menos uma boa parte dos afetados. Se no âmbito econômico a fixação do risco permitido é fundamentalmente uma ponderação entre os distintos interesses em jogo, o *tripartismo* assegura um processo de ponderação equilibrado⁸⁷.

O outro processo de elaboração decorre da própria premissa de configuração de um sistema de autorregulação regulada (*enforced self-regulation*), isto é, de que a administração interfira em alguma das fases de confecção das normativas autorregulatórias das empresas. Esta intervenção, conforme já demonstrado no ponto anterior, pode se dar tanto *ex ante*, através do estabelecimento de princípios gerais a serem seguidos pelas corporações

⁸⁶ Traduzido livremente do original: “encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial de peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que el mismo crea.”.

⁸⁷ Traduzido livremente do original: “La norma que en el futuro va integrarse en un tipo penal como norma de cuidado, como norma de complemento o como elemento normativo del tipo ha sido discutida y elaborada por al menos una buena parte de los afectados. Si en el ámbito económico la fijación del riesgo permitido es fundamentalmente una ponderación entre los distintos intereses en juego, el *Tripartism*, asegura un proceso de ponderación equilibrado.”.

em suas normativas próprias, quanto *ex post*, para comprovar se a normativa autorregulatória vigente foi elaborada de forma adequada. Desta maneira, é possível se obter, ao mesmo tempo, um controle de qualidade mais compatível com as peculiaridades de cada organização, sem que, por outro lado, a autoridade estatal abdique completamente do seu domínio regulatório (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 106).

Enfrentado o problema da legitimidade do direito penal se utilizar dos sistemas autorregulatórios empresariais para pautar o exercício do *jus puniendi*, fica claro que a autorregulação regulada não apenas se apresenta como um instrumento de grande valia para a realização do controle, de forma mais eficaz, dos novos riscos sociais derivados da atividade empresarial, como se mostra essencial para conseguir um maior amoldamento das empresas às determinações do sistema jurídico, em especial o penal. O direito penal empresarial, portanto, não pode permanecer alheio a todas essas dinâmicas provenientes da autorregulação regulada, sob o risco de, caso contrário, transformar-se em uma pretensão meramente simbólica do legislador (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015a, p. 201).

Exposta a dinâmica da autorregulação regulada em todos os seus matizes, é necessário, agora, passar a analisar em detalhes o instrumento mediante o qual as empresas tendem a desenvolver a sua própria autorregulação. Neste sentido, os denominados programas de *corporate compliance* assumem um absoluto protagonismo, passando cada vez mais a inserir-se dentro da realidade corporativa global, com o objetivo claro de materializar, na prática, um mecanismo apto tanto a cumprir com as determinações regulatórias impostas pelas leis do Estado às empresas, quanto a monitorar e controlar, de forma eficaz, os riscos inerentes à própria atividade empresarial.

4. OS PROGRAMAS DE *CORPORATE COMPLIANCE*.

4.1 FUNDAMENTOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS PROGRAMAS DE *CORPORATE COMPLIANCE*.

De forma literal, o termo *corporate compliance* pode ser traduzido como “cumprimento corporativo”. Tal afirmação isoladamente considerada, todavia, não traz nada de inovador, uma vez que apenas indica que as empresas devem cumprir com as determinações legais a que se veem submetidas em sua atuação, o que é uma obviedade. O importante, na verdade, não é a simples tradução do seu significado, mas sim a explicação de seus fundamentos – isto é, de onde surgiu este movimento em prol do cumprimento normativo – e a delimitação de seu conceito, ou seja, o que se entende, de fato, por um programa de *corporate compliance*.

O *compliance*, enquanto instituto, nasce e se desenvolve nos Estados Unidos, através de um longo processo de evolução. Neste sentido, é preciso salientar que não houve um marco histórico específico, mas vários, sendo eles igualmente importantes para o que, atualmente, é entendido pela referida noção. Em uma breve enumeração, é possível destacar diversos regramentos que foram paulatinamente aperfeiçoando os programas de *compliance*, servindo tanto para aumentar a complexidade deste instituto, quanto para alargar o seu âmbito de incidência para os mais diversos setores empresariais. Dentre as leis vigentes sobre o tema, no âmbito americano, se destacam até hoje as seguintes: *Foreign Corrupt Practices Act* (1977)⁸⁸, *Sarbanes-Oxley Act* (2002)⁸⁹, *Dodd-Frank Act* (2010)⁹⁰, entre outras⁹¹.

⁸⁸ O *FCPA*, legislação publicada em 1977, foi um verdadeiro marco na luta contra a corrupção. Sua promulgação foi em muito motivada por um série de escândalos de corrupção transnacional descobertos pelas autoridades americanas na década de 70, em que centenas de empresas daquele país foram flagradas pagando propinas para funcionários públicos estrangeiros com o intuito de garantir contratos fora das fronteiras dos Estados Unidos (MILLER, 2014, p. 443).

⁸⁹ A legislação conhecida como *Sarbanes-Oxley Act*, publicada em 2002, foi uma resposta à descoberta de massivos escândalos corporativos havidos no início dos anos 2000. O grande marco desse período foi a falência de uma companhia chamada Enron, do setor energético. A referida bancarrota foi em muito motivada pela perda de credibilidade da empresa no mercado em virtude da revelação de que muitas de suas transações financeiras eram fraudulentas (MILLER, 2014, p. 139). A Enron, porém, foi apenas uma de muitas outras empresas (World-Com, Parmalat, Flowtex) cujo envolvimento em atividades ilícitas foi relevado nesta época (SIEBER, 2013, p. 63).

⁹⁰ O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (2010) pôs em prática uma verdadeira reforma na regulação financeira americana, como uma resposta direta à crise financeira havida no ano de 2008. Seu objetivo era o de promover a estabilidade econômica e financeira dos Estados Unidos mediante a melhora dos mecanismos de transparência das instituições bancárias americanas, exigindo, pois, uma série de medidas preventivas neste sentido, dentre as quais a melhora dos mecanismos empresariais de *compliance* das referidas instituições (LÉON BERINI, 2013b, p. 132).

⁹¹ Em maiores detalhes sobre a evolução histórica dos programas de *corporate compliance*, Geoffrey Parsons Miller (2014, p. 138) ou Adán Nieto Martín (2008b; 2015a).

Nos países cuja base legislativa é proveniente do *civil law*, o surgimento e posterior consolidação do cumprimento normativo deu-se de forma tardia, sendo proveniente justamente de um processo de americanização dos seus ordenamentos jurídicos, em que diversos institutos criados no âmbito do *common law* americano passam a ser inseridos nas legislações nacionais destes Estados. Apenas em tempos recentes, portanto, o *compliance* vem alcançando um patamar global de influência. (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 27).

O movimento em prol da disseminação mundial dos programas de *corporate compliance*, entretanto, não pode ser entendido de maneira isolada, pois o cumprimento normativo representa apenas um dentre diversos outros fenômenos concomitantes, de escala igualmente global, que passaram a influenciar a atuação empresarial como um todo. Neste contexto, pode-se dizer que a inserção do *compliance* nas corporações influencia e é influenciada especificamente por quatro outros fenômenos: (i) a *autorregulação regulada*; (ii) a *governança corporativa*; (iii) a *responsabilidade social da empresa* e (iv) a *ética empresarial*.

A (i) *autorregulação regulada* corresponde ao primeiro ponto de interseção do cumprimento normativo com outros fenômenos conexos ocorridos em sede das organizações. Por autorregulação regulada, conforme já apontado no capítulo anterior, se entende justamente a interação entre as medidas autorregulatórias próprias das empresas e a regulação feita, em um segundo plano, pelo aparato estatal. Os programas de *compliance*, neste sentido, correspondem justamente ao mecanismo através do qual as empresas conseguem se autorregular, a partir do estabelecimento de parâmetros internos de atuação, em consonância com a legislação imposta pelo Estado, com o objetivo último de evitar a concretização de riscos nocivos ao desenvolvimento social (GARCÍA CAVEIRO, 2014, p. 16).

O segundo fenômeno fortemente conectado com as noções de *compliance* é a denominada (ii) *governança corporativa*. Devido ao tamanho e à influência adquirida pelas corporações no mundo atual⁹², é óbvio que as decisões tomadas pelos seus administradores

⁹² Para demonstrar a dimensão adquirida pelas empresas na atualidade, Geoffrey Parsons Miller (2014, p. 09) se utiliza do exemplo do Citigroup. Conforme destaca o autor, “In 2013, this vast financial firm serviced approximately 200 million customer accounts and did business in more than 160 countries and jurisdictions. With nearly \$40 billion in annual revenues, Citigroup would rank in the top 100 countries in the world by gross national product. Its 259.000 employees could represent the workforce of a substantial city. Even more staggering is the amount of assets under its control - \$1.8 trillion and counting as of 2013. And Citigroup is not even the largest financial institution in the United States; JPMorgan Chase is substantially larger.”. Em tradução livre: “Em 2013, esta vasta firma financeira servia aproximadamente 200 milhões de contas de clientes e fazia negócios em mais de 160 países e jurisdições. Com quase \$40 bilhões de dólares em receitas anuais, o Citigroup estaria ranqueado entre os 100 países do mundo em relação ao Produto Interno Bruto. Seus 259.000 empregados poderiam representar a força de trabalho de uma cidade substancial. Ainda mais impressionante é a quantidade de ativos sob seu controle - \$1,8 trilhões de dólares, e subindo, em 2013. E o

terão um impacto profundo tanto no interior da própria empresa, quanto fora dela. (MILLER, 2014, p. 09). O fortalecimento da governança corporativa nas corporações, entretanto, deriva primordialmente da separação entre a propriedade e a gestão dentro da empresa (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 02), isto é, da divisão entre aqueles que de fato possuem partes da empresa, na figura de seus acionistas (*shareholders*), e aqueles que dirigem as suas atividades, sob a forma dos administradores (*CEO*, diretores, gerentes, etc.).

Conforme explica Geoffrey Miller (2014, p. 10), a governança corporativa parte da seguinte ideia:

Grandes corporações possuem milhares ou milhões de acionistas; até mesmo o maior destes proprietários possui apenas um pequeno percentual de participação na firma. O simples número de acionistas torna virtualmente impossível o exercício de uma governança efetiva. Em vez disso, os administradores controlam o que acontece nas grandes companhias, sujeitos apenas a um controle mínimo dos acionistas ou de outros grupos. Mas os administradores, acaso não controlados de fora, irão muito frequentemente ceder à tentação de expropriar os benefícios do controle para eles mesmos.⁹³

Em linhas gerais, portanto, o governo corporativo corresponde aos processos, sistemas e controles organizacionais utilizados pela empresa para lidar com o foco de tensão entre os acionistas e os controladores da corporação, com o objetivo claro de evitar o abuso de poder por parte dos segundos, e defender, por consequência, o interesse dos primeiros (TARANTINO, 2008, p. 02).

O fenômeno da governança corporativa se interliga ao *compliance* justamente a partir do problema acima aludido. Quando se pensa em como controlar os administradores ou os membros de posicionamento mais elevado na hierarquia da empresa, com a finalidade de que não cometam ilegalidades e prejudiquem os interesses dos acionistas, resulta imprescindível a instauração de mecanismos de controle dentro do seio corporativo, visto que, de outro modo, seria pouco crível a concretização desta pretensão de controle da cúpula da empresa. Os programas de cumprimento normativo, portanto, se mostram fundamentais também nas relações entre a empresa e seus controladores e acionistas (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 24).

Citigroup não é sequer a maior instituição financeira dos Estados Unidos. JPMorgan Chase é substancialmente maior.”.

⁹³ Traduzido livremente do original: “Large corporations have thousands or millions of shareholders; even the largest of these owners has only a small percentage interest in the firm. The sheer number of shareholders makes it virtually impossible for them to exercise effective governance. Rather, managers control what happens in big companies, subject to only minimal checks from shareholders or other constituencies. But managers, if not controlled from without, will too often give in to the temptation to expropriate the benefits of control for themselves.”.

Outro fenômeno intimamente ligado à noção de *compliance* é a figura da (c) *responsabilidade social da empresa*. Se por governança corporativa se entende o balanço de poder entre acionistas, conselheiros e diretores da empresa (PARGENDLER, 2015, p. 02), a responsabilidade social corporativa diz respeito à colisão entre os interesses das partes interessadas da sociedade (*stakeholders*) com aqueles da corporação. A responsabilidade social corporativa, portanto, surge como um fenômeno voltado para solucionar o conflito entre a busca do maior benefício possível por parte das empresas e a vigência de importantes interesses públicos possivelmente afetados pela atuação empresarial (saúde, transporte, meio ambiente, etc.) (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 02).

Neste sentido, surge um forte movimento em prol do fortalecimento da compreensão da empresa enquanto cidadã responsável (*good citizen corporations*), motivada não apenas por fins econômicos, como igualmente por objetivos político-sociais. Às empresas não basta mais só a preocupação quanto aos seus interesses egoísticos, devendo haver, por parte destas, um grande engajamento quanto ao seu impacto social perante a comunidade (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 40). Das empresas socialmente responsáveis espera-se a adoção de políticas e objetivos condizentes com os interesses mais amplos da sociedade, ao invés de um foco exclusivo nos lucros de seus acionistas (MILLER, 2014, p. 499).

Mediante o compromisso social da empresa, surge a pretensão de conseguir que estas entidades pautem seu comportamento a partir de uma relação respeitosa com o entorno social onde desenvolvem sua atividade, o que se materializaria no cumprimento de *standards* da normativa laboral, na observância dos direitos humanos, na preservação do meio ambiente, etc. (GARCÍA CAVEIRO, 2014, p. 16). O que se percebe deste objetivo empresarial traduzido na figura da responsabilidade social corporativa é uma tentativa de levar adiante a autorregulação da empresa também no que tange aos interesses da sociedade, não só no cumprimento estrito à legislação, ficando claro, pois, a relação deste instituto com os programas de *corporate compliance*.

Por fim, o último dos fenômenos adjacentes ao *compliance* é (iv) a *ética empresarial*. Para ser uma boa cidadã corporativa (*good corporate citizen*), uma empresa necessariamente deverá respaldar a sua atuação a partir de valores e princípios éticos. Tal processo geralmente se dá em três níveis distintos de análise: (a) a *ética empírica*; (b) a *ética normativa* e (c) a *gestão de valores*. Desta feita, em um primeiro momento, cabe definir quais são os valores vigentes na corporação enquanto entidade coletiva, pois ainda que os seus membros possuam, a nível individual, um conjunto autônomo de valores, os da empresa serão responsáveis por pautar a atuação do agrupamento em seu conjunto, desenvolvendo uma

verdadeira cultura corporativa. A *(a) ética empírica*, portanto, parte da premissa que o comportamento coletivo pode exercer severas influências sobre o comportamento individual no âmbito empresarial, devendo, pois, os valores corporativos, passar por um processo aprofundado de análise e descrição. Já a *(b) ética normativa* se ocupa principalmente do desenvolvimento de teorias que estabeleçam um marco geral do comportamento da entidade perante os diversos grupos de interesse que a ela estejam relacionados. Busca-se, pois, estabelecer quais são as pessoas – físicas ou jurídicas – afetadas pela atuação empresarial, para, assim, atender as suas demandas sempre que assim for possível. A partir do conhecimento adquirido nestas duas primeiras fases, a entidade, então, deve passar a *(c) gerenciar os valores* que integram o escopo da corporação, direcionando-o para os fins pretendidos. Isto porque, como bem afirma Adán Nieto Martín (2015b, p. 44), “uma empresa funciona de maneira mais correta quando há coerência entre os valores das pessoas que a integram e aqueles da corporação.”⁹⁴.

Delimitado o que se compreende por ética empresarial (*Business Ethics*) e como se dá o seu processo dentro de uma empresa, cabe apontar a evidente intersecção entre este fenômeno e o *compliance*, porque, conforme adiante se demonstrará em maiores detalhes, um programa de cumprimento efetivo deve ter como finalidade primordial justamente o estímulo aos valores éticos no seio corporativo. A partir da criação de mecanismos empresariais pautados pela obtenção do devido controle de suas atividades, a empresa busca, na realidade, estimular a adequação dos valores éticos individuais de cada um dos seus membros, com aqueles defendidos pela empresa, tudo isto com o objetivo de consolidar uma cultura de legalidade empresarial, imprescindível para o sucesso do programa de cumprimento (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 45).

Fixadas as origens e os fenômenos relacionados ao *compliance*, é preciso estabelecer uma delimitação conceitual. Por cumprimento normativo se entende o processo através do qual uma organização procura assegurar que os seus empregados e demais constituintes se adequem às normativas aplicáveis dos diversos ordenamentos vigentes, sejam eles oriundos do Estado – normativas penais, administrativas, cíveis, societárias, etc. – ou provenientes da própria empresa – código de ética, políticas, códigos de conduta, etc.. Os programas de *corporate compliance*, ressalte-se, não são responsáveis por criar estas normas, mas apenas por aceitá-las e assegurar o cumprimento destas dentro da empresa (MILLER, 2014, p. 03).

⁹⁴ Traduzido livremente do original: “una empresa funciona de modo más correcto cuando hay coherencia entre los valores de las personas que la integran y los de la corporación.”

Conforme amplamente difundido, a pretensão do direito de que os destinatários das normas as obedecem integra o seu próprio fundamento legitimante. É de se ver, contudo, que apesar desse desejo do ordenamento legal, nem sempre o cumprimento da norma ocorrerá, podendo-se verificar a inobservância dos mandamentos legais quotidianamente pelos mais diferentes entes que integram a sociedade. Nesse âmbito, o *corporate compliance* apresentar-se-á como um mecanismo voltado para a concretização desta pretensão do direito em relação às empresas, no sentido de buscar, mediante atuações variadas, um efetivo cumprimento da norma jurídica, com a finalidade última de evitar o surgimento de riscos juridicamente relevantes através da melhor organização empresarial possível (COCA VILA, 2013, p. 55).

Em sentido amplo, portanto, seria admissível estabelecer que o *compliance* deve ser entendido como o conjunto efetivo de medidas direcionadas a garantir que cada um dos membros da empresa, desde o seu presidente executivo (*CEO*) até o último de seus empregados, cumpra com os mandados e proibições jurídicas estabelecidas em lei e que, acaso reste evidenciada uma prática infratora, seja possível o seu descobrimento e sanção (COCA VILA, 2013, p. 54). Saliente-se, porém, que o cumprimento, entendido de forma ampla, não se limita à normativa penal. Apesar da prevenção de delitos figurar como uma das pedras angulares dentro da função de um programa de *corporate compliance* – ou de *criminal compliance*, como costuma-se chamar estes mecanismos de contenção do risco penal – esta não pode ser a sua única competência (SÁIZ PEÑA, 2015, p. 40).

Tendo em vista tal situação, resultaria não apenas necessário, como também adequado, impor a estas organizações empresariais o dever primordial que afeta toda pessoa: a obrigação de fidelidade ao direito. A concretização dessa pretensão, todavia, só seria observada através da institucionalização de uma cultura empresarial de lealdade às normas – na qual se incluiriam medidas investigativas e de sanção – resultando, pois, no nascimento de uma espécie de cidadão corporativo, autônomo em relação ao Estado, mas fiel aos seus preceitos jurídicos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, p. 18).

Nesse sentido, fica claro que os programas de *compliance* se mostram como sistemas de devido controle da pessoa jurídica, direcionados à obtenção da obediência a determinadas normas – de origem interna e externa – no exercício da atividade empresarial. Visa-se, portanto, o devido controle sobre os atos da pessoa jurídica, sob o argumento último da observância aos dispositivos legais (LASCURAÍN, 2013, p. 113).

Importante notar que, quando se fala em devido controle da pessoa jurídica, não parece que esse seja algo extremamente diferente do devido controle da pessoa física, que se

baseia, essencialmente, no comportamento prudente do indivíduo em face dos diversos riscos presentes na sociedade. A diferença, todavia, se centra na questão da complexidade orgânica, pois o devido controle da pessoa jurídica se trata, em essência, da organização de sua atuação para que não se produzam irregularidades tanto a seu favor quanto contra si (LASCURAÍN, 2013, p. 125).

Não se trata, obviamente, de se organizar para controlar todo e qualquer risco, uma vez que a própria ideia de atividade empresarial está intimamente conectada com esta noção, não sendo possível o simples abandono do curso produtivo para assegurar que nenhum dano venha a ser produzido. O que se pretende, na realidade, é o exercício do devido controle para que os riscos não permitidos não se concretizem, e que caso estes sejam permitidos, sejam eles mantidos dentro do limite do tolerável, não oferecendo maiores possibilidades de dano. Nesse sentido, uma série de mecanismos destinados a obter um maior domínio sobre as organizações são criados, com o fim de fazer com que as pessoas jurídicas adotem determinados modelos de conduta que favoreçam a legalidade, prevenindo-se, portanto, a ocorrência de irregularidades no âmbito da corporação (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 4).

Em síntese, portanto, é a este fenômeno que se refere com a noção de *corporate compliance*, materializado em um conjunto de medidas empresariais, normalmente ordenadas sob a forma de um programa, cujos objetivos são assegurar que sejam cumpridas todas as normas vigentes que possam afetar tanto a empresa quanto seus empregados, descobrir irregularidades havidas em seu âmbito e, por fim, eventualmente sancionar os responsáveis pelo descumprimento normativo (KUHLEN, 2013, p. 51).

Em termos práticos, todavia, insurge um novo questionamento: qual modelo deverá ser adotado para realizar o cumprimento normativo no seio da empresa; ou, de forma mais direta, quais seriam os mecanismos adequados para evitar que, dentro da corporação, se originem riscos não tolerados? Em suma, como prevenir? Tal dúvida é de grande pertinência, uma vez que imaginar que as empresas irão agir como bons cidadãos corporativos espontaneamente, sem a implementação de condutas efetivas de controle, parece uma utopia de difícil concretização.

4.2 OS MODELOS POSSÍVEIS PARA UM PROGRAMA DE *CORPORATE COMPLIANCE*: PANÓPTICO EMPRESARIAL VS ÉTICA CORPORATIVA.

A primeira medida a ser tomada quando da elaboração ou implementação de um programa de *compliance* é estabelecer a sua orientação geral, isto é, fixar quais são os meios e

os limites da empresa na hora em que for cumprir com o seu exercício preventivo (NIETO MARTÍN, 2015c, p. 121). Essencialmente, os programas de cumprimento normativo podem ser estabelecidos em dois modelos distintos, um baseado na supervisão, vigilância e controle da corporação e outro pautado pelo desenvolvimento de um clima de respeito à legalidade e de estímulo aos valores éticos inerentes à atividade empresarial (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 33).

O primeiro desses modelos é bastante controverso, pois, em troca da obtenção de um pretendido cumprimento normativo, a empresa se dispõe a realizar uma série de medidas incisivas de controle sobre seus empregados, transformando o seu programa de *corporate compliance* em uma espécie de serviço de inteligência. Para tanto, o referido modelo aposta em medidas como o acesso indiscriminado aos correios eletrônicos dos funcionários, a análise constante dos registros de chamadas telefônicas, a visualização periódica dos acessos realizados pela internet, a vídeo-vigilância, a contratação de detetives privados, a aceitação de denúncias anônimas, etc. A vigilância empresarial poderia até mesmo se estender à utilização de técnicas conhecidas como *risk profiling*, cujo objetivo é traçar o “perfil de risco” dos empregados ou aspirantes a postos de direção da empresa, estabelecendo uma espécie de índice individual de risco (NIETO MARTÍN, 2015c, p. 122). Tais procedimentos respaldam a ideia de “inteligência corporativa”, havendo, atualmente, empresas que chegam até mesmo a oferecer serviços baseados no *know how* procedente dos serviços secretos de inteligência para garantir aos seus clientes a obtenção de um serviço que forneça o devido controle pretendido (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 33).

A real pretensão desse modelo de vigilância seria a de induzir na mente dos indivíduos que fazem parte da corporação a ideia de estarem em permanente estado de vigilância, mesmo sem que necessariamente estejam sendo vigiados⁹⁵. Tal noção seria responsável por assegurar o funcionamento automático das relações de poder inerentes ao ambiente corporativo, reforçando os ideais de disciplina e da atuação em conformidade com a

⁹⁵ O efeito pretendido por um sistema concebido nesses moldes seria equivalente ao exercido pelas fictícias teletelas, descritas por George Orwell (2007, p. 06) em sua clássica obra “1984”. Tais aparelhos “recebiam e transmitiam informações simultaneamente. Qualquer barulho que se fizesse, mais alto que um cochicho, seria captado pelo aparelho; além do mais, enquanto se permanecesse no campo de visão da placa metálica, o indivíduo poderia ser visto também. Naturalmente, não havia jeito de determinar se, num dado momento, o cidadão estava sendo vigiado ou não. Impossível saber com que frequência, ou que periodicidade, a Polícia do Pensamento observava a casa desta ou daquela pessoa. Era concebível, mesmo, que a polícia observasse todo mundo ao mesmo tempo. A realidade é que a polícia podia ligar determinada tela no momento em que desejasse. Tinha-se que viver – e vivia-se por hábito transformado em instinto – na suposição de que cada som era ouvido e cada movimento examinado”.

lei, pretendidos pela corporação (FOUCAULT, 2010, p. 191)⁹⁶. Porém, ainda que um programa de *compliance* baseado na ideia de vigilância possa vir a ser mais efetivo, o que não é sequer comprovado, proporcionando um maior controle sobre os riscos corporativos, o preço cobrado pela adoção de tal regime se mostra demasiadamente elevado.

Se uma corporação vem a adotar o modelo de vigilância para desenvolver seu programa de *compliance*, ela estará convertendo sua estrutura em uma espécie de panóptico empresarial, cujos efeitos lesionam de forma grave diversos direitos fundamentais de seus empregados, como o da intimidade, o segredo de suas comunicações e o direito à proteção de dados. Isso sem falar nas inúmeras incompatibilidades no âmbito das relações laborais, em razão do menoscabo de diversos direitos dos trabalhadores em prol de uma maior efetividade, o que não se pode admitir (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 33)⁹⁷.

Por outro lado, o segundo modelo de programa de cumprimento se vê fundamentado em valores éticos, estimulados através do investimento na formação dos subordinados da empresa, com o fim de que nela impere uma cultura de respeito à legalidade. Irá se buscar, pois, a realização de medidas positivas de controle com o intuito de neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo que favoreçam o surgimento de comportamentos desviados dentro da corporação e o fomento a uma cultura de ilegalidade (SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 100) – algo que poderia se apresentar como um combate à associação diferencial, apresentada por Sutherland (1983), dentro do ambiente corporativo.

Assim, o grande objetivo de um programa de *compliance* pautado por valores deverá ser o de conseguir que as entidades empresariais se mobilizem no intuito de estabelecer uma relação respeitosa com o entorno social em que atuam. Mediante este tipo de organização, o objetivo será o de alcançar um ambiente eticamente adequado nos diversos âmbitos da empresa. As companhias, portanto, buscarão atuar como bons cidadãos corporativos movidos pelo respeito a uma pretensa responsabilidade social com o meio circundante (GARCÍA CAVERO, 2014, p. 16).

Não se pense, todavia, que aqui não se exerceria nenhum tipo de controle sobre as ações dos entes da corporação. Haveria, sim, o exercício do controle, mas a partir de procedimentos muitas vezes já inseridos na própria atividade empresarial, como medidas

⁹⁶ Michel Foucault (2010) obviamente não trata da delinquência empresarial em sua obra *Vigiar e Punir*, mas o seu estudo e análise acerca do Panóptico de Bentham representam, com precisão, a ideia por traz de um programa de *compliance* voltado para o exercício contínuo de vigilância sobre os empregados da corporação.

⁹⁷ Pesquisas empíricas realizadas no campo da criminologia têm apontado a imprestabilidade dos modelos de vigilância e controle para garantir o cumprimento adequado das normativas da empresa por parte de seus funcionários. Na verdade, conforme explica Tom Tyler (2009, p. 204), “such strategies actually encourage people to hide their behavior.”. Em tradução livre: “estas estratégias encorajam as pessoas a esconder os seus comportamentos.”.

contábeis, seleção de provedores e pessoal, controle de fluxo, etc. Em sua essência, pois, esta corrente defende que o controle exercido nos programas de *compliance* deveria se basear nas ideias de reação e prevenção, e não na de vigilância (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 33).

Tal diferença torna-se mais evidente quando se analisa a relação entre controle e liberdade existente em ambas as propostas. Enquanto no sistema de vigilância os instrumentos utilizados devem portar-se como meios de *fishing* – no sentido de “pescar” aleatoriamente informações sobre irregularidades dentro da empresa –, os sistemas de promoção de valores internos almejam a utilização dos meios investigativos de forma reativa e preventiva, funcionando a partir do momento em que se detecta a possibilidade de ocorrência de um ato ilícito, buscando preveni-lo (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 34). Para que isto ocorra, contudo, um programa de *corporate compliance* com base na promoção de valores exigirá uma nova composição dos instrumentos utilizados no âmbito da empresa para combater a ilegalidade.

Esse tipo de proposta, portanto, firmada em valores éticos, pressupõe uma reviravolta no comportamento atual de maior parte das empresas. Ao invés dessas se direcionarem a evitar o risco através de medidas de estímulo à vigilância – em que as ameaças são apenas remediadas e não profilaticamente prevenidas –, as corporações passariam a estabelecer diretrizes em conformidade com códigos éticos de conduta, com o objetivo de cumprir com o sistema normativo vigente, evitando-se, assim, o próprio surgimento de situações de risco. Como consequência, torna-se claro que o cumprimento normativo, nesse tipo de modelo, começa muito antes da ocorrência de uma conduta juridicamente relevante, se direcionando em prol de uma atuação pautada por ideais de prevenção e não de repreensão, em que a criação de um ambiente de respeito à legalidade possui importância maior do que a persecução e punição dos infratores (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 28)⁹⁸.

Um programa de *compliance* pautado por valores éticos, contudo, só poderá funcionar na medida em que se tomem medidas proativas em prol de sua eficácia, pois de que

⁹⁸ A maior efetividade de um modelo de programa de *compliance* pautado por valores éticos encontra respaldo em estudos empíricos realizados no campo da criminologia. Neste sentido, explica Tom Tyler (2009, p. 205) que “Earlier studies in the area of everyday law-related behavior highlight the important role of ethical values in encouraging citizen compliance with the law. It has been shown that people are more likely to comply with laws when they feel that legal authorities are legitimate and ought to be obeyed. The findings noted support this argument and extend it to a different arena – employees and their relationship to the corporations in which they work. Recent corporate scandals have highlighted the importance of an effort to better understand how to motivate employee compliance with corporate codes of conduct.”. Em tradução livre: “Estudos anteriores na área do comportamento cotidiano relacionado com a lei destacam a importante função dos valores éticos no encorajamento do cumprimento das leis pelos cidadãos. Foi demonstrado que as pessoas estão mais inclinadas a cumprir com as leis quando elas sentem que as autoridades legais são legítimas e devem ser obedecidas. Os resultados encontrados concedem suporte ao presente argumento e o estendem para arenas diferentes – empregados e seus relacionamento com as corporações em que trabalham. Escândalos corporativos recentes destacaram a importância do esforço de melhor entender como motivar a conformidade dos empregados com os códigos corporativos de conduta.”.

adianta a organização de um complexo aparato preventivo e reativo se, ao fim, o programa de cumprimento se apresenta como um instrumento meramente formal de controle, sem verdadeira função na prevenção do risco inerente às atividades das empresas? Portanto, para que uma organização em *compliance* possa assumir os valores a que se pretende, faz-se necessário estabelecer quais são os elementos essenciais para a formação desses programas.

4.3 OS PILARES DE UM PROGRAMA DE *CORPORATE COMPLIANCE*⁹⁹.

Para que se possa estabelecer um cumprimento normativo eficaz é necessário o estabelecimento de alguns pilares fundamentais. Esses, contudo, deverão ser determinados de modo generalista, pois os elementos de um programa de *compliance* não serão necessariamente idênticos em todos eles. Deve-se ter em mente que as possíveis similitudes entre esses programas dependem bastante do meio em que estas empresas operam e do seu objeto social. Tal afirmação é facilmente constatável quando se percebe que os riscos que devem ser combatidos por uma empresa química – danos ao meio ambiente, corrupção, sonegação fiscal – serão totalmente díspares daqueles enfrentados por uma entidade bancária – lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, crimes econômicos, etc. –, por exemplo. Esse, inclusive, é um dos argumentos mais fortes em favor da autorregulação regulada, pois, ao encarar a questão sobre esse enfoque, torna-se factível concluir que ninguém melhor do que a própria empresa para estabelecer quais são os riscos inerentes a sua atividade e qual a melhor maneira de enfrentá-los (COCA VILA, 2013, p. 61).

Da mesma forma, o tamanho da empresa exercerá forte influência no desenho de eventual programa de *compliance*. Por óbvio, uma empresa multinacional, com milhares de colaboradores, exigirá o estabelecimento de procedimentos de controle muito mais complexos que pequenas e médias empresas, limitadas tanto a nível territorial quanto a nível pessoal.

O que se pretende explicitar, portanto, é a inexistência de um programa de *compliance* com validade e eficácia geral. É possível, todavia, determinar algumas diretrizes comuns que normalmente podem ser constatadas na maioria desses sistemas preventivos. Isto

⁹⁹As características gerais aqui apresentadas tomam por base, essencialmente, as diretrizes de duas *guidelines*: (i) o *FCPA Guide* (DOJ; SEC, 2012), publicado em conjunto pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pela Comissão de Valores Mobiliários, que detêm a responsabilidade primária pela aplicação das leis de títulos federais e a regulação do setor de valores mobiliários, das ações da nação e opções de câmbio, e de outros mercados de valores eletrônicos nos Estados Unidos; (ii) o Decreto-Lei n.º 8.420/2015, expedido pela Presidência da República, com a função de complementar os regramentos da Lei n.º 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Com estas duas referências, uma nacional e outra internacional, pretende-se suprir eventuais lacunas existentes em um ou outro regramento, concedendo-se uma visão verdadeiramente global das características necessárias a um programa de *corporate compliance*.

posto, pela própria diferenciação entre as características de um programa de cumprimento normativo, tratar-se-á destas de maneira isolada.

4.3.1 Estabelecimento de uma cultura de cumprimento a partir do exemplo que vem de cima (tone from the top).

A primeira característica essencial para o funcionamento efetivo de um programa de *compliance* é que dentro da empresa seja instaurada uma cultura de cumprimento (*Compliance Culture*). É uma condição primordial do *compliance* que todos os membros da companhia, do *CEO* ao faxineiro, adquiram a consciência de que tudo que acontece na empresa deve ser respeitoso para com o ordenamento jurídico, visto que a eficácia de um sistema de cumprimento exige esse desejo generalizado em todos os níveis empresariais (COCA VILA, 2013, p. 56). Desta feita, o fomento de uma cultura de legalidade dentro da empresa se mostra como imprescindível para que os sistemas de cumprimento sejam efetivos (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 25).

Para que este objetivo possa ser alcançado, porém, é preciso um comprometimento forte dos executivos mais graduados da empresa com o estabelecimento de uma postura ética no seio da corporação. Em que pese outros projetos corporativos possam ser implementados sem que os níveis superiores da empresa estejam participando diretamente, essa premissa definitivamente não se aplica ao *compliance*. Se ele não for iniciado pelas camadas mais altas da corporação, estará fadado ao fracasso, pois se os dirigentes não se comprometerem em assumir direta e visivelmente o seu apoio ao programa, uma cultura de cumprimento jamais será instaurada (GIOVANINI, 2014, P. 53).

Neste sentido, na bibliografia sobre o tema o termo para designar esse apoio da direção sobre o programa de *compliance* é justamente o *Tone from the top*, ou, em tradução livre, o exemplo que vem de cima. A referida expressão pode ser definida como o exemplo fixado pelo alto escalão da empresa – com maior destaque para o seu *CEO* – através de suas palavras e, mais especialmente, de suas ações que deverão ser irradiados para o restante da companhia (BIEGELMAN; BIEGELMAN, 2008, p. 25). Em termos práticos, o *Tone from the top* pode ser representado pela participação dos diretores na formação dos empregados, pela comunicação direta de novidades ou modificações, pela sanção de funcionários de elevada hierarquia quando descobertas falhas éticas de sua responsabilidade, enfim, pelo engajamento

efetivo da direção em prol da ética e da legalidade dentro da corporação (NIETO MARTÍN, 2015c, p. 133).

O fomento de uma cultura empresarial de respeito à legalidade, portanto, se mostra como o primeiro fundamento de um programa de *compliance*, sendo necessário, para atingir esse fim, de um suporte direto da direção da empresa tanto ao programa propriamente dito, quanto aos funcionários responsáveis por executá-lo.

4.3.2 A necessária independência do setor de compliance com relação aos demais departamentos da empresa.

Um segundo ponto fundamental na elaboração de um sistema de cumprimento normativo é perceber que a eficácia da função de *compliance* guarda uma estreita relação com o seu nível de independência dentro da organização empresarial (PUYOL MONTERO, 2015, p. 100). Isto porque, os programas de *compliance* devem ser necessariamente inseridos no organograma da empresa em uma posição de autonomia e independência, preferencialmente nos mais altos escalões organizativos, com acesso e comunicação direta com a direção e/ou com o conselho de administração (VARELA, 2014, p. 256). Conforme narra Wagner Giovanini (2014, p. 125), “esse é o único caminho da ética profissional.”. O setor responsável pelo *compliance* não pode sucumbir à hierarquia.

Não existe um modelo universal sobre como conseguir implementar a independência deste setor da empresa. Entretanto, dois modelos específicos são costumeiramente apontados. O primeiro, inspirado em regramentos norte-americanos, exige que o encarregado pela função de cumprimento (*Compliance officer*) passe a pertencer à alta direção da entidade, estreitando-se, assim, as relações entre este funcionário e os diretores da empresa. Este modelo, chamado de modelo de departamento ou de seção de cumprimento, se caracteriza justamente pela inserção do *compliance officer* no núcleo diretivo da empresa, destacando-o hierarquicamente dos demais setores, mas, ainda assim, subordinando-o aos órgãos diretivos da corporação.

Por óbvio, a independência fornecida por este modelo não é absoluta, pois o setor de *compliance* ainda se encontrará submetido aos mandos da direção ou do conselho de administração. Entretanto, esta é uma perspectiva mais pragmática, uma vez que apesar de não estar completamente livre de influências dos setores mais elevados da corporação, o setor de *compliance* possuiria um elevado grau de independência em relação aos demais setores da

empresa. Em empresas de pequeno ou médio porte, em que o controle se encontra nas mãos de alguns poucos indivíduos, talvez seja esta a opção mais realista (NIETO MARTIN, 2015d, p. 194).

Uma outra perspectiva defendida é a do modelo chamado de órgão de cumprimento, onde deve ser criado um órgão ou conselho específico para exercer as funções do programa de cumprimento, devendo este ser plenamente independente, inclusive da direção e/ou do conselho de administração, pois a própria direção deverá estar submetida à supervisão do *compliance*. Em que pese fornecer uma maior independência, este modelo só encontra respaldo prático nas sociedades anônimas de capital aberto, justamente por se tratarem de empresas que possuem milhares de acionistas, dificultando a concentração de poder na mão de poucos indivíduos (NIETO MARTIN, 2015d, p. 195).

Seja qual for o modelo adotado, entretanto, o ponto primordial é o mesmo: um programa de *compliance*, para ser efetivo, precisa de independência. A pessoa ou órgão responsável pelo cumprimento deverá ter autonomia suficiente para conduzir investigações, buscar informações, realizar interrogatórios, etc.. De nada adianta, portanto, a criação de uma série de mecanismos empresariais voltados para a prevenção se, em sua atividade, não existir autonomia.

4.3.3 *Integração com as demais áreas da empresa.*

Em que pese o setor responsável pelo cumprimento normativo da empresa precisar ser independente das demais áreas corporativas, independência não significa isolamento. O *compliance* precisa necessariamente se conectar com as outras frentes de atuação da empresa, seja para regular estas outras áreas ou, de outro modo, para que estas auxiliem o setor na realização de sua atividade de controle.

Nesse contexto, torna-se primordial definir quais serão as responsabilidades de cada um dos departamentos da empresa (recursos humanos, auditoria, jurídico, contabilidade, finanças, vendas, etc.) em relação ao cumprimento normativo, com a finalidade de, assim, ser possível estabelecer uma delimitação dos âmbitos de competência de cada uma destas áreas (GIOVANINI, 2014, p. 377). Uma organização eficaz demanda uma clara distinção dos âmbitos de competência de cada um dos departamentos envolvidos, estabelecendo-se, pois, o liame de suas funções de garantia e o papel funcional de cada um dos indivíduos diante de situações concretas de risco. O objetivo é saber, com clareza, qual departamento corporativo é

competente por cada um dos processos da empresa, evitando-se, assim, a temida dissolução da responsabilidade, comumente verificada nas grandes corporações (COCA VILA, 2013, p. 58).

Estabelecidos os âmbitos de competência, um próximo passo em prol da integração do *compliance* com os demais setores corporativos é o estabelecimento de sistemas internos de comunicação entre os departamentos. Isso porque, se não houver uma comunicação entre os diferentes setores da empresa, dificilmente se concretizará o objetivo de possibilitar à empresa uma gestão eficiente de conhecimentos, dada através da transmissão de informações e deveres de consulta.

Apenas com a integração dos diversos âmbitos de atuação da empresa, pois, torna-se possível que o setor de cumprimento receba todas as informações relevantes acerca dos riscos corporativos e o que os empregados competentes igualmente conheçam dos dados que sejam úteis para sua atividade de contenção (COCA VILA, 2013, p. 59).

4.3.4 Análise, gestão e controle dos riscos.

Outro elemento inerente ao *compliance* é o processo de análise, gestão e controle dos riscos. A fim de organizar uma resposta eficaz e contundente contra os riscos das mais variadas espécies, as empresas necessitam mapear as ameaças a que se encontrem submetidas em virtude de suas atividades. Neste sentido, a análise de riscos realizada no âmbito de um programa de *compliance* se mostra como um elemento básico e imprescindível, pois sem o conhecimento da empresa acerca de sua própria vulnerabilidade, jamais se poderá alcançar um nível efetivo de cumprimento (NIETO MARTÍN, 2015e, p. 153)¹⁰⁰. Assim, torna-se essencial que a função de *compliance* e a gestão dos riscos empresariais estejam integradas, com vistas a conceder a maior efetividade possível no cumprimento normativo da empresa (MILLER, 2014, p. 533).

Um ponto fundamental, porém, é que cada empresa deve realizar essa análise tomando a própria atividade como parâmetro, pois os focos de riscos presentes em uma dada organização irão variar a depender das circunstâncias que venham a influenciar seu âmbito de atuação. Os nichos de risco de uma empresa alimentícia nunca serão os mesmos de uma indústria de extração mineral, por exemplo. Por isso, é primordial que cada corporação se

¹⁰⁰Atualmente, inclusive, já se vê no mundo empresarial organizações que realizam várias cartografias de risco sobre os diversos âmbitos de atuação da empresa, que depois são sintetizadas em uma cartografia de caráter global, envolvendo toda a sua atuação (DAOUD et al, 2011, p. 133).

coloque no epicentro da análise realizada, visto que somente assim poderá tomar medidas mitigadoras efetivas (PUERTAS; CAPILLA, 2015, p. 81)

Para concretizar essa pretensão, o processo de análise, gestão e controle dos riscos é geralmente realizado seguindo as *guidelines* oferecidas por organizações internacionais. O objetivo desta internacionalização das referências na gestão de riscos é precisamente o de uniformizar as medidas empregadas pelas corporações mediante um único procedimento universalmente reconhecido. Nesta seara, duas normativas se destacam mais fortemente: a normativa ISO 31000, elaborada pela *International Organization for Standardization (ISO)* e a *guideline* elaborada pelo *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*, ambas com foco na gestão de riscos.

De acordo com estas normativas, haveriam cinco etapas necessárias para o desenvolvimento correto do referido processo, a saber: (i) *a fixação do objeto (Establishing the Context)*; (ii) *a identificação dos riscos (Risk Identification)*; (iii) *a análise dos riscos (Risk Analysis)*; (iv) *a avaliação do risco (Risk Evaluation)*; e (v) *o tratamento dos riscos (Risk Treatment)*.

Por (i) *fixação do objeto (Establishing the Context)*, se entende a etapa utilizada para determinar o setor da empresa ou a atividade em que se irá proceder à análise dos riscos. Apesar de, em um primeiro momento, ser necessário pensar o programa de *compliance* de uma maneira mais global, quando o foco passa a ser a questão dos riscos é preciso delimitar o objeto tratado, correlacionando-o com áreas específicas da atividade da empresa. Dentro de uma organização complexa, os riscos de um determinado setor da empresa (vendas, licitações, recursos humanos, relações públicas, etc.) não necessariamente irão coincidir com os dos demais. Por isto, ao tratar do risco, é preciso proceder a uma análise de cada um dos setores de atividade da corporação, fixando o objeto sob análise de forma individualizada, um setor por vez (NIETO MARTÍN, 2015e, p. 154).

Estabelecido o contexto, o próximo passo é (ii) *identificar os riscos (Risk Identification)*. O foco, neste momento, é encontrar, reconhecer e descrever os riscos, para assim estabelecer as suas respectivas fontes, causas e potenciais consequências (ESCUADERO, 2015, p. 535). O objetivo desta fase é justamente oferecer um diagnóstico completo sobre a situação de exposição de uma dada empresa, razão pela qual a delimitação deve ser feita de forma bastante abrangente, com vistas a englobar o máximo de possibilidades¹⁰¹.

¹⁰¹Sobre a necessidade de máxima abrangência possível nesta etapa, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*, em um trabalho conjunto com a empresa de auditoria global *Deloitte (COSO; DELOITTE, 2012)* alerta que: “The risk (or event) identification process precedes risk assessment and produces a comprehensive list of risks (and often opportunities as well), organized by risk category (financial,

Concluída esta etapa, a fase subsequente será a de *(iii) analisar os riscos (Risk Analysis)* identificados inicialmente, com o objetivo de compreender a sua natureza. Neste momento, se tentará desenvolver critérios com o fito de permitir a criação de verdadeiras escalas que pautarão a análise posterior sobre esses riscos. Exemplificativamente, é possível desenvolver escalas para mensurar o impacto potencial dos riscos, a probabilidade de sua ocorrência, a vulnerabilidade da empresa quanto a eles, a velocidade de desenvolvimento da situação, etc (ESCUADERO, 2015, p. 535).

Com a criação destes referenciais, é possível levar adiante a seguinte etapa, isto é, *(iv) a avaliação dos riscos (Risk Evaluation)*. Essa fase, em síntese, feita de forma tanto quantitativa quanto qualitativa, consiste na utilização dos critérios de análise estabelecidos no momento anterior para corroborar decisões empresariais em face ao risco. Como já apontado outrora, não se trata de uma tentativa de excluir por completo o risco da atividade empresarial, o que é, inclusive, impossível, mas sim de mitigá-lo a níveis aceitáveis. Para isso, contudo, é imperiosa uma atuação com o objetivo de priorizar, a partir de critérios concretos, quais são os riscos que merecem uma maior atenção por parte da empresa, pois somente assim poderá ela realizar uma verdadeira gestão de riscos¹⁰².

A última fase deste processo, como não poderia ser diferente, é *(v) o tratamento dos riscos (Risk Treatment)*. Uma vez detectada a existência de um risco relevante, a corporação não poderá permanecer inerte, sendo a sua reação, a partir da adoção de medidas de contenção e controle, um ponto essencial da gestão de riscos. Mediante o processo que realizou, a empresa deve capacitar-se para reagir, pois de nada adianta ter consciência da possibilidade de concretização de uma ameaça se medidas para sua minimização não forem elaboradas (COCA VILA, 2013, p. 58).

O objetivo, portanto, do processo de análise, gestão e controle dos riscos é que a empresa deixe de comportar-se de maneira passiva, tomando medidas proativas e efetivas no

operational, strategic, compliance) and sub-category (market, credit, liquidity, etc.) for business units, corporate functions, and capital projects. At this stage, a wide net is cast to understand the universe of risks making up the enterprise's risk profile." Em tradução livre: "O processo de identificação do risco (ou evento) precede a avaliação dos riscos e produz uma lista compreensiva de riscos (e muitas vezes oportunidades também), organizada por categoria de riscos (financeiro, operacional, compliance) e subcategorias (mercado, crédito, liquidez, etc.) para unidades de negócios, funções corporativas e projetos de capital. Neste estágio, uma rede ampla é lançada para entender o universo dos riscos que compõem o perfil de riscos da empresa."

¹⁰² Sobre o tema, adverte Osvaldo Artaza Varela (2014, p. 251) que "por obvio que parezca, no tiene mucho sentido reaccionar igual frente a cualquier riesgo sin considerar en primer lugar su gravedad y la probabilidad de que ocurra. Un riesgo de mínima probabilidad y de un impacto muy bajo no debe ser controlado como uno de mayor probabilidad y de fuerte impacto." Em tradução livre: "por óbvio que pareça, não tem muito sentido reagir de forma igual frente a qualquer risco sem considerar, em primeiro lugar, a sua gravidade e a probabilidade de que ocorra. Um risco de mínima probabilidade e de um impacto muito baixo não deve ser controlado como um de maior probabilidade e de forte impacto."

sentido de mitigar as ameaças a que se vê submetida. Ressalte-se, porém, que este é um procedimento contínuo, de constante correção, aprendizado e aperfeiçoamento, não bastando ser ele realizado uma única vez, mas sim quantas vezes for necessário para que o programa de *compliance* venha a dotar-se de efetividade (BOCK, 2013, p. 114).

4.3.5 *Elaboração de um código de conduta e de políticas de cumprimento.*

A elaboração de um código de conduta – ou código de ética – é outro dos pilares essenciais à criação de um programa de *corporate compliance*. Tal documento, de natureza vinculante, tem a função de estabelecer de forma clara, concisa e acessível a todos os empregados e terceiros contratados (DOJ; SEC, 2012, p. 57) a identidade e os valores corporativos que deverão vigorar no contexto da empresa (COBO, 2015, p. 567).

Em relação ao conteúdo propriamente dito deste documento, deve-se ter em conta o escopo mais generalista de um código de conduta, isto é, ele focará menos na delimitação dos regramentos, referências legais, normas e regulações concretas e mais na explicitação e organização dos valores concretos da corporação (PUERTAS; CAPILLA, 2015, p. 44). O objetivo deste, portanto, é o de funcionar como uma ferramenta para auxiliar os membros da organização empresarial a realizar suas atividades em conformidade com os valores estabelecidos pela empresa como essenciais à sua cultura corporativa (NIETO MARTÍN, 2015e, p. 135).

Entre os pontos que podem ser citados no corpo deste documento, pode-se destacar, exemplificativamente, os seguintes: (i) *princípios e valores corporativos*; (ii) *relações com os empregados*; (iii) *relações com clientes e consumidores*; (iv) *relações com os acionistas e investidores*; (v) *relações com o meio ambiente*; (vi) *relações com a sociedade (responsabilidade social corporativa)*; (vii) *imagem e reputação corporativa*; (viii) *regime disciplinar*; (ix) *procedimentos de denúncia de irregularidades*, etc. (COBO; 2015, p. 569)¹⁰³.

O código de conduta, porém, por ser um documento de caráter mais geral, não terá a finalidade de traçar, em detalhes, todas as pautas e orientações sobre os diversos problemas

¹⁰³ Conforme leciona Paula Hernández Cobo (2015, p. 567), a elaboração de um código de conduta possui uma conexão intrínseca com a fase anteriormente narrada de análise, gestão e controle dos riscos. Isso porque “para optimizar su utilidad, resulta recomendable que su contenido haga hincapié en los riesgos normativos identificados en la fase de diagnóstico, mediante la conversión de éstos en principios, pautas de conducta, artículos o cualquier otra articulación dependiendo de la estructura de la que se decida dotar al mismo.”. Em tradução livre: “para otimizar sua utilidade, resulta recomendável que seu conteúdo enfatize os riscos normativos identificados na fase de diagnóstico, mediante a conversão destes em princípios, pautas de conduta, artigos ou qualquer outra articulação dependendo da estrutura que se decida dotar o mesmo.”.

e pontos de interesse havidos no âmbito da corporação. Por isso, o normal é que estes códigos de conduta sejam complementados por políticas empresariais mais pontuais, que – tomando por base as determinações mais gerais do código – tenham o objetivo de regular de forma mais individualizada as diversas áreas e atividades da empresa.

Dentre as políticas possíveis de serem desenvolvidas, pode-se mencionar as seguintes: (i) *proteção de dados pessoais*; (ii) *proteção dos trabalhadores*; (iii) *práticas anticorrupção*; (iv) *práticas antitruste*; (v) *práticas anti-lavagem de dinheiro*; (vi) *protocolos de contratação de terceiros*; (vii) *procedimentos sobre a concessão de presentes e hospitalidade*; (viii) *regras sobre doações políticas e patrocínios*, etc. (NIETO MARTÍN, 2015e, p. 141).

A elaboração do código de conduta corporativo e das políticas empresariais, portanto, é mais uma etapa essencial na criação de um programa de cumprimento normativo, funcionando como verdadeiro ponto de partida para a criação de diversos outros mecanismos de controle.

4.3.6 Criação de um canal de denúncias.

Um primeiro mecanismo de controle passível de criação no contexto de um programa de cumprimento é o chamado canal de denúncias – ou sistema de *whistleblowing*, como mais comumente denominado em países anglo-saxões. A implementação deste gênero de sistemas internos de denúncia foi primeiramente capitaneada por empresas norte-americanas e teve seu momento de maior difusão a partir da entrada em vigor da *Sarbanes-Oxley Act*, legislação federal estadunidense, no ano de 2002. O referido corpo normativo, cujo nascedouro em muito se relaciona com enormes escândalos corporativos de empresas como Enron e WorldCom, obrigou a todas as empresas – americanas ou não – cotizadas no mercado de ações americano a dotarem-se de um sistema interno de informação que permitisse a chegada de denúncias ao comitê de auditoria da companhia (VALLÈS, 2013, p. 164).

Essa disseminação inicial dos canais de denúncia no meio empresarial foi ainda mais fomentada a partir da publicação, em 2004, da *United States Sentencing Guidelines*, extrapolando, a partir daí, a limitação a questões puramente contábeis. Isto porque este documento, responsável por estabelecer as diretrizes para que os magistrados federais americanos definam a pena a ser aplicada para pessoas físicas e jurídicas, inclui a possibilidade de atenuação das sanções penais eventualmente aplicadas em virtude da

implementação, dentro da empresa, de um canal de denúncias interno, em que informações das mais diversas irregularidades possam chegar ao conhecimento dos seus escalões superiores (GARCÍA MORENO, 2015, p. 210).

Um canal de denúncias, em síntese, é o mecanismo interno estabelecido no contexto de uma organização que permite aos seus próprios funcionários e a terceiros com quem a empresa mantenha relações comerciais (*Whistleblowers*)¹⁰⁴ a possibilidade de comunicar, de maneira confidencial – ou excepcionalmente de forma anônima¹⁰⁵ –, a existência de irregularidades, atos indevidos e comportamentos contrários à legislação pertinente à atuação empresarial e/ou ao seu próprio código de conduta, que possam vir a gerar riscos de natureza cível, administrativa, laboral ou penal para a corporação (MORILLAS, 2015, p. 614).

Dentro da organização empresarial, tal mecanismo exercerá uma dupla função, uma de caráter *(i) reativo* e outra de cunho *(ii) preventivo*. O caráter *(i) reativo* se justifica porque o referido sistema permite que a empresa, ante a chegada ao seu conhecimento da perpetração de determinados comportamentos contrários às normativas tanto internas quanto externas à corporação, reaja de maneira adequada contra os atos já praticados. Por outro lado, o canal de denúncias também pode ajudar a inibir o comportamento ilícito em sede da empresa, por aumentar a probabilidade de descoberta da conduta irregular, assumindo, assim, esse viés *(ii) preventivo* (MORILLAS, 2015, p. 614).

Um sistema nesses moldes, além do necessário apoio da direção (*Tone from the top*), precisa, para sua implementação, de medidas proativas. De início, é preciso criar o meio mediante o qual os *whistleblowers* irão levar suas denúncias ao conhecimento de seus

¹⁰⁴ Na definição dada por Geoffrey Miller (2014, p. 271), o termo *whistleblower* “refers to a person who, without being required to do so, reports on misconduct within an organization.”. Em tradução livre: “refere-se à pessoa que, sem ser requerida a fazê-lo, reporta uma falha de conduta dentro da organização.”.

¹⁰⁵ Existe uma discussão muito rica na doutrina acerca da admissibilidade ou não de denúncias anônimas no seio de um canal de denúncias empresariais. Isso porque, desde uma perspectiva puramente de eficácia, parece ser mais interessante aceitar toda e qualquer denúncia, anônima ou não, dentro do referido canal, pois assim aumentariam as possibilidades de descoberta de uma eventual irregularidade. Entretanto, ainda que, numa primeira análise, a probabilidade de descoberta possa ser maior mediante a aceitação do anonimato, tal perspectiva não se encontra livre de efeitos perversos, tais quais o aumento na quantidade de falsas imputações. Por isso, uma sugestão comumente feita em matéria de *compliance* é que o canal de denúncias funcione não sob o paradigma do anonimato, mas sim a partir da ideia de confidencialidade, isto é, de identificação do denunciante perante as instâncias de controle, sob a garantia de que sua identidade não será, sob nenhuma hipótese, revelada a terceiros. Desta maneira, seria possível conceder uma maior credibilidade às denúncias, visto que dificilmente alguém iria fazer uma falsa imputação se a empresa soubesse a sua identidade. Entretanto, posturas radicais devem ser evitadas. Em que pese ser, de fato, mais recomendável o estímulo à confidencialidade, a empresa não pode simplesmente ignorar as denúncias feitas de forma anônima, pois isso poderia implicar em um sério risco futuro. O ideal, neste sentido, seria igualmente proceder à investigação destas denúncias anônimas, mas sob um controle mais rígido de admissibilidade, isto é, exigindo que as denúncias anônimas venham corroboradas por elementos significativos de provas de materialidade (VALLÈS, 2013, p. 181).

superiores. Neste sentido, é possível a criação de canais de comunicação sob as mais diversas formas, como por exemplo uma conta de *e-mail*, uma caixa postal, uma linha telefônica (*hotline*), um sistema *online* na página da empresa na rede mundial de computadores, etc. O importante, neste momento, é criar uma porta de entrada para as denúncias, ficando a escolha do melhor meio à critério da empresa (VALLÈS, 2013, p. 187).

A simples criação do canal de denúncias, entretanto, não garante a sua utilização por parte de seu público alvo, isto é, funcionários, colaboradores e clientes da empresa. Por conta disso, é necessário que haja tanto uma divulgação massiva por parte dos diretores da empresa, levando ao conhecimento dos potenciais *whistleblowers* a existência de um canal apropriado para a realização de denúncias, quanto que o sistema criado seja acessível, podendo ser facilmente utilizado por qualquer indivíduo (MORILLAS, 2015, p. 616).

Por fim, a empresa necessitará tanto (i) estimular o uso de seu canal de denúncias, no caso de descoberta de alguma irregularidade, quanto (ii) proteger os eventuais denunciantes, garantindo que nenhuma repercussão negativa recaia sobre esses indivíduos. O estímulo, que pode ser feito por diversas formas, inclusive financeira¹⁰⁶, tem a finalidade de conseguir fazer com que os *whistleblowers* se utilizem dos canais empresariais, e não estatais, para denunciar as irregularidades a que venham tomar conhecimento. O objetivo é que seja a própria empresa e não agentes exógenos a esta – na figura de policiais, procuradores, magistrados, etc. – os primeiros a serem informados sobre tais práticas, permitindo-se, assim, uma maior gestão de riscos. Por outro lado, na medida em que uma empresa abre um sistema de denúncias internas, é sua obrigação garantir a proteção dos eventuais denunciantes, seja por fatores éticos ou por interesses individuais, pois é bem difícil imaginar que um funcionário da empresa irá denunciar o seu superior direto, por exemplo, se tiver receio de uma represália, seja esta do ofensor ou da direção corporativa (VALLÈS, 2006, p. 03).

¹⁰⁶A concessão de estímulos de caráter financeiro aos *whistleblowers*, com a finalidade de estimulá-los a denunciar, é uma questão muito controversa. Por um lado, se os denunciantes vislumbrassem um potencial ganho financeiro, o sistema poderia ganhar em eficácia, pois mais indivíduos poderiam recorrer a este canal com vistas ao benefício pecuniário. De outro, porém, existe o prejuízo a nível de ambiente empresarial, visto que com o estímulo financeiro à delação dos colegas é possível criar-se um ambiente negativo de vigilância entre os funcionários da corporação, em que a todo momento estar-se-ia buscando irregularidades com a finalidade de obtenção de uma vantagem pecuniária. A concessão de benefícios por parte da empresa aos *whistleblowers*, portanto, não parece ser um caminho adequado para estimular o uso do canal de denúncias. Outra questão, porém, é a possibilidade do Estado oferecer vantagens pecuniárias aos denunciantes, situação existente desde de 1863 nos Estados Unidos, a partir de publicação do *False Claims Act*, e recentemente reforçado, em 2010, pelo *Dodd-Frank Act*. Tal legislação chega ao ponto de conceder ao *whistleblower* uma vantagem financeira em valor que variará entre 10% e 30% sobre a multa porventura aplicada com base na informação reportada. Em que pese ser contestável, existem menos restrições a essa modalidade de estímulo feita pelo Estado do que aquela feita pela empresa, pois, no fim das contas, o interesse do Estado é justamente o de descobrir condutas ilícitas, pouco importando o meio utilizado para estimular a denúncia da informação (VALLÈS, 2014, p. 462).

Com a chegada de uma denúncia com um mínimo de embasamento, porém, deverá o setor de cumprimento normativo da empresa garantir a realização de diligências para averiguar a veracidade ou não das acusações. Comprovada a denúncia, o(s) ofensor(es) deverá(ão) ser necessariamente sancionado(s). Se a conclusão for negativa, isto é, se não tiver sido comprovada a existência de um ato ilícito, deverá o referido setor arquivar a denúncia. O *whistleblower*, entretanto, não deverá, via geral, ser punido em caso de não confirmação de sua denúncia, sendo eventuais sanções a estes indivíduos apenas realizadas em caso de comprovação de que sua denúncia foi realizada de má-fé, com o intuito claro de prejudicar outro(s) funcionário(s) da empresa¹⁰⁷.

4.3.7 Aplicação de controles de auditoria em matéria contábil.

Além dos canais de denúncias, outro mecanismo de controle muito utilizado no âmbito dos programas de *compliance* é a realização periódica de auditorias sobre a contabilidade da empresa. Muitas das irregularidades que podem vir a ocorrer no âmbito corporativo podem não ser detectadas pela mera observação comportamental dos diversos funcionários. Afinal, crimes como o de corrupção ou de lavagem de dinheiro, por exemplo, são costumeiramente praticados de forma camuflada, longe da observação dos demais indivíduos da corporação.

Por isto, no sentido de aumentar a abrangência dos controles realizados no ambiente corporativo, é bastante indicada a realização periódica (trimestral, semestral, anual, etc.) de auditorias sobre a contabilidade da empresa, focadas especificamente na detecção de possíveis movimentações contábeis fraudulentas, que, por alguma razão, possam expor a empresa a riscos (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 45).

Nesse sentido, busca-se, mediante as auditorias contábeis, detectar a ocorrência, por exemplo, de operações simuladas, de transações injustificadas, de indícios contábeis de violação das políticas anticorrupção, de movimentações financeiras suspeitas, etc. A finalidade, neste momento, é dotar a empresa de um mecanismo adicional de controle, que

¹⁰⁷ Neste mesmo sentido, destaca Beatriz García Moreno (2015, p 224) que “independientemente del estándar que finalmente se elija, resulta esencial que los empleados conozcan las consecuencias derivadas de la presentación de denuncias falsas, a sabiendas de que lo son. Las denuncias de mala fe deben ser objeto de sanción disciplinaria en la empresa y así debe constar tanto en el reglamento interno de *whistleblowing* así como en cualquier documento o publicidad relativa al canal.”. Em tradução livre: “independientemente do *standard* que finalmente se escolha, resulta essencial que os empregados conheçam as consequências derivadas da apresentação de denúncias falsas, sabendo que elas assim o são. As denúncias de má-fé devem ser objeto de sanção disciplinar na empresa e assim deve constar tanto no regramento interno do *whistleblowing* assim como em qualquer documento ou publicidade relativa ao canal.”.

possa detectar irregularidades imperceptíveis, ou pelo menos de difícil percepção, aos canais de denúncias internas da corporação.

4.3.8 Comunicação e treinamento dos integrantes da empresa em matéria de compliance.

Com o desenvolvimento adequado de todas as etapas prévias anteriormente narradas, surge uma necessidade básica: comunicar a todos os membros da empresa sobre a implementação do programa de *compliance* na corporação e, posteriormente, treiná-los para que possam atuar conforme as diretrizes estabelecidas pela direção da empresa. Isto porque todo programa de *compliance* precisa da adesão da totalidade dos membros corporativos, caso aspire obter êxito em sua proposta de fazer com que estes passem a atuar eticamente no desempenho de suas atividades.

Os planos de formação cumprem duas funções fundamentais: uma (i) *educativa* e outra (ii) *cultural*. O papel (i) *educativo* da formação dos funcionários corresponde à tarefa de ensiná-los a forma ética de atuar em cada atividade profissional que possam vir a desempenhar dentro da corporação. Já a função (ii) *cultural* se relaciona com o processo de convencimento dos membros da empresa sobre importância que o programa de cumprimento irá desempenhar na atuação corporativa (PUERTAS; CAPILLA, 2015, p. 71).

Para cumprir com estes dois objetivos, porém, a comunicação e o treinamento dos membros da empresa precisam ser pensados estrategicamente. Não podem os responsáveis pela elaboração do planejamento desta fase simplesmente se limitarem a descrever a existência de um programa de cumprimento dentro da empresa. Pelo contrário, estes deverão buscar que toda a equipe tome consciência e se sensibilize da necessidade de atuar conforme as normas éticas (internas) e legais (externas), interiorizando esta pretensão empresarial de cumprimento normativo em cada um dos indivíduos que dela faça parte.

Neste viés, um primeiro ponto importante é pensar a formação a partir da matriz de riscos desenvolvida pela empresa. Não adianta formar os funcionários em práticas anti-lavagem de dinheiro se, em um momento prévio, não tiver sido identificado este ato ilícito como um risco potencial para a corporação. A formação precisa ser feita de forma especializada, pensada para a companhia em específico, não de forma abstrata ou genérica (NIETO MARTÍN, 2015e, p. 162).

Outro fator fundamental é variar tanto a comunicação quanto o treinamento a depender de seu público-alvo. Primeiro porque a formação direcionada aos altos executivos da empresa, por exemplo, não poderá ser a mesma destinada aos funcionários de baixo escalão, pois a função desempenhada pelos primeiros variará significativamente daquela exercida pelos segundos. Não é recomendável, pois, fazer treinamentos ou comunicações uniformes para todos os membros da empresa, mas sim individualizá-los a depender da atuação propriamente dita do empregado. Em segundo lugar, ainda que os indivíduos possam estar em posições hierárquicas equivalentes dentro da empresa, os setores em que desenvolvem suas atividades pode ser completamente distinto, devendo, igualmente, variar a sua formação em razão da atuação setorial do empregado. Um membro do setor contábil da empresa, por exemplo, estará exposto a riscos totalmente distintos de outro que exerça suas funções no departamento de recursos humanos. Por estas razões, o público-alvo precisará necessariamente ser levado em consideração quando da formação dos membros da empresa (MILLER, 2014, p. 181).

Em termos práticos, esse processo pode ser realizado de diversas formas, mas o mais importante é não se perder de vista a atuação prática. Não se pretende, com isso, dizer que noções mais abstratas não tenham sua importância na formação dos empregados, mas sim apontar que um processo com viés mais pautado pela prática cotidiana da empresa tende a colher resultados mais expressivos¹⁰⁸. Neste sentido, podem ser desenvolvidas atividades como: palestras, criação de vídeos, elaboração de manuais e cartilhas, envio de comunicados eletrônicos e em papel, desenvolvimento de cartazes, etc. O importante, em suma, é fazer com que os membros da empresa absorvam estes novos conhecimentos, passando a atuar conforme as pretensões da empresa em matéria de cumprimento normativo.

Por fim, é preciso salientar que o processo de formação é igualmente importante como elemento de prova em eventual caso de judicialização da empresa pela perpetração de alguma atividade ilícita em seu seio. Nestas hipóteses, para comprovar que a empresa realmente estava empenhada em obter um cumprimento devido da legalidade por parte de seus membros, todo o material desenvolvido nesta fase poderá ser de grande auxílio. O intuito, por óbvio, será o de reduzir ou excluir uma eventual sanção judicial em face ao

¹⁰⁸ Corroborando o ora exposto, Leandro Martínez Puertas e Purificación Pujol Capilla (2015, p. 73) apontam que “Consultando a distintas empresas multinacionales y punteras en los programas de formación, coinciden, en afirmar, que las formaciones más efectivas son aquellas ‘prácticas’ en las que se plantean a los empleados una serie de situaciones en las que pueden verse involucrados y se les pregunta cuál creen que es la forma correcta de reaccionar.”. Em tradução livre: “A partir da consulta a diversas multinacionais e a empresas líderes em programas de treinamento, estas coincidem em afirmar que as formações mais efetivas são aquelas ‘práticas’, onde se apresenta aos empregados uma série de situações em que estes possam se ver envolvidos e os perguntam qual creem ser a forma correta de reagir.”.

cometimento de irregularidades por algum de seus membros, sob o argumento claro de que este(s) funcionário(s) agiu(ram) em contrariedade com as instruções recebidas da direção da empresa, indo de encontro com a cultura empresarial ali estabelecida, merecendo, pois, a empresa, uma exclusão de sua responsabilidade ou, alternativamente, uma reprimenda de menor significação.

4.3.9 Realização de investigações internas em caso de potencial irregularidade.

Há hipóteses, entretanto, que mesmo havendo a empresa desenvolvido códigos de conduta e políticas específicas, treinado e comunicado os seus funcionários sobre a existência e os objetivos do programa de *compliance*, bem como estabelecido uma cultura de cumprimento adequada, ainda assim será detectada pelos canais de controle a existência de uma potencial irregularidade às normativas fixadas. Nestes casos, surge a necessidade reativa de se realizar uma investigação interna em sede da empresa, com a finalidade de descobrir em detalhes os eventuais responsáveis pela infração, os métodos utilizados para praticá-la e a dimensão do problema^{109 110}.

Com o fim de alcançar resultados satisfatórios, a realização de uma investigação interna a nível empresarial terá que idealmente obedecer a determinadas etapas de desenvolvimento. Neste sentido, costumeiramente são delineadas quatro fases distintas: (i) *fase preliminar*; (ii) *abertura da investigação*; (iii) *instrução*; (iv) *fase conclusiva*.

O conhecimento acerca de uma potencial irregularidade pode vir de diversas fontes, tanto internas à empresa – canal de denúncias, auditorias contábeis, etc. – quanto

¹⁰⁹ É preciso salientar, de início, que as investigações internas não necessariamente versarão sobre ilícitos de natureza penal, até mesmo porque os programas de *compliance*, conforme já afirmado em momento anterior, não possuem como escopo único e exclusivo coibir os comportamentos criminalmente relevantes. Pelo contrário, estes mecanismos de controle empresarial são elaborados de forma a combater desvios de natureza administrativa, ética, civil, etc. Neste sentido, Albert Estrada i Cuadras e Mariona Llobet Anglí (2013, p. 201) afirmam que em razão de seu objeto, as investigações internas podem versar sobre (i) ilícitos penais; (ii) ilícitos extrapenais (administrativos, trabalhistas, proteção de dados, antitruste, concorrência desleal, propriedade intelectual, etc.); (iii) ilícitos sobre descumprimentos contratuais.

¹¹⁰ Temporalmente, as investigações internas podem ocorrer tanto antes da descoberta da irregularidade pelas autoridades públicas, como em momento posterior, diferenciando-se entre investigações pré-judiciais e para-judiciais. As investigações pré-judiciais são aquelas conduzidas pela empresa quando existem meros indícios da comissão de uma irregularidade em seu seio, não possuindo as autoridades judiciais, pois, qualquer conhecimento sobre estes fatos. A grande vantagem desta modalidade de investigação interna é permitir à empresa um conhecimento prévio sobre os fatos, possibilitando a esta uma maior gestão sobre os riscos a que esteja acometida. Por outro lado, as investigações para-judiciais são aquelas que ocorrem concomitantemente às investigações estatais, normalmente derivadas do conhecimento público de uma determinada ilicitude em seu seio. Este gênero de procedimento terá a finalidade de elucidar todas as nuances da irregularidade havida, servindo, igualmente, para eventualmente reduzir o *quantum* de pena estabelecido para a pessoa jurídica em virtude da sua colaboração com as autoridades públicas (PABLO MONTIEL, 2014, p. 498).

externas a esta, caso de eventuais delações, divulgação na imprensa, etc. Para iniciar uma investigação, entretanto, não basta a mera informação sobre a irregularidade, devendo existir, pelo menos, indícios mínimos de verossimilhança nos relatos apresentados. Isto porque, reagir perante toda e qualquer denúncia, mesmo inexistindo qualquer evidência sobre a perpetração de um ato ilícito, nem sequer um relato factível, mostra-se inviável financeiramente, pois as investigações geram diversos custos que deverão ser arcados pela empresa, não sendo a esta interessante atuar diante de toda e qualquer suspeita de irregularidade. Neste sentido, a *(i) fase preliminar* da investigação servirá justamente para estes fins, isto é, delinear o grau de verossimilhança de uma eventual suspeita de irregularidade, devendo a empresa atuar de forma a verificar se existem indícios mínimos para determinar o início de um procedimento investigatório interno (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 235)¹¹¹.

Constatada a existência de indícios mínimos durante a fase preliminar, caberá à empresa decidir positivamente ou não pela *(ii) abertura da investigação*. Desde logo, é preciso ressaltar que a iniciativa de realizar uma investigação interna não é automática, mas sim discricionária, isto é, diante da existência de indícios de cometimento de uma suposta irregularidade, caberá à empresa, através de seus órgãos diretivos – ou, quando as suspeitas recaírem sobre algum dos diretores, ao *compliance officer* –, determinar ou não a instauração do referido procedimento investigativo (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 236).

Para corroborar sua decisão, porém, a empresa poderá se valer, geralmente, de indicadores específicos, como é o caso, por exemplo, do tamanho do possível dano – pecuniário e de imagem – que pode ser derivado para a empresa em virtude da irregularidade, do prejuízo ocasionado pela infração, quando for ela a vítima da ilicitude, da probabilidade de descoberta do ato ilícito, enfim, de inúmeros fatores de distintas espécies. É de se ressaltar, entretanto, que em uma empresa cujo programa de *compliance* seja pautado por valores éticos, a discricionariedade se torna bem mais reduzida, pois, havendo uma suspeita razoável, deve-se realizar uma investigação, não só para descobrir eventuais falhas no sistema

¹¹¹ No entender de Adán Nieto Martín (2015f, p. 236), o grau de suspeita necessário para iniciar um procedimento investigativo dentro de uma corporação deve ser significativamente mais baixo que aquele necessário, por exemplo, para que uma autoridade estatal inicie uma investigação criminal. Isto porque “Precisamente una de las funciones de las investigaciones internas es incentivar a las empresas que averigüen hechos en circunstancias en las cuales el Estado aún no se encuentra legitimado para abrir una investigación, al no existir una sospecha razonable. Esta diferencia se explica igualmente porque las investigaciones internas se fundamentan en el poder de dirección del empresario, ámbito al que no tiene sentido trasladar los límites que marcan el ejercicio del *ius puniendi*.”. Em tradução livre: “Precisamente uma das funções das investigações internas é a incentivar as empresas a averiguar fatos em circunstâncias nas quais o Estado ainda não se encontra legitimado para abrir uma investigação, ao não existir uma suspeita razoável. Esta diferença se explica igualmente porque as investigações internas se fundamentam no poder de direção do empresário, âmbito ao qual não tem sentido trasladar os limites que marcam o exercício do *ius puniendi*.”.

implementado, como para garantir que comportamentos irregulares possam ser descobertos e, posteriormente, punidos, reforçando-se, pois, a eficácia do programa (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 237).

Estabelecido positivamente que a investigação interna irá, sim, acontecer, surge a dúvida sobre quem deverá ser o responsável por conduzir o procedimento, se alguém interno à empresa – como, por exemplo, os próprios responsáveis pelo programa de cumprimento, ou o seu setor jurídico – ou se, pelo contrário, deve ser contratado um agente exógeno à corporação para liderar a empreitada.

Um fator inicial que deve ser levado em consideração pela direção corporativa quanto a este problema é a possibilidade ou não de judicialização da eventual irregularidade. Isto porque, quando já houver um processo judicial em tramitação para averiguar a infração ou, por outro lado, quando houver boas chances de havê-lo, é bastante indicado que a investigação seja conduzida pelo eventual responsável pela defesa corporativa em sede judicial, ou ao menos em firme parceria com este profissional, pois a prova porventura produzida internamente poderá ser determinante para o deslinde da questão judicial, seja à título de absolvição ou, alternativamente, de redução do *quantum* da pena fixada (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 239).

Da mesma forma, é preciso que seja levado em consideração a questão do sigilo profissional. Para as empresas, é primordial que o responsável por conduzir a investigação tenha garantido perante as instâncias jurisdicionais o seu sigilo profissional, pois, em caso de ocorrência de eventual medida de busca e apreensão, por exemplo, os produtos das investigações internas estariam protegidos, especialmente quando as provas produzidas sejam acauteladas sob a tutela de um profissional que goze desta garantia. Não por acaso, é bastante recomendável que estes procedimentos sejam conduzidos por advogados, pois além do conhecimento jurídico, de extrema utilidade nestas situações, tal profissional tem, ainda, o seu sigilo profissional garantido, não sendo obrigado a prestar esclarecimentos à Justiça, nem tampouco a entregar o material derivado da investigação interna para as autoridades.

Por último, deve ser levado em consideração o grau de imparcialidade do profissional condutor da investigação. Por mais que possam ser absolutamente imparciais, muitas vezes os profissionais internos podem estar envolvidos, fática ou emocionalmente, com os diversos alvos da investigação, sendo, portanto, recomendável, nestas hipóteses, a contratação de um agente externo à empresa para conduzir o feito. Em síntese, não há nenhuma regra pré-estabelecida sobre a questão, devendo esta ser elucidada caso a caso, a depender das circunstâncias individuais da situação.

De outra forma, ainda em sede da abertura da investigação, é preciso conceder tanto um mandato para o responsável por conduzir o procedimento, outorgando-lhe poderes de atuação, quanto o estabelecimento de um plano efetivo de investigação, cujo escopo será o de esmiuçar em detalhes o tempo de duração previsto para a investigação, a lista de pessoas que vai ser entrevistada, os documentos a que se irá conceder acesso, etc. Isto porque, tão importante quanto investigar é tornar este procedimento legítimo, com vistas a proteger a proporcionalidade das medidas porventura empregadas, o limite da atuação do investigador, bem como o escopo de sua investigação (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 240).

Ademais, com vistas a melhor controlar as repercussões das investigações, desde sua abertura é importante estabelecer quem serão as pessoas que participarão do núcleo da investigação, isto é, quais profissionais – internos e/ou externos – terão conhecimento do desenrolar dos fatos. Isto porque é preciso ter bastante atenção com relação à confidencialidade da investigação, devendo a informação ser comunicada apenas àquelas pessoas que realmente precisam tomar conhecimento (*need to know*), minimizando-se, assim, os riscos de vazamentos e de prejuízos sobre a imagem dos investigados (MOOSMAYER, 2013, p. 141).

Diante da abertura da investigação, a fase posterior é a (iii) *instrução* propriamente dita do procedimento, onde se buscará colher provas suficientes para comprovar ou não a suspeita inicial, bem como delimitar quem são os envolvidos e qual o dano produzido. Para isto, a empresa poderá recorrer a meios tanto internos – caixa de entrada do *e-mail* profissional, histórico de navegação e arquivos do computador profissional, histórico de chamadas do ramal empresarial, etc. – quanto externos – buscas na rede mundial de computadores, informações de agências creditícias, imprensa, cartórios, etc.

É preciso salientar, porém, que existe uma linha bastante tênue entre os possíveis meios utilizados para coletar provas e informações sobre o caso concreto e a proteção do direito à intimidade dos funcionários da empresa. Justamente por esta razão, durante os procedimentos realizados com a finalidade de montar o acervo fático-probatório da investigação é sempre preciso atentar para eventuais violações ao direito de intimidade, até mesmo para não invalidar o posterior uso das provas porventura produzidas em sede judicial. Neste sentido, veja-se que não se nega a possibilidade ao empresário de acessar os diversos instrumentos de trabalho dos funcionários da empresa, como, por exemplo, o correio eletrônico profissional dos trabalhadores, dos dados contidos em seus computadores laborais, quando de propriedade da corporação. Entretanto, é preciso que esteja bem claro dentro da corporação que sobre estes materiais não existe uma expectativa de privacidade/intimidade,

por se tratarem de bens da empresa e não pessoais. O acesso, por outro lado, de dispositivos eminentemente pessoais deve ser cabalmente vedado (PABLO MONTIEL, 2013, p. 234).

Ainda que relativizado o direito à intimidade, porém, não deve o responsável pela investigação violá-lo sem antes realizar um juízo de proporcionalidade sobre a medida¹¹². Quando desnecessária for a informação contida nestes meios para o sucesso da investigação, não se deverá proceder ao seu acesso, ainda que porventura ao investigador seja possível acedê-los (CUADRAS; ANGLÍ, 2013, p. 205).

Além da colheita de dados, é permitida aos investigadores a realização de entrevistas tanto com eventuais testemunhas do caso quanto com os possíveis suspeitos¹¹³. Este momento se mostra, provavelmente, como um dos mais cruciais da investigação, pois é nele que se terá um contato direto com os potenciais envolvidos, sendo possível perceber

¹¹² O juízo de proporcionalidade que vier a ser desenvolvido sobre o caso deverá observar três dimensões distintas, a saber: (i) *adequação*; (ii) *necessidade*; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*. Neste sentido, Albert Estrada i Cuadras e Mariona Llobet Anglí (2013, p. 205), destacam que “En primer lugar, debe observarse si la medida restrictiva que se pretende emplear es susceptible de conseguir el objeto propuesto (juicio de idoneidad), en el sentido de no usa medios restrictivos de DDF de los trabajadores que no consigan la tutela del interés empresarial pretendido. En segundo lugar, debe cuestionarse si la medida empleada es absolutamente necesaria e imprescindible, es decir, si existen otras eventuales limitaciones más moderadas que aseguren, con idéntica eficacia, el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral (juicio de necesidad). Y, en tercer lugar, debe valorarse si la medida empresarial restrictiva es ponderada, en el sentido de que se deriven de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).” Em tradução livre: “Em primeiro lugar, deve observar-se se a medida restritiva que se pretende empregar é suscetível de conseguir o objeto proposto (juízo de idoneidade), no sentido de não usar meios restritivos de direitos fundamentais dos trabalhadores que não consigam a tutela do interesse empresarial pretendido. Em segundo lugar, deve questionar-se se a medida empregada é absolutamente necessária e imprescindível, isto é, se existem outras eventuais limitações mais moderadas que assegurem, com idêntica eficácia, o correto desenvolvimento da atividade laboral (juízo de necessidade). E, em terceiro lugar, deve se valorar se a medida empresarial restritiva é ponderada, no sentido de que se deriverem dela mais vantagens para o interesse geral que prejuízos sobre outros bens em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido estrito).”

¹¹³ Um ponto muito interessante sobre as entrevistas, em especial a dos potenciais suspeitos, é se existe ou não um compromisso em dizer a verdade durante este momento, partindo do pressuposto que o direito de não produzir provas contra si mesmo é uma garantia constitucional do acusado, ao menos em sede judicial. A questão, portanto, é saber se este princípio (*nemo tenetur se ipsum accusare*) deve ser estendido também às investigações internas. De forma objetiva, como estes procedimentos empresariais não são nem estatais, nem tampouco possuem natureza repressiva, sendo regidos por regras de direito privado, não parece razoável permitir ao empregado da corporação uma liberdade de declaração, pois ele possui um dever legal, oriundo do contrato de trabalho, de informar o seu empregador sempre que assim exigido (PABLO MONTIEL, 2014, p. 513). Ressalte-se que, aqui, não se está afirmando que o empregado não pode se negar a cooperar com as investigações. Ele pode. Entretanto, ao negar-se a prestar as informações solicitadas, o funcionário estará descumprindo com o seu contrato de trabalho e, por consequência, poderá ser sancionado disciplinarmente, inclusive com pena de demissão (*talk or walk*) (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 252). De outra forma, à empresa é possibilitado, também, criar programas de anistia, como forma de estimular a cooperação dos investigados, sob o argumento de que se ajudarem a esclarecer os fatos, a sanção disciplinar poderá ser atenuada. (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 254) Questão distinta, porém, é relativa ao uso de eventuais confissões, por exemplo, em caso de cooperação com as autoridades públicas. Isto porque, quando a informação adquirida nas investigações internas vier a ser utilizada como prova em um processo penal, o princípio acima referido precisa ser observado. Disto resulta que, em caso de eventual cooperação, as provas que tiverem sido produzidas em contrariedade com o princípio da não-autoincriminação jamais poderão ser fornecidas às autoridades, a menos que haja uma expressa autorização do acusado (PABLO MONTIEL, 2014, p. 514).

determinadas situações ou adquirir certos conhecimentos que seriam impossíveis de ser obtidos mediante a análise meramente documental (GIOVANINI, 2014, p. 253).

Por fim, é preciso ressaltar que mesmo em uma investigação interna, o direito de defesa dos potenciais envolvidos precisará ser garantido. Em um programa de cumprimento com ênfase nos valores éticos, é inaceitável realizar uma investigação de caráter eminentemente kafkiano, isto é, um procedimento em que se impossibilite ao suspeito o conhecimento sobre as acusações que lhe são direcionadas, bem como sobre as provas porventura produzidas. Ao acusado deve ser garantido o direito de ser informado com clareza sobre os fatos a ele imputados, de revisar as provas já produzidas, de anexar, ele mesmo, novas provas que possam comprovar sua inocência, de contar com um advogado¹¹⁴, etc. Tudo isto com a finalidade de respeitar, durante as investigações, o princípio do devido processo, que deve ser igualmente observado nestes procedimentos (NIETO MARTÍN, 2015f, p. 257).

Ao término da instrução, proceder-se-á à *(iv) fase conclusiva* da investigação. Neste momento, o investigador deverá produzir um informe final, em que deverá ser descrito todo o procedimento realizado, explicitados os meios utilizados para a obtenção da prova e apresentadas as conclusões dos investigadores. Este documento, portanto, marca o fim da investigação interna, devendo ser posteriormente entregue ao comitê disciplinar responsável por avaliar a sanção cabível no caso concreto.

4.3.10 *Elaboração e aplicação de um código disciplinar.*

Finda a investigação interna e constatada a ocorrência de uma infração, a empresa precisará reagir, punindo disciplinarmente os envolvidos. Afinal, de nada adianta criar todo um aparato preventivo se, na hipótese de descoberta de alguma irregularidade, nenhuma sanção for aplicada aos responsáveis.

Não é recomendável, entretanto, que as sanções sejam aplicadas de forma discricionária. Para conferir maior legitimidade tanto à sanção quanto à política de *compliance* da empresa, o ideal é que na fase de implementação do programa de cumprimento

¹¹⁴ Deve-se lembrar que muitas vezes existirão conflitos de interesse entre a empresa e seus empregados. Desta forma, é razoável permitir, nestas hipóteses, que o investigado contrate um advogado independente, de maneira a garantir que os seus direitos sejam integralmente respeitados. Ademais, possibilitar a contratação de um advogado independente ao potencial suspeito é uma forma de dar uma maior legitimidade ao procedimento investigativo como um todo, evitando-se, pois, a posterior anulação das provas porventura produzidas neste momento (SAHAN, 2013, p. 257).

seja elaborado um código sancionatório, o qual estabeleça em seu corpo, da maneira mais ampla possível, as infrações passíveis de punição, bem como as sanções aplicáveis em cada caso. Se estabeleceria, assim, uma espécie de princípio da legalidade à nível corporativo, concedendo uma maior previsibilidade às eventuais decisões empresariais sancionatórias em caso de descumprimento de sua normativa.

Ademais, ao elaborar o código disciplinar da empresa, é importante levar em consideração a questão da proporcionalidade das sanções porventura aplicadas. É preciso haver uma gradação, diferenciando a punição correspondente às infrações de nível leve daquelas graves ou gravíssimas (BLUMBERG; GARCÍA MORENO, 2014, p. 288). O ideal, nesse contexto, é que exista uma política disciplinar inspirada nos valores éticos do código de conduta da empresa, possibilitando sanções tanto de cunho preventivo quanto de caráter reeducador (NIETO MARTIN, 2015e, p. 152), variando, a punição, desde a repreensão formal até a demissão por justa causa com comunicação das irregularidades às autoridades competentes (BOCK, 2013, p. 120).

Por fim, é aconselhável que a decisão punitiva não seja tomada monocraticamente, por apenas um representante sênior da empresa, mas sim por um órgão colegiado isento, formado por diretores que não tenham participado diretamente da investigação interna, com a finalidade de apurar as informações obtidas nesse procedimento investigativo e estabelecer, de maneira justa e coerente, a sanção a ser cominada no caso concreto (GIOVANINI, 2014, p. 267).

4.3.11 *Due dilligence.*

Em matéria de *compliance*, *due dilligence*, ou devida diligência, é o procedimento de investigação prévia que deve ser empregado pelas empresas para averiguar sobre a existência de riscos potenciais quando da contratação de um parceiro comercial e da potencial fusão ou aquisição de outra empresa. A sensibilidade do problema reside no fato de que quando uma empresa em particular se encontra diante de qualquer uma destas duas hipóteses, seja o estabelecimento de uma parceria, ou então nos processos de fusão ou aquisição com outra corporação, podem existir diversos riscos não visualizáveis *a priori* que poderiam vir até mesmo, se conhecidos fossem, a inviabilizar o negócio.

Por isto, é primordial que dentro de um sistema de *compliance* sejam estabelecidas diretrizes para lidar com situações do gênero, desta vez não mais focadas nos

riscos internos da própria corporação, mas, ao contrário, nos potenciais riscos externos trazidos pelas demais empresas com que venha a estabelecer relações. Neste contexto, as potenciais medidas de controle a serem estabelecidas diante das duas situações narradas precisam ser tratadas de forma individualizada.

Em relação ao estabelecimento de parcerias comerciais com terceiras partes¹¹⁵, o processo de devida diligência é composto por três fases distintas: (i) *pré-contratual*, (ii) *contratual* e (iii) *pós-contratual*.

A fase (i) *pré-contratual* figura como a verdadeira essência do procedimento de *due diligence*. Neste momento, buscar-se-á o máximo de informações possíveis sobre a terceira parte envolvida na potencial parceria, com o objetivo de avaliar os riscos que ela pode trazer. Uma primeira prática possível, nesse contexto, é a de realizar buscas de dados em locais acessíveis ao grande público, como a *internet*, registros públicos, câmaras de comércio, clientes, associações empresariais, listas negras de organizações governamentais, etc. Outra possibilidade muito utilizada é a de solicitar o preenchimento de relatórios por parte dos potenciais parceiros contendo uma série de questionamentos sobre as práticas existentes em sua atividade comercial, isto é, como o parceiro realiza os seus negócios e de que forma reforça a legalidade em sua atuação. Em síntese, a finalidade neste primeiro momento é conhecer ao máximo, a partir das informações disponibilizadas, o parceiro com o qual se está contratando antes mesmo da assinatura de um eventual contrato. (NIETO MARTÍN, 2015g, p. 362).

A informação coletada nesta fase possibilita identificar os fatores de riscos – também chamados de sinais de alarme (*red flags*) – relacionados ao potencial parceiro comercial, ou seja, onde, na atuação da terceira parte, há uma maior exposição a situações potencialmente lesivas para a empresa. Apenas exemplificativamente, pode-se listar os seguintes sinais de alarme: (i) *ausência de um programa de cumprimento implementado*; (ii) *ter sido o parceiro indicado ou imposto por um funcionário público*; (iii) *solicitação de pagamentos em contas suspeitas*; (iv) *dubiedades no contrato social*; (v) *solicitação de pagamentos em espécie*, etc. (GIOVANINI, 2014, p. 165).

¹¹⁵ Na definição de Adán Nieto Martín (2015g, p. 357), o conceito de terceiras partes atende a duas situações distintas: “En primer lugar, la persona física o jurídica que representa a la empresa o va a actuar ante la administración pública o, en la corrupción privada, ante las personas que en otra empresa tienen que tomar una decisión comercial en un proceso de adquisición de bienes o servicios. En segundo lugar, dentro del concepto de terceras partes también deben incluirse la persona física o jurídica con la que va a existir una asociación (*joint venture*) para realizar un determinado negocio.”. Em tradução livre: “Em primeiro lugar, a pessoa física ou jurídica que representa a empresa ou vai atuar ante a administração pública e, na corrupção privada, ante as pessoas que em outra empresa têm que tomar uma decisão comercial em um processo de aquisição de bens ou serviços. Em segundo lugar, dentro do conceito de terceiras partes também deve se incluir a pessoa física ou jurídica com a qual vai existir uma associação (*joint venture*) para realizar um determinado negócio.”.

Realizada a coleta de informações prévias, pode-se proceder à fase (ii) *contratual*, onde o procedimento de *due dilligence* também deverá se fazer presente. O objetivo, neste segundo momento, é o de estabelecer cláusulas contratuais que possam proteger a empresa da eventual descoberta de potenciais irregularidades na atuação do parceiro após o início da empreitada conjunta, possibilitando tanto a realização de auditorias e investigações na empresa parceira quanto uma saída jurídica adequada, sob a forma de uma rescisão ou suspensão contratual (NIETO MARTÍN, 2015g, p. 364).

Por fim, uma terceira etapa da devida diligência quanto aos parceiros comerciais se dá na fase (iii) *pós-contratual*. Após assinado o contrato, torna-se obrigatório o acompanhamento adequado das atividades do parceiro comercial, mediante a observação de suas atitudes, requisições, etc. (NIETO MARTÍN, 2015g, p. 365) Ademais, acaso previsto contratualmente, é igualmente possível a realização de auditorias e investigações internas, caso alguma suspeita de irregularidade venha a emergir (GIOVANINI, 2014, p. 163).

Já em relação à devida diligência necessária nos casos de potencial fusão ou aquisição de uma outra empresa, as questões fundamentais são distintas. As fusões e aquisições (*M&A*), nos tempos atuais, se converteram em um dos principais métodos empresariais utilizados na tentativa de expandir os negócios (PUERTAS; CAPILLA, 2015, p. 113). Isto porque, em um ambiente corporativo dinâmico e desafiador, muitas vezes as empresas optam por, ao invés de concorrerem entre si, unir esforços em busca de uma maior participação em seus mercados de atuação específicos (*market share*), com o objetivo óbvio de maximização de lucros.

Ocorre que, conforme alerta Wagner Giovanini (2014, p. 166), “em transações dessa natureza, surgem riscos de *compliance* que precisam ser avaliados antes da concretização das negociações.”. Isto porque, caso se comprove que a empresa a ser comprada ou fundida tenha cometido desvios no passado, isso poderá inclusive alterar o montante da eventual negociação, pelas potenciais perdas de valor por danos de imagem, multas, impedimentos, etc (NIETO MARTÍN, 2015h, p. 101).

Deste modo, o procedimento de devida diligência é igualmente fundamental nos processos de fusão ou aquisição de empresa, pois dentro do cenário corporativo atual a relevância de informações deste tipo pode alterar significativamente a decisão a ser tomada, inclusive no sentido de extinguir o potencial negócio, quando os riscos forem demasiado altos.

O que se evidencia, em síntese, é que as empresas não podem mais permanecer passivas diante dos riscos de *compliance* trazidos por terceiras partes, seja no âmbito do

firmamento de parcerias, seja na realização de uma fusão ou aquisição. A “cegueira” deliberada (*willful blindness*) para os sinais de alerta emitidos em ambas as situações pode trazer consequências nefastas para a empresa, não podendo esta, pois, ignorar procedimentos básicos de verificação no sentido de minimizar ao máximo o potencial lesivo dos riscos atrelados a negócios desta natureza.

4.3.12 Auditoria, revisão e monitoramento periódico do sistema de cumprimento.

Por fim, deve-se compreender que, em matéria de *compliance*, ainda que seja importante a detecção e posterior sanção do infrator, o mais importante é a função preventiva exercida pelo programa como um todo. Desta feita, os programas de cumprimento normativo precisam ser periodicamente avaliados, com o intuito de averiguar se estão ou não cumprindo de forma eficaz com os seus objetivos (VARELA, 2014, p. 258). Os programas de *compliance*, pois, precisam estar sempre adaptados à realidade corporativa vigente, sob o risco de, se assim não estiverem, possuírem um caráter meramente cosmético.

Nesse sentido, a realização de auditorias periódicas sobre o programa de cumprimento se mostra como uma ferramenta de grande utilidade em termos práticos, pois nelas tentar-se-á identificar potenciais falhas sistêmicas previamente à ocorrência de qualquer irregularidade, atuando para corrigi-las, evitando-se, assim, eventuais sanções em decorrência de uma organização defeituosa do programa¹¹⁶.

Há hipóteses, porém, que nem mesmo estas auditorias serão capazes de identificar eventuais falhas nos procedimentos preventivos da corporação, vindo a infração a de fato ocorrer, apesar de todos os mecanismos instalados. Ressalte-se, porém, que isto não é algo ruim em absoluto. Por óbvio uma situação tal além de não pretendida, é potencialmente lesiva para a corporação. Existe, entretanto, um lado positivo, relacionado com o fator educativo da infração. Isto porque, com a perpetração de uma irregularidade, a empresa poderá aprimorar o seu programa de *compliance* a partir de sua própria experiência, com base no *know-how* adquirido a partir das tentativas e erros percebidos durante o processo de construção do

¹¹⁶ Em relação às auditorias internas de verificação da eficácia do programa de cumprimento – e aqui não se refere às auditorias internas da modalidade contábil –, Wagner Giovanini (2014, p. 94) estabelece uma divisão em quatro partes: (i) *auditoria de adequação*, com objetivo de verificar se os procedimentos criados são suficientes para mitigar os riscos detectados pela análise de riscos da empresa; (ii) *auditoria de conformidade*, com foco na verificação da conformidade de todas as evidências geradas com as especificações e procedimentos; (iii) *auditoria de eficácia dos processos e controles*, onde se averiguará se a prática de *compliance* corresponde ao descrito nos procedimentos, realizando uma confrontação entre teoria e prática; e (iv) *auditoria de maturidade*, onde os auditores tentarão estabelecer o nível de conhecimento da organização sobre os novos processos de controle.

referido programa (GÓMEZ JARA-DÍEZ, 2012b, p. 190). A empresa deve aprender com seus próprios equívocos e, posteriormente, internalizar o conhecimento adquirido para que a falha eventualmente cometida não se repita no futuro (GIOVANINI, 2014, P. 99).

Em conclusão, é preciso ter sempre em mente que a implementação de um programa de *compliance* efetivo não é um processo com uma data de conclusão. Pelo contrário, a criação de mecanismos de cumprimento normativo exigirá um comprometimento amplo da organização com a legalidade e com a ética, devendo as práticas de *compliance* passar a integrar o novo *modus operandi* da corporação, em um processo de caráter contínuo, com vistas a estimular o respeito às regras vigentes. Somente assim uma empresa poderá realmente afirmar que atua de acordo com os mais elevados *standards* de *compliance* em sua operação.

Pois bem. Conforme amplamente exposto no presente momento, toda organização em *compliance* precisa de diretrizes adequadas para efetivamente poder conter a concretização dos riscos no seio da empresa. Por consequência, a gestão de risco realizada por essas corporações consistirá, essencialmente, no estabelecimento de procedimentos e medidas efetivas para se auto-organizarem e, posteriormente, se autorregularem, minimizando a possibilidade de ocorrência de irregularidades sob sua supervisão.

Entretanto, os programas de cumprimento normativo, apesar das inúmeras vantagens que podem oferecer à corporação, estão longe de ser uma unanimidade. Existem, efetivamente, diversos problemas inerentes à sua aplicação que levantam dúvidas pertinentes acerca da eficácia real do *compliance* como um mecanismo adequado para realizar o devido controle no âmbito empresarial.

Isso posto, resta evidente que tão importante quanto analisar os fundamentos desses programas de cumprimento é tratar dos diversos problemas inerentes a esse instituto, delimitando as diversas objeções apontadas contra a sua adoção indiscriminada, bem como apontar as eventuais soluções encontradas para eles, tudo isso em prol de melhor estabelecer como se poderia obter uma verdadeira função preventiva destes.

4.4. PROBLEMAS INERENTES À EFICÁCIA NOS PROGRAMAS DE CORPORATE COMPLIANCE: EM BUSCA DE UMA FUNÇÃO PREVENTIVA.

Conforme já aludido, um programa de cumprimento pautado pela observância à legalidade e aos direitos fundamentais só terá sentido na medida em que previna a atividade ilícita dentro da corporação. De nada adianta a construção de todo um aparato preventivo se,

no fim das contas, os riscos não são reduzidos. Para que efetivamente ocorra esta prevenção, o programa de *compliance* deverá ser desenvolvido e operacionalizado de uma forma eficaz. Tal pretensão, contudo, encara, hoje, dois grandes desafios que necessitam ser bem compreendidos: a (i) *insegurança jurídica* e o problema da (ii) *cosmética*.

O primeiro dos problemas relacionados ao *compliance* é o da (i) *insegurança jurídica*. Essa questão se reflete principalmente naqueles países que, assim como o Brasil, já inseriram em sua legislação a figura do exercício do devido controle pelas empresas, sem dar, contudo, uma adequada delimitação sobre qual será o nível de exigência utilizado para julgar a eficácia ou ineficácia do programa (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 23).

Essa insegurança jurídica, ademais, repercute diretamente no trabalho dos magistrados, visto que recai sobre eles o encargo de dar soluções a situações concretas sobre as quais não existe uma delimitação precisa para apoiar o seu posicionamento. Far-se-ia necessário, pois, delegar uma função de criação jurídica aos julgadores, sem que, na maior parte das vezes, eles sequer possuam um conhecimento aprofundado sobre o tema (ROMERO, 2013, p. 214). Por consequência, as empresas terminam tendo que exercer a sua atividade diante de uma situação flagrante de incerteza normativa, tornando-se de certa forma reféns de um ambiente regulatório cada vez mais complexo, mas que não concede parâmetros específicos para respaldar a sua autorregulação (CASAS; FEIJOO, 2011, p. 39).

Apresenta-se, portanto, uma situação anômala, em que apesar das boas intenções das empresas, nem elas sabem exatamente como obter a eficácia pretendida pela lei, nem o judiciário é capaz de determinar precisamente quais os critérios que devem ser tomados como referência para valorar se o programa de *compliance* é ou não efetivo. E pior, ainda quando a lei estabelece critérios, eles são simplesmente apontados pela legislação, sem que haja, porém, uma delimitação sobre o seu conteúdo intrínseco (FRANCO; SCHEMMEL; BLUMBERG, 2013, p. 157).

Desta feita, para as empresas, a insegurança jurídica oriunda do ambiente normativo em que se encontra inserida, e aqui inclui-se o Brasil, é talvez um dos maiores empecilhos no sentido de estimular o desenvolvimento destes sistemas em sua atuação. Afinal, de que adianta cumprir todos os requisitos porventura apontados pela legislação se, posteriormente, em sede judicial, não existe qualquer garantia de que a empresa não será punida ou, se sancionada for, ao menos que terá uma redução considerável da sanção aplicada em virtude de seus esforços.

Se a questão da insegurança jurídica é o grande o argumento contrário utilizado pelas empresas para criticar os programas de *compliance*, a maior objeção apresentada pelas

autoridades estatais quanto ao tema se relaciona ao problema da (ii) *cosmética*. Essa crítica se fundamenta no sentido de que pelo simples fato de uma empresa possuir um programa de cumprimento normativo, ela não estaria necessariamente demonstrando que realmente apresenta uma vontade de se conformar à legislação (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 22). Nesse sentido, os programas de cumprimento poderiam muito bem funcionar apenas como uma maquiagem – daí o termo *cosmética* – para que a empresa mostre ao mundo exterior que se porta de acordo com os ditames legais, sem que internamente o faça.

A consequência disso é que os administradores da empresa poderiam passar a adotar o *compliance* como se fosse um seguro contra a sua eventual responsabilização, seja ela penal cível ou administrativa, uma vez que acaso uma irregularidade viesse a ser produzida no âmbito da corporação, os diretores da pessoa jurídica prontamente apontariam para a existência de um programa de cumprimento na empresa a fim de se eximir da responsabilidade oriunda do ato ilícito perpetrado. Em suma, os órgãos diretivos tentariam convencer os órgãos investigativos estatais e o judiciário de que se utilizaram de todos os meios disponíveis para evitar a ocorrência do delito, quando, na realidade, nada – ou pouco – fizeram (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 22).

A crítica, portanto, é contundente no sentido de que as empresas, com todo o poderio financeiro que detém, poderiam muito bem se utilizar dos programas de cumprimento para se portarem como verdadeiros “leões em pele de cordeiro”, o que termina por colocar em cheque a credibilidade desses programas perante os juízes, o ministério público e a opinião pública, gerando uma sensação de desconfiança perante os programas de *compliance* (NIETO MARTÍN, 2012b, p. 125).

Os dois problemas abordados, todavia, não podem representar, de forma alguma, uma estagnação no desenvolvimento desses complexos sistemas de cumprimento normativo. Tais críticas devem ser levadas em consideração não como prova de que o *compliance* não serve para coisa alguma, mas como uma diretriz para onde esse deverá rumar caso pretenda ter sua eficácia devidamente reconhecida. A doutrina que trata do tema aponta diversas soluções para cada um dos problemas narrados, demonstrando a importância que o *compliance* exerce nesse cenário da autorregulação regulada. É fundamental, pois, que se pretenda a sua constante melhora, sempre com o objetivo de incrementar a sua função preventiva.

As soluções apresentadas para cada um desses problemas ensejam uma análise individualizada. Deve-se levar em conta, todavia, que os métodos empregados para solucionar estas questões devem ser desenvolvidos de forma integrada, pois de nada adianta, por

exemplo, conceder maior segurança jurídica para as empresas se estas, em contrapartida, se utilizarem desse benefício apenas para incrementar o caráter cosmético de seus programas de cumprimento.

Isso posto, tem-se que em relação à questão da insegurança jurídica a solução se encontra em tentar conceder uma maior taxatividade aos contornos que envolvem o estudo do tema. Uma das primeiras soluções apresentadas para conceder uma maior segurança jurídica para os programas de *compliance* seria as certificações de padrões de qualidade (normas ISO, UNE, DIN, etc.) (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 25). Tais títulos seriam concedidos por empresas especializadas em *compliance* como forma de atestar, mediante uma detalhada análise do sistema de controle vigente, que dentro de uma corporação específica foram adotados e implementados instrumentos eficazes de prevenção, contemplando todos os requisitos esperados de um programa de cumprimento (ACUÑA, 2013, p. 147).

A concessão de certificações, portanto, traria o benefício de possibilitar uma maior segurança para as empresas, ao permitir que estas possuam uma certificação de reconhecimento internacional no sentido de que seus programas de *compliance* foram devidamente implementados e que sua operação atende aos diversos *standards* internacionais sobre a matéria, garantindo-se, enfim, que a empresa realmente leva o programa de cumprimento a sério (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 25).

As certificações, contudo, necessitam ser empregadas com cautela, não se apresentando como soluções mágicas para o problema, pois da mesma maneira que elas poderiam ser utilizadas para solucionar a questão da insegurança jurídica, poderiam também ser utilizadas como instrumentos para incrementar a cosmética do cumprimento normativo da empresa, funcionando como espécies de “bulas papais”.

Nesse aspecto, as certificações compartilhariam com as bulas papais, primeiramente, o caráter de ser um bem de mercado, ou seja, bem suscetível de compra apenas a partir de um determinado preço, o que terminaria por beneficiar apenas aquelas empresas com renda suficiente para arcar com tal despesa, algo que é bastante criticável sob a ótica do princípio da igualdade e da moralidade. Além disso, as certificações teriam, assim como as bulas, a pretensão de garantir a entrada do comprador no paraíso, ou seja, serviriam como uma presunção *juris et de jure* (de direito e por direito) para o afastamento ou atenuação da responsabilidade penal, administrativa e civil das empresas em caso de ocorrência de uma irregularidade (ACUÑA, 2013, p. 151).

Ainda pior, porém, é que a partir do momento que estas certificações passassem a ser a regra, elas poderiam vir a funcionar como uma espécie de habilitação para a atuação da

pessoa jurídica em sociedade. Num futuro próximo, seria possível imaginar, por exemplo, que a posse de uma certificação figure como um requisito para a contratação com o poder público, para a concessão de empréstimo por uma instituição financeira, entre diversos outros casos. O receio, portanto, é que se termine utilizando as certificações como pressuposto da idoneidade da corporação, desvirtuando, assim, esses títulos do fim pretendido (ACUÑA, 2013, p. 152).

Não se pode, todavia, desprezar os benefícios trazidos pelas certificações, afirmando-se categoricamente sua imprestabilidade para solucionar a questão da segurança jurídica. O ponto chave está em integrar o sistema de concessão de certificados de qualidade com uma rigorosa elaboração legislativa com o intuito de positivar a forma e o conteúdo mínimo que os programas de *compliance* devem apresentar para conceder efeitos exoneratórios sobre a responsabilidade da pessoa jurídica envolvida (CASAS; FEIJOO, 2011, p. 40).

Afinal, é importante lembrar que está se falando de um panorama de autorregulação regulada, e não de uma autorregulação pura, isto é, não cabe apenas às empresas realizarem uma regulação autônoma de sua atividade de forma discricionária, mas também ao Estado, em uma atuação conjunta com a pessoa jurídica em prol da legalidade. Nesse sentido, seria imperioso que o Estado fornecesse os parâmetros mínimos para pautar o desenvolvimento da atividade autorregulatória empresarial. Cientes dessa necessidade, alguns países já realizaram tentativas no sentido de estabelecer diretrizes para que as pessoas jurídicas possam melhor regular sua atividade, como é o caso da Itália¹¹⁷, Estados Unidos¹¹⁸ e

¹¹⁷ Conforme expõem Ismael Casas e Manuel Álvarez Feijoo (2011, p. 40): “El Decreto Legislativo italiano n. 231 de 8 de junio de 2001 regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas derivada de la comisión en su seno de ilícitos penales. En su artículo 6 establece el alcance, efectos y requisitos mínimos de los planes de prevención de delitos, de tal forma que la entidad resultará eximida de responsabilidad si es capaz de acreditar que había adoptado tales planes de forma efectiva antes de la comisión del hecho, que había designado un órgano competente para su control y supervisión y que los autores actuaron vulnerando dicho sistema de prevención. Ese mismo artículo 6 establece los requisitos mínimos del sistema de prevención de delitos para poder desplegar efectos exoneratorios”. Em tradução livre: “O Decreto Legislativo italiano n. 231 de 8 de junho de 2001 regula a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas derivada da comissão em seu seio de ilícitos penais. Em seu artigo 6 estabelece o alcance, efeitos e requisitos mínimos dos planos de prevenção de delitos, de tal forma que a entidade resultará eximida de responsabilidade se for possível de acreditar que ela havia adotado tais planos de forma efetiva antes da comissão do feito, que havia designado um órgão competente para seu controle e supervisão e que os autores atuaram vulnerando dito sistema de prevenção. Esse mesmo artigo 6 estabelece os requisitos mínimos do sistema de prevenção de delitos para poder conceder efeitos exoneratórios.”

¹¹⁸ Nas palavras de Ismael Casas e Manuel Álvarez Feijoo (2011, p. 40): “El Capítulo 8 del United States Sentencing Commission Guidelines Manual (USSG) establece los criterios de enjuiciamiento criminal de las organizaciones/personas jurídicas ante los tribunales federales de los Estados Unidos. Según estos criterios, la implantación con carácter previo al delito de un programa efectivo de ética y cumplimiento destinado a la prevención de ilícitos penales («effective compliance and ethics program») permitirá al juez federal reducir significativamente la sanción o incluso exonerar a la entidad. La sección 8B2.1 del USSG establece los requisitos básicos del programa de ética y cumplimiento”. Em tradução livre: “O Capítulo 8 do *United States Sentencing Commission Guidelines Manual (USSG)* estabelece os critérios de ajuizamento criminal das

até mesmo do Brasil¹¹⁹. Apesar de passíveis de críticas, especialmente quanto à superficialidade das normativas, tais regramentos são bastante úteis no sentido de conceder uma maior segurança jurídica às empresas que operam nesses territórios, fixando uma diretriz mínima para a elaboração do *compliance* pelas corporações.

Por fim, destaque-se, ainda, a importância fundamental que possuem os advogados para assegurar uma maior segurança jurídica aos programas de cumprimento. Tal profissional teria, dentro desses programas, funções de aconselhamento e orientação, de análise dos riscos de diversas naturezas, de solucionar os problemas jurídicos porventura produzidos, de operar a tradução do *compliance* como instrumento de defesa e, por fim, de auxiliar na reação da empresa perante a constatação de uma irregularidade dentro de suas atividades (FRANCO; SCHEMEL; BLUMBERG, 2013, p. 158).

A atuação conjunta, portanto, entre Estado e corporação, unida à solução apresentada pelas certificações e à atuação de competentes profissionais da área jurídica, parece ser uma boa maneira de erradicar a insegurança jurídica relativa aos programas de *corporate compliance*, ou de, no mínimo, reduzi-la consideravelmente. Além disso, estas medidas trariam ainda como benefício o fato de auxiliarem no trabalho dos magistrados que vierem a se deparar com situações do gênero, dispensando, assim, a realização de um exercício exclusivo de criação jurídica sem qualquer embasamento legal por parte do poder judiciário, o que termina por também beneficiar as empresas.

Quanto à questão da cosmética, a chave estaria na independência do setor responsável pelo cumprimento normativo em relação aos órgãos de administração da empresa. Ora, se a credibilidade do *compliance* se vê abalada justamente em razão da deturpação da finalidade desses programas pelos órgãos diretivos da empresa, criando falsos bons cidadãos corporativos, nada mais sensato do que afirmar que a solução para esse problema se encontraria precisamente em reforçar os aparatos de controle que não dependam da direção da companhia (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 24). O objetivo é, portanto, conseguir manter a eficácia dos elementos do programa de *compliance* ainda que os órgãos superiores da empresa não estejam dispostos a obedecer às normativas (SIEBER, 2013, p. 101), o que pode ser feito de diversos modos.

organizações/pessoas jurídicas ante os tribunais federais dos Estados Unidos. Segundo estes critérios, a implantação com caráter prévio ao delito de um programa efetivo de ética e cumprimento destinado à prevenção de ilícitos penais («*effective compliance and ethics program*») permitirá ao juiz federal reduzir significativamente a sanção ou inclusive exonerar a entidade. A seção 8B2.1 do USSG estabelece os requisitos básicos do programa de ética e cumprimento.”

¹¹⁹No caso brasileiro, a normativa responsável por estabelecer as diretrizes para o desenvolvimento dos programas de *compliance* foram apresentadas através do Decreto-Lei n°. 8.420/2015, expedido pela Presidência da República.

Uma primeira maneira de afastar o controle dos órgãos administrativos sobre o *compliance* seria terceirizar alguns de seus elementos, como, por exemplo, os canais de denúncia ou as investigações internas. A realização desses procedimentos por pessoas independentes e autônomas em relação à empresa assegurará uma maior credibilidade ao programa de cumprimento. De modo análogo, a realização de operações sistemáticas de auditoria interna e externa do programa de *compliance* também pode figurar como uma forma de conceder maior credibilidade ao programa. Deve-se atentar, contudo, para a manutenção da independência dos auditores, proibindo-se, por exemplo, a escolha deles pelos responsáveis pela administração da empresa (NIETO MARTÍN, 2012b, p. 126).

Outra possibilidade seria a aproximação das autoridades administrativas e judiciais com o fito de melhorar o *design* do programa de cumprimento, no sentido de cooperar na implementação destes sistemas e/ou providenciar aconselhamentos e pareceres para as empresas interessadas. Para isto, seria possível a criação de cargos como o *compliance monitor*, na figura de uma pessoa externa apontada pelo juiz ou pelo ministério público, cuja função seria a de monitorar e regular o andamento do cumprimento normativo pela companhia (NIETO MARTÍN, 2012b, p. 126).

Por fim, uma última proposta para consolidar uma posição de maior independência dos programas de *compliance* seria a de integrar os chamados *stakeholders* – entendidos como os indivíduos ou setores sociais afetados pela atividade da empresa (trabalhadores da empresa, organizações de defesa do consumidor e do meio ambiente, ONGs etc.) – nos processos de redação dos códigos éticos e na elaboração das outras políticas da corporação, evitando-se que elas sejam um mero reflexo dos interesses daqueles indivíduos que dirigem a companhia. (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 35).

A ideia é que uma maior participação na elaboração de regramentos e políticas empresariais se traduzirá em uma maior legitimidade desses elementos, aumentando, igualmente, a eficiência e a credibilidade do sistema de controle em operação. Assim, um aumento da legitimidade dos programas de *compliance* se apresenta como a chave para evitar o seu uso cosmético (NIETO MARTÍN, 2012b, p. 126). Essa é, inclusive, a base do conceito de *stakeholder democracy*, ou democracia das partes interessadas (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 36).

Em suma, a conclusão que se aporta é a de que para aumentar a eficácia dos programas de *compliance*, reduzindo a níveis mínimos o seu efeito cosmético e a sua insegurança jurídica, medidas incisivas devem ser tomadas pelas empresas e pelo Estado no sentido de combater os problemas ora apresentados. A inércia de qualquer das partes no

enfrentamento dessas situações levará a uma inexorável redução da confiança que a doutrina, o judiciário e os empreendedores hoje depositam em tais sistemas, pondo em cheque a sua utilização como um instrumento efetivo na prevenção no futuro.

Assim, uma vez analisada a relevância dos programas de cumprimento normativo, a partir da delimitação de seu desenvolvimento, de seus modelos, de seus fundamentos e, também, de seus problemas, é necessário apontar que a implementação de um sistema de *compliance* dentro da empresa irá, necessariamente, gerar uma série de questões jurídicas da mais alta relevância.

Especialmente em relação ao direito penal, os programas de cumprimento – ou de *criminal compliance*, como costumam ser denominados o conjunto de mecanismos voltados especificamente para a prevenção delitiva dentro da empresa – trazem diversas repercussões a ser tratadas no âmbito tanto da criminologia quanto da dogmática penal e processual penal.

De início, veja-se que o objetivo principal dos programas de cumprimento normativo é o de assegurar o respeito à legalidade dentro da empresa a partir da prevenção, descobrimento e sanção de condutas contrárias às normas vigentes, dentre as quais se incluem, também, as de cunho penal. Por esta razão, o *compliance* se comunica fortemente com a criminologia, na medida em que esta ciência tem por objetivo justamente o estudar as causas que desencadeiam o crime, bem como os fatores que levam a sua prevenção. Assim, teorias elaboradas neste campo de pesquisa, como é o caso da associação diferencial, da escolha racional, da oportunidade, da neutralização, entre outras, podem ser bastante úteis no sentido de fornecer novas estratégias para o desenvolvimento de mecanismos de prevenção e controle da criminalidade empresarial (NIETO MARTÍN, 2015h, p. 50).

Da mesma forma, os programas de *compliance* possuem uma forte repercussão no direito processual penal. Na medida em que uma empresa passa a atuar no sentido de produzir evidências sobre o cometimento de um delito em seu seio, em receber denúncias, em negociar, a partir da descoberta de irregularidades, acordos de colaboração – individuais, na figura de delações premiadas, ou coletivos, mediante os acordos de leniência –, todos estes fatos irão repercutir fortemente em um momento posterior, isto é, na eventual ação penal originada pelos fatos descobertos dentro da empresa.

Por fim, no âmbito do direito penal propriamente dito, também será possível visualizar uma série de interferências oriundas dos programas de *compliance*. Questões como a responsabilidade penal dos administradores, do *compliance officer*, dos funcionários, dos deveres de garantia existentes nesta nova dinâmica empresarial, das possibilidades de delegação, serão todas observadas sob uma outra ótica. Entretanto, provavelmente o terreno

mais propício dentro do direito penal para que o *compliance* germine com força é o da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois a dinâmica fornecida pela autorregulação própria das empresas mediante a implementação de programas efetivos de *compliance* trazem um novo fôlego sobre esta já antiga discussão. Isto porque, os mecanismos corporativos de cumprimento normativo têm o potencial de se converter nas futuras bases de modelos teóricos que finalmente concedam uma verdadeira autonomia à responsabilidade penal das pessoas jurídicas em relação àquela das pessoas físicas (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 14). Por esta razão, a análise das repercussões dos programas de *compliance* sobre a responsabilidade penal corporativa será extensamente analisada a seguir.

5 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO SÉCULO XXI: EM BUSCA DE UM MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL AUTÔNOMO PARA OS ENTES COLETIVOS.

5.1 PLANTEAMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS.

Responsabilizar ou não as pessoas jurídicas através do direito penal? Esta questão, de certa forma simples e objetiva, é responsável por fomentar uma das discussões dogmáticas mais antigas, mas ao mesmo tempo mais atuais, que enfrenta a doutrina jurídico-penal. Os posicionamentos a favor e contrários a esta possibilidade, bem como os trabalhos científicos a ela dedicados, se amontoam e os argumentos utilizados, por ambas as partes, vão se adaptando às novidades que vez por outra aparecem no campo de discussão. O duelo entre os brocardos *societas delinquere potest* e *societas delinquere non potest* está sempre em constante atualização¹²⁰.

Em lados opostos, concentram-se invariavelmente dois grupos: em um polo, os que defendem a possibilidade de responsabilizar as pessoas jurídicas penalmente por atos delitivos havidos sob a sua esfera de domínio e praticados em seu benefício; de outro, os que rechaçam veemente esta possibilidade. Desde o início da discussão, porém, o fio condutor das construções argumentativas parece ser o mesmo. Isto porque, enquanto os defensores do *societas delinquere potest* costumam apontar fatores político-criminais para a necessidade de se sancionar penalmente as pessoas jurídicas, aqueles filiados à ideia do *societas delinquere non potest* defendem a incompatibilidade desta pretensão punitiva com os princípios tradicionais que regem o direito penal (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 35). A referida discussão, entretanto, parece, de tempos em tempos, sempre ganhar um novo fôlego, inserindo-se no epicentro do debate doutrinário novos argumentos para que seus defensores e

¹²⁰ Para uma evolução histórica da problemática, Sérgio Salomão Shecaira (1998, p. 23). Em tempos mais recentes, boa parte da discussão se concentrou em torno das teorias da ficção, que tinha em Friedrich Karl von Savigny seu principal defensor, e da realidade, cujo maior expoente era Otto von Gierke. Enquanto a primeira possuía como ideia central a de que apenas o homem era capaz de ser sujeito de direitos, sendo a pessoa jurídica uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais, a segunda sustentava que as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, equiparando-se, pois, às pessoas físicas (SHECAIRA, 1998, p. 85). Atualmente, os principais focos da controvérsia se relacionam com questões que podem ser divididas tanto em sentido amplo, como em sentido estrito. *Lato sensu*, a presente discussão possui ampla conexão com o âmbito dos delitos empresariais e econômicos. Já *stricto sensu*, a referida problemática possui em seu cerne as diversas repercussões que as ideias de devido controle e de *compliance* são capazes de aportar.

seus opositores possam se digladiar, em uma contenda que parece, muitas vezes, já se mostrar um tanto quanto exaustiva, fadada a nunca possuir uma resolução pacífica.

Por isto, o presente trabalho, com a pretensão de sair deste debate claramente circular, focar-se-á não na possibilidade em si de sancionar penalmente as pessoas jurídicas – apesar de tratar superficialmente destas questões, até porque inevitáveis – mas sim em outra perspectiva, de cunho bem mais pragmático, isto é, em como compatibilizar tal pretensão com fundamentos teóricos robustos, aptos a realmente sustentar uma pretensão punitiva contra as pessoas jurídicas pautada em sólidas construções dogmáticas. Isto porque, admitindo-se como ponto de partida que a responsabilização penal das pessoas jurídicas é uma tendência generalizada não apenas no direito nacional¹²¹, como também no internacional, tanto nos sistemas regidos pela *common law* como naqueles adeptos ao *civil law*¹²², parece bem mais interessante, a esta altura da discussão, tentar estabelecer quais seriam as bases possíveis para tal gênero de responsabilização, que tratar, mais uma vez, acerca de sua possibilidade ou não¹²³.

¹²¹ Em âmbito nacional, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas já é aceita desde o ano de 1998, quando entrou em vigência a Lei nº. 9.605/98, responsável por estabelecer sanções de cunho criminal para as pessoas jurídicas que figurassem como sujeitos ativos em delitos contra o meio ambiente. Neste sentido, a referida legislação estabelece, em seu art. 3º o seguinte comando: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”. De se alertar, porém, que o legislador pátrio, conectado com uma tendência global, parece pretender expandir este gênero de responsabilização para além dos crimes ambientais, conforme se percebe do Projeto de Lei do Senado nº. 236/12, que pretende alterar o código penal pátrio. Veja-se, neste sentido, o art. 41 do referido projeto, que dá a seguinte normatização para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: “As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”. Uma crítica ao modelo estabelecido pela legislação nacional, porém, será desenvolvida no decorrer do presente capítulo.

¹²² Neste sentido, apenas à título exemplificativo, são adeptos do regime de responsabilização penal das pessoas jurídicas países como Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia, Suíça, Holanda, Áustria, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Chile, Brasil, etc. (BACIGALUPO, 2011, p. 96). Contra esta tendência, porém, encontram-se países como a Itália e a Alemanha, o primeiro devido a restrições de cunho constitucional e o segundo, de certa forma, por razões ligadas a sua história recente (SILVEIRA, 2015, p. 93). Os dois países, entretanto, não isentam as pessoas jurídicas de responsabilização em caso de prática delitativa, direcionando a elas sanções através do direito administrativo sancionador.

¹²³ Aqui se corrobora na integralidade o diagnóstico apontado com anterioridade por Enrique Bacigalupo (2011, p. 95), para quem “Más allá de la problemática teórica todavía viva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad generalizada tarde o temprano en el derecho penal europeo continental y probablemente también en el derecho penal latinoamericano.”. Em tradução livre: “Para além da problemática teórica ainda viva, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas será uma realidade generalizada cedo ou tarde no direito penal europeu continental e provavelmente também no direito penal latino-americano.”. Até mesmo porque, como afirma Adán Nieto Martín (2008b, p. 17), “la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una decisión de política criminal en manos del legislador. Condicionada, eso sí, como cualquier otra, por el derecho penal constitucional.”. Em tradução livre: “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma decisão político criminal nas mãos do legislador. Condicionada, claro, como qualquer outra, pelo direito penal constitucional.”.

Fixada esta premissa de partida, a primeira dificuldade que surge é a de se estabelecer o porquê de tal necessidade político-criminal, isto é, que gênero de problemas a responsabilização criminal da empresa poderia combater para justificar uma intervenção realizada por este ramo do direito.

Neste sentido, quatro são as questões de política criminal geralmente apontadas pela doutrina para justificar uma intervenção penal perante as pessoas jurídicas: (a) a *irresponsabilidade organizada*, (b) a *transferência da responsabilidade penal “para baixo”*, (c) a *criação de culturas criminógenas no âmbito corporativo* e (d) o *déficit regulatório do Estado frente as pessoas jurídicas*.

De início, a questão da (a) *irresponsabilidade organizada* se relaciona com o fato de nem sempre ser possível sancionar penalmente pessoas físicas pelos delitos cometidos no marco da atividade empresarial da pessoa jurídica (SILVA SÁNCHEZ, 2013a, p. 249). Isto porque, a complexidade interna de muitas organizações de tipo empresarial acarreta uma verdadeira impossibilidade de se fixar ao mesmo tempo, em uma única pessoa individualizável, os elementos necessários de atribuição de uma tipicidade tanto objetiva quanto subjetiva. Ou bem o sujeito age, mas não é possível estabelecer dolo ou culpa, ou bem ele possui os elementos subjetivos, mas jamais se consegue comprovar uma conexão direta sua com o fato objetivo¹²⁴. A consequência desta impossibilidade, a partir de uma ótica de responsabilização exclusivamente individual, é que ou se torna impossível realizar a imputação do fato típico a um membro concreto da organização, ou – como parece ser a tendência, inclusive nacional¹²⁵ – se flexibilizam as estruturas típicas de imputação para que de alguma maneira se consiga tornar alguém responsável pelo acontecido. Diante destas dificuldades, uma das soluções apresentadas pela doutrina para o problema foi justamente

¹²⁴ Neste mesmo sentido, é o diagnóstico de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (2011, p. 98), quando aponta que a irresponsabilidade organizada “resulta especialmente problemática para un mecanismo de intervención como el Derecho Penal, firmemente basado en el principio de culpabilidad, con lo que ello supone en cuanto a la necesidad de acreditar fehacientemente la responsabilidad del sujeto, tanto respecto de sus aspectos fácticos (hay que probar que fue él y no otro) como normativos (hay que probar que se dio una infracción de su deber de cuidado)”. Em tradução livre: “resulta especialmente problemática para um mecanismo de intervenção como o Direito Penal, firmemente embasado no princípio da culpabilidade, com o que isso significa em termos de provar irrefutavelmente a responsabilidade do sujeito, tanto com respeito aos aspectos fácticos (é preciso provar que foi ele e não outro) como normativos (é preciso provar que se deu a infração do seu dever de cuidado).

¹²⁵ Foi notável, neste sentido, a flexibilização dos critérios de imputação utilizados em sede do julgamento da Ação Penal nº. 470 – AP 470 – popularmente conhecida como caso “mensalão”. Isto porque, a partir de uma equivocada interpretação da teoria do domínio do fato, elaborada por Claus Roxin, o Supremo Tribunal Federal criou o precedente de se permitir, dentro de uma estrutura organizacional hierarquizada, a transferência de responsabilidade penal “para cima”, isto é, de tornar responsáveis penalmente os chefes da organização em que tenha sido praticado um fato típico, ainda que nenhum ato concreto possa ser a ele relacionado, sob o argumento de que, em virtude de sua posição hierárquica de comando da organização, deteria automaticamente o “domínio do fato” sobre os fatos típicos nela realizados.

pleitear a introdução de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, posto que, desta maneira, tornar-se-ia mais fácil responsabilizar alguém criminalmente pelo dano produzido (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012a, p. 118)¹²⁶.

Uma segunda dificuldade político-criminal que a responsabilização penal das pessoas jurídicas pretende resolver diz respeito à possibilidade de (ii) *transferência da responsabilidade penal* “para baixo”, em especial no âmbito das grandes corporações. Neste sentido, quanto mais estruturada seja a empresa em torno de uma diferenciação funcional de competências, onde múltiplos sujeitos exercem múltiplas funções absolutamente distintas e hierarquizadas entre si, mais factível se torna a possibilidade de diluição da responsabilidade individual por parte dos representantes máximos das empresas, dificultando sobremaneira, sob o ponto de vista jurídico-penal, as suas responsabilizações (HEINE, 2008, p. 213). Até mesmo porque, como aponta Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (2013, p. 268), “difícilmente se dará, desde os postos ou órgãos de direção da empresa, instruções claramente delitivas”¹²⁷. Deste modo, uma vez perpetrado algum delito, a maior probabilidade é que a responsabilidade penal recaia sobre a pessoa que deu a última ordem, ainda que esta seja originária de uma determinação mais abstrata, oriunda dos níveis superiores da empresa (GIMENO, 2013, p. 269)¹²⁸. Assim, com a responsabilização penal do coletivo, diminuir-se-ia as inconveniências

¹²⁶ Bastante pertinente, neste contexto, é a ressalva feita por Carlos Gómez-Jara Díez (2012a, p. 118), ao afirmar que, infelizmente, “la mera introducción de la RPPJ no soluciona el problema sin más. De hecho, depende en gran medida de qué modelo de RPPJ se introduzca, puesto que la mera declaración de este tipo de responsabilidad, sin dotarle de un contenido lógico y coherente, puede tener incluso efectos contraproducentes. Así, si se quiere superar esta situación resulta imprescindible establecer un modelo de RPPJ en el cual la responsabilidad penal de la persona jurídica no tenga como presupuesto la responsabilidad penal de la persona física – o, en general, la necesidad de identificar una persona física concreta cuya actuación ‘desencadene’ la responsabilidad de la empresa-”. Em tradução livre: “A mera introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não soluciona o problema de uma vez. De fato, depende em grande medida de qual modelo de RPPJ que se introduza, posto que a mera declaração deste tipo de responsabilidade, sem lhe dotar de um conteúdo lógico e coerente, pode ter efeitos inclusive contraproducentes. Assim, acaso se queira superar esta situação resulta imprescindível estabelecer um modelo de RPPJ no qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica não tenha como pressuposto a responsabilidade penal da pessoa física – ou, em geral, a necessidade de identificar uma pessoa física concreta cuja atuação ‘desencadeie’ a responsabilidade da empresa.”

¹²⁷ Traduzido livremente do original: “Difícilmente se van a dar desde los puestos u órganos de dirección de la empresa instrucciones claramente delictivas”.

¹²⁸ Sobre o assunto, são importantes as lições de Adán Nieto Martín (2008a, p. 39), quando aponta a evidente possibilidade de criação de verdadeiros bodes expiatórios dentro da empresa como resultado destes processos de deslizamento da responsabilidade “para baixo”. Neste sentido, o referido autor afirma que “El deslizamiento de la responsabilidad plantea problemas aún mayores de legitimidad, cuando obedece a la técnica del chivo expiatorio (*scapegoating*), y se responsabiliza a una persona con escasas posibilidades de defensa y poco poder dentro de la corporación que nada ha tenido que ver o que no es la única responsable de la infracción. Tanto desde la propia empresa, como desde los órganos de persecución, que quieren acabar con éxito una investigación que los pone en entredicho, es posible este peligro.”. Em tradução livre: “O deslizamento da responsabilidade planteia problemas ainda maiores de legitimidade quando obedece à técnica do bode expiatório (*scapegoating*), e se responsabiliza a uma pessoa com escassas possibilidade de defesa e pouco poder dentro da corporação que nada teve a ver ou que não é a única responsável pela infração. Tanto desde a própria empresa, como desde os órgãos de persecução, que querem acabar com êxito uma investigação os põe em dúvida, é possível este perigo.”.

geradas por este problema, na medida em que pouco importaria quem de fato praticou o crime, mas apenas se o fato típico foi ou não produzido no interior da pessoa jurídica e em seu benefício.

Outro argumento político-criminal em prol da adoção do regime de responsabilidade penal das pessoas jurídicas é que ela possibilitaria um combate efetivo à criação de (iii) *culturas criminógenas no ambiente corporativo*. Em um alerta inicialmente feito pela teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland (1983), a inclusão de um indivíduo no ambiente empresarial faz com que as possibilidades de desvio em sua conduta aumentem quando em comparação ao seu comportamento isoladamente considerado. Isto porque as agrupações, em especial aquelas de caráter econômico, criam um ambiente que facilita e incita os autores físicos a cometer delitos em seu benefício (TIEDEMANN, 2007, p. 92). Isso se deve, essencialmente, à existência de uma má cultura corporativa¹²⁹ dentro da empresa, que propicia a aprendizagem de condutas delitivas e de técnicas de neutralização responsáveis por debilitar as barreiras morais dos indivíduos em prol de uma maximização dos lucros corporativos (NIETO MARTÍN, 2008a, p. 40)¹³⁰. Desta maneira, como forma de reprimir o desenvolvimento de uma cultura corporativa que estimule a prática de atos delitivos, se justificaria a sanção não apenas aos atores individuais, mas também, e sobretudo, aos coletivos.

Por fim, um derradeiro problema político criminal que a responsabilização penal das empresas pretende enfrentar diz respeito ao (iv) *déficit regulatório do Estado frente as pessoas jurídicas*. Este argumento, que já foi extensamente tratado em momento anterior, aponta que em virtude da complexidade inerente às atividades econômicas no mundo atual, o Estado não mais estaria em condições de isoladamente combater os riscos da modernidade, já que não teria nem a capacidade financeira, nem muito menos o *know-how* técnico para tanto (HEINE, 2008, p. 247). Portanto, de uma postura regulatória inicialmente autônoma, levada a cabo exclusivamente pelo aparato estatal, o novo modelo regulatório buscaria adotar a técnica da autorregulação regulada, em que a regulação em primeiro plano das pessoas jurídicas seria

¹²⁹ Na definição de Rick Sarre (2011, p. 87), por cultura corporativa deve-se entender “an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally”. Em tradução livre: “uma atitude, política, regra, curso de conduta ou prática existente no interior do corpo da corporação em geral.”

¹³⁰ Para Adán Nieto Martín (2008a, p. 40), em uma observação que muito se relaciona com a noção já desenvolvida no capítulo anterior, quando abordada a questão do “exemplo que vem de cima” (*tone from the top*), de que os diretores corporativos são os principais responsáveis pelo desenvolvimento da cultura empresarial, “si el *manager* de la empresa tiene escaso respeto por la legalidad es probable que en los procesos de selección o de ascenso busque a semejantes, lo que permitirá que su ‘modo de hacer las cosas’ se propague por la empresa.” Em tradução livre: “se o gestor da empresa tem escasso respeito pela legalidade, é provável que nos processos de seleção ou promoção busque a semelhantes, o que permitirá que o seu ‘modo de fazer as coisas’ se propague pela empresa.”

realizada por elas próprias, atuando, o Estado, apenas em um segundo momento, com funções de supervisão. Neste sentido, uma eventual responsabilização penal das pessoas jurídicas teria o papel de igualmente fomentar esta proposta regulatória, no sentido de punir as empresas que tenham falhado em desenvolver iniciativas autorregulatórias próprias e que, em decorrência desta omissão, tenham possibilitado a ocorrência de práticas delitivas em seu seio.

A responsabilização criminal das pessoas jurídicas, pois, conforme demonstrado, busca atender distintas finalidades político-criminais, todas de bastante relevo. Entretanto, delimitados quais são os escopos de uma eventual intervenção nas empresas mediante o uso da esfera penal, é pertinente indagar se estes mesmos objetivos não poderiam ser alcançados através de instrumentos menos incisivos de intervenção. Até porque, o uso do direito penal encontra-se obrigatoriamente submetido a uma análise pautada pelo princípio da subsidiariedade, pois a intervenção penal apenas é considerada legítima quando empregada em *ultima ratio*, ou seja, quando nenhum outro instrumento for capaz de alcançar, de forma menos danosa, os mesmos resultados. Neste contexto, cabe esclarecer se a utilização do direito penal realmente é a mais adequada neste caso, posto que, ao menos em tese, a intervenção através dos instrumentos do direito civil e o do direito administrativo sancionador se apresentaria como igualmente possível.

A primeira alternativa costumeiramente apontada à utilização do direito penal para responsabilizar as pessoas jurídicas pelos delitos cometidos em seu seio, é a responsabilidade civil (TIEDEMANN, 2007, p. 92). Esta forma de responsabilização é normalmente limitada à aplicação de multas de cunho pecuniário aos dirigentes da agrupação ou, alternativamente, à pessoa jurídica em si, podendo ser impostas de forma tanto cumulativa quanto subsidiária. Na opinião de Klaus Tiedemann (2007, p. 97), porém, as medidas de direito civil se mostram deveras débeis para combater verdadeiramente este gênero de criminalidade, pois este ramo do direito “encontra seu lugar legítimo e sua função própria em caso de acidentes e de negligência, onde a simples reparação do dano possa ser suficiente e possa jogar um papel preventivo eficaz.”¹³¹. A opção pelo direito civil, portanto, não é capaz de solucionar de forma satisfatória os problemas político-criminais anteriormente mencionados, devendo-se preferir, nestas hipóteses, medidas de caráter essencialmente punitivo.

¹³¹ Traduzido livremente do original: “encuentra su lugar legítimo y su función propia en caso de accidentes y negligencia, donde la simple reparación del daño puede ser suficiente y puede jugar un papel preventivo eficaz.”

A discussão torna-se mais interessante e complexa, porém, quando a alternativa sob análise é a do direito administrativo sancionador. Este ramo do direito, diferentemente do direito civil, também emprega sanções punitivas direcionadas às empresas, como verdadeira reprimendas, em valores que extrapolam o custo do dano produzido pela conduta ilícita perpetrada, de forma que o argumento utilizado para rechaçar o uso do direito civil não é válido neste cenário. A indagação principal que deve ser feita neste caso é a seguinte: é justificável uma intervenção de caráter penal contra as pessoas jurídicas, quando muitas dessas condutas ilícitas poderiam ser igualmente punidas através do direito administrativo sancionador? A resposta para tal questionamento perpassa, necessariamente, pela análise das relações entre o injusto penal e o injusto administrativo (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2000, p. 194).

Em que pese durante muito tempo ter sido defendida a existência de uma diferença de caráter ontológico, ou material, entre os dois tipos de injusto – o injusto penal representaria uma lesão efetiva a direitos subjetivos ou bens jurídicos, enquanto o injusto administrativo se ocuparia da desobediência aos mandatos emitidos pela Administração –, a verdade é que a diferenciação realizada nestes moldes não encontra um respaldo jurídico adequado (BAJO FERNÁNDEZ; BACIGALUPO SAGESSE, 2001, p. 77)¹³² ¹³³. Na verdade, conforme leciona Alejandro Nieto García (2012, p. 46), “a potestade administrativa sancionadora, da mesma forma que a potestade penal dos Juízes e dos Tribunais, forma parte de um genérico *jus puniendi* do Estado, que é único, ainda que logo se subdivida nestas duas manifestações.”¹³⁴. Se o *jus puniendi* é uno e dele derivam tanto o direito penal quanto o direito administrativo sancionador, é impossível sustentar uma distinção de natureza

¹³² Conforme lecionam Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Sagesse (2001, p. 78), a posição que defende uma diferenciação material entre injusto administrativo e injusto penal já foi devidamente contraditada. Na opinião destes autores, “No es aceptable, en primer lugar, la oposición entre Justicia y Administración (...). De otro lado, la distinción entre bienes jurídicos y bienes administrativos no es suficientemente clara. Hay intereses administrativos que por el hecho de que su lesión alcance un determinado grado de intolerabilidad se convierten en bienes jurídicamente protegidos por el Derecho penal. (...) Esta diferencia no es posible sostenerla en la actualidad, pues no hay duda de que ambos injustos, tanto el administrativo como el penal, lesionan bienes jurídicos.” Em tradução livre: “Não é aceitável, em primeiro lugar, a oposição entre Justiça e Administração (...). De outro lado, a distinção entre bens jurídicos e bens administrativos não é suficientemente clara. Há interesses administrativos que pelo fato de que sua lesão alcance um determinado grau de intolerabilidade se convertem em bens juridicamente protegidos pelo Direito penal. (...) Esta diferença não é possível de ser sustentada na atualidade, pois não há dúvida de que ambos injustos, tanto o administrativo como o penal, lesionam bens jurídicos.”

¹³³ Para uma análise mais aprofundada sobre as discussões doutrinárias acerca da diferenciação entre injusto penal e injusto administrativo, com análise tanto das teorias diferenciadoras quanto das teorias unitárias e dos argumentos para a adoção destes posicionamentos, Ana Carolina Carlos de Oliveira (2013, p. 111), ou Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2015, p. 103).

¹³⁴ Traduzido livremente do original: “la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los Jueces y Tribunales, forma parte de un genérico ius puniendi del Estado, que es único, aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones.”

ontológica entre os injustos de cada um destes ramos do direito. Desta feita, as distinções entre ambos os ramos só podem ser de carácter meramente formal, como a autoridade que aplica a sanção, o procedimento utilizado, a sanção estabelecida, etc. (BAJO FERNÁNDEZ, 2012, p. 30)¹³⁵.

Se a natureza do injusto não é capaz de responder adequadamente à indagação anteriormente apresentada, é preciso buscar um parâmetro distinto para solucionar o problema. Neste sentido, dois critérios devem ser necessariamente sopesados. O primeiro relaciona-se com a noção de eficiência, isto é, como conseguir os efeitos pretendidos da forma mais eficiente possível. Já o segundo, por outro lado, tem a ver com as garantias fornecidas por cada um destes ramos do direito, ou seja, como conseguir uma punição adequada, mas que respeite ao máximo os direitos fundamentais aplicáveis.

Assim, em um primeiro momento, a análise deve observar parâmetros de eficiência. Tal apreciação deve ser realizada em três níveis: (a) *o da gravidade da sanção*, (b) *o da probabilidade de imposição sancionatória* e (c) *o da celeridade procedimental*. No primeiro plano analítico, a (a) *gravidade da sanção* de natureza penal é, em tese, maior, mas apenas quando considerada a única sanção não aplicável pelo direito administrativo sancionador, ou seja, a pena privativa de liberdade. Isto porque, excluída a privação de liberdade, à Administração é possibilitada a aplicação de sanções cujo conteúdo aflitivo imediato é, com exceção de questões reputacionais, similar ou até mesmo superior às sanções

¹³⁵ Sobre a questão, são definitivas as lições de Alejandro Nieto García (2012, p. 126), quando afirma que: “Durante más de cien años los juristas españoles han vivido obsesionados por la *inexata quaestio* de si mediaba, o no mediaba, una ‘identidad ontológica’ entre los delitos y las infracciones administrativas. (...) La tesis del supraconcepto de ilícito – o si se quiere, la de la ‘identidad sustancial de ambos ilícitos, penal y administrativo’ (...) – es hoy, en definitiva, absolutamente dominante, aunque no falten testimonios de la postura contraria. Esta cuestión – que flota entre lo jurídico y lo metafísico – ha perdido actualidad y hoy parece más propia de doctorandos eruditos y profesores rancios que de investigadores imaginativos y de abogados y jueces que tienen que habérselas con la realidad casuística. (...) Independiente de la identidad, proximidad o separación de los conceptos de delito e infracción administrativa hay un extremo que debe quedar muy claro: en la medida en que se trata de dos figuras normativas (y no metafísicas ni reales exteriores o anteriores al Derecho) están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana en delitos (...), y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto en infracciones administrativas.”. Em tradução livre: “Durante mais de cem anos os juristas espanhóis viveram obcecados pela *inexata quaestio* de se mediava, ou não mediava, uma ‘identidade ontológica’ entre os delitos e as infrações administrativas. (...) A tese do supraconceito de ilícito – ou se se quer, da ‘identidade substancial de ambos ilícitos, penal e administrativo’ (...) – é hoje, em definitiva, absolutamente dominante, ainda que não faltem testemunhos da postura contrária. Esta questão – que flutua entre o jurídico e o metafísico – perdeu a atualidade e hoje parece mais própria de doutorandos eruditos e professores rançosos que de investigadores imaginativos e de advogados e juízes que tem que lidar com a realidade casuística. (...) Independente da identidade, proximidade ou separação dos conceitos de delito e infração administrativa há um extremo que deve ficar muito claro: na medida em que se trata de duas figuras normativas (e não metafísicas, nem reais, exteriores ou anteriores ao Direito) estão à livre disposição do legislador, que pode qualificar a seu arbítrio uma ação como delito ou como infração, de tal maneira que pode fazer que o que ontem eram infrações administrativas, se convertam amanhã em delitos (...), e o que eram ilícitos penais se convertam de pronto em infrações administrativas.”.

penais. Entretanto, como a privação da liberdade é precisamente a única sanção penal que não pode ser aplicada às entidades coletivas, por razões óbvias, a vantagem comparativa do direito penal por sua maior gravidade frente ao direito administrativo sancionador parece diluir-se significativamente. Em relação *(b) à probabilidade de imposição sancionatória*, no direito administrativo sancionador esta parece ser mais elevada que no direito penal. Isso é assim porque na seara administrativa são geralmente concedidas menos garantias aos acusados, de forma que se torna mais fácil, e conseqüentemente mais provável, conseguir uma condenação neste ramo do ordenamento que no âmbito penal. Também neste ponto, a aplicação do direito administrativo sancionador parece ser mais indicada. Por fim, quanto à *(c) celeridade procedimental*, o direito administrativo sancionador parece, igualmente, ser superior ao direito penal, pois por possuir menores garantias e uma lógica processual menos formal, é bem provável que, na maioria dos casos, a responsabilização administrativa seja mais célere que a penal (GIMENO, 2013, p. 273)¹³⁶.

Como se pode perceber, sob uma ótica exclusivamente pautada pela eficiência, o direito administrativo sancionador parece ser o meio mais adequado para punir as pessoas jurídicas pela prática de delitos praticados em seu benefício. Entretanto, essa perspectiva efficientista, como já alertado, não pode ser o único parâmetro de análise a ser considerado, pois a maior eficiência do direito administrativo sancionador encontra-se diretamente relacionada com a redução das garantias fornecidas por ele quando comparado com o direito penal.

É de se levar em conta que as garantias, nestes dois ramos do ordenamento, não possuem a função específica de permitir ou legitimar o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, mas sim a de condicionar ou vincular – e, portanto, deslegitimar – o exercício absoluto da potestade punitiva, estabelecendo-se regras e proibições em face ao arbítrio estatal (FERRAJOLI, 1995, p. 92). Busca-se, através das garantias, a criação de critérios restritivos, de forma a não permitir que o poder punitivo seja exercido de forma arbitrária e onipotente. Em definitivo, como leciona Laura Zúñiga Rodríguez (2000, p. 204), as garantias “são expressão do direito constitucional à tutela judicial efetiva de todos os cidadãos.”¹³⁷.

¹³⁶ Neste ponto, porém, cabe uma ressalva importante, pois as decisões emanadas da esfera administrativa podem muitas vezes ser judicializadas e, posteriormente, revistas pelos Tribunais. Desse modo, a maior celeridade, que em tese seria uma vantagem do direito administrativo sancionador frente ao direito penal, pode se tornar uma desvantagem, visto que além de todo o procedimento administrativo, ter-se-ia que aguardar a resolução de um segundo processo, desta vez judicial, para a obtenção de um desfecho para a lide, com a conseqüente punição da pessoa jurídica (MACHADO; PÜSCHEL; RODRÍGUEZ, 2009, p. 59).

¹³⁷ Traduzido livremente do original: “expresión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.”

O que se pretende evidenciar com esta argumentação é que, por serem oriundos de um mesmo *jus puniendi* estatal, genericamente considerado, direito penal e direito administrativo sancionador deveriam, ambos, fornecer garantias, senão idênticas, pelo menos de nível semelhante, tanto sob a perspectiva material, quanto sob a ótica do procedimento, o que não ocorre atualmente no direito pátrio.

Ao que parece, a pretensão de manter a capacidade sancionatória contra as pessoas jurídicas exclusivamente em sede administrativa corresponde não a um avanço, pautado por ideias relacionadas com o minimalismo penal, mas sim a um verdadeiro retrocesso, por permitir uma desmensurada e hipertrofiada expansão do direito administrativo sancionador – e, conseqüentemente, do *jus puniendi* estatal – com a finalidade clara de esquivar-se das restrições impostas pelo direito penal (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 107). Desta forma, estar-se-ia deixando nas mãos do Estado a possibilidade de intervir perante as pessoas jurídicas de maneira claramente excessiva, através de uma simples “fraude de etiquetas”, o que é, obviamente, inaceitável (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2000, p. 204).

Uma solução possível para essa questão seria a de transplantar todas as garantias fornecidas pela tutela penal para o ordenamento administrativo sancionador, pois como ambos são oriundos de um mesmo *jus puniendi* genérico, as garantias do primeiro, claramente mais rígidas, deveriam também ser aplicadas no segundo. Entretanto, se for este o caso, todas as vantagens de eficiência possuídas pelo direito administrativo sancionador desapareceriam, pois é justamente o necessário respeito às garantias que, em tese, provoca uma menor eficiência punitiva do direito penal (BACIGALUPO SAGESSE, 1997, p. 288).

Diante do exposto, a decisão entre um ou outro ramo do direito adquire a seguinte tonalidade: ou bem se utiliza do direito penal, com o claro custo em termos de eficiência que acarreta esta decisão, ou bem se opta pelo direito administrativo sancionador, abdicando-se, para isso, de diversas garantias constitucionalmente tuteladas. A escolha, pois, parece óbvia, dado que não se pode jamais permitir uma fragilização de direitos em prol de uma maior eficiência punitiva, mostrando-se, assim, como mais adequada a utilização do direito penal para confrontar os problemas oriundos da criminalidade empresarial coletiva.

Assim, restam delineadas duas premissas iniciais do argumento em prol da responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Primeiro, ficou demonstrado que responsabilizar penalmente os entes coletivos pode trazer solução para diversos problemas político-criminais bastante significativos. Segundo, não bastasse a utilidade das sanções penais direcionadas aos entes coletivos, se demonstrou como a utilização do direito penal em específico é o meio mais adequado – e garantista – de concretizar tal pretensão. Se é

conveniente e adequado utilizar-se do direito penal para sancionar as pessoas jurídicas, qual seria, então, o grande impedimento, capaz de gerar tamanha discussão doutrinária durante tantos anos? A resposta para tal indagação encontra-se nos problemas dogmáticos que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tende a aportar, mais especificamente quanto à compatibilidade desta pretensão com os diversos elementos de uma dogmática penal construída a partir dos alicerces dados pela teoria finalista da ação.

Para realmente compreender a dimensão argumentativa trazida pela doutrina finalista, porém, é necessário perceber que esta surge como uma forma de resposta ao sistema de delito imediatamente anterior, representado pelo movimento neoclássico da Escola de Baden. O neokantismo tentava fundamentar o caráter científico da atividade jurídica a partir da divisão entre ciências da natureza e ciências do espírito. Às ciências da natureza caberia a observância de seu objeto a partir de um ponto de vista causal-explicativo e às ciências do espírito incumbiria o estudo de seu objeto por meio de um método cujo referencial era a ideia de valor. A ciência do direito se incluiria neste último gênero, porque para conhecer do seu objeto, o direito positivo deve acudir-se de valorações (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 32).

No direito penal, o resultado desta corrente foi a divisão do estudo do delito em duas vertentes distintas: uma causal-explicativa, que seria a criminologia, e outra compreensiva-axiológica, representada pela dogmática (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 33). Tal cisão permitiu a divisão do estudo do delito em um enfoque natural, através da criminologia, e em um enfoque valorativo / normativo, estudado a partir do direito penal (ZAFFARONI, 2012. p. 263).

Se por um lado dividir estes dois saberes era muito necessário para possibilitar um melhor enfoque sobre objetos distintos, a ausência de inter-relação entre ambos imposta pelo neokantismo levou inerentemente à alienação, pois o direito penal excluía do seu discurso dados importantíssimos da realidade, não os levando em consideração para definir o que seria ou não um delito.

Assim, ao separar tão radicalmente as ciências da natureza (*ser*) das ciências do espírito (*dever ser*), mas olvidando-se que o que deve ser não necessariamente será – podendo nunca vir a ser –, se permite a criação de um mundo que existe apenas na teoria, mas que não corresponde em absoluto à realidade. Quando o caos do mundo se resolve unicamente através de valores, – e como diz Eugenio Raúl Zaffaroni (2005, p. 334), “*sobre os valores não se afirma que estes são ou não são, mas sim que valem ou não valem*” –, à pergunta de quem definia o que era válido ou inválido só possui uma resposta: os detentores do poder punitivo. Se os detentores do poder punitivo o exercessem de forma racional, ter-se-ia um direito penal

que tenderia a construir uma proposta de cunho liberal, respeitadora das garantias, mas se os mesmos deixassem de lado a racionalidade, as construções porventura criadas refletiriam exatamente esta nova tendência dominante. Como no início da aplicação das considerações neokantistas no sistema jurídico penal alemão o poder gozava de racionalidade, o sistema penal que ele refletia era essencialmente garantista. Entretanto, na medida em que o sistema político alemão passou da democracia ao autoritarismo, esta mesma dogmática neokantista, outrora respeitadora das mais diversas garantias individuais, concedeu, através do seu método, o instrumento ideal para que a burocracia judicial alemã racionalizasse e conseqüentemente legitimasse, através de suas decisões, as aterradoras imposições realizadas pelo regime nazista, levando-as até as últimas conseqüências (ZAFFARONI, 2005, p. 335).

Por outro lado, a metodologia finalista, como uma reação natural aos episódios havidos em solo alemão que culminaram na catástrofe nazista, mostra-se manifestamente oposta. Ora, se os neokantistas defendiam fervorosamente o princípio de que o método, e não o objeto, determina o conhecimento, Hans Welzel (2011) – máximo expoente do finalismo – inverte esta lógica, apontando que é o objeto que determina o método, não o contrário. O referido autor defende que o movimento neokantista se equivoca na leitura realizada da obra de Immanuel Kant, quando este diz que o entendimento prescreve às coisas as suas próprias leis, pois, diferentemente da compreensão neokantista, Kant não faz referência, com esta frase, ao entendimento humano, mas sim ao entendimento em sua forma pura. Conforme expõe Santiago Mir Puig (2002, p. 229):

As categorias não são formas de “nosso” conhecer, “pontos de vista”, *Denk-Brillen*, mas sim condições *a priori*, isto é, puramente lógicas, da possibilidade dos objetos da experiência: não dizem nada sobre a índole (*Art*) de nossa contemplação, mas sim sobre a natureza (*Artung*) objetiva (legalidade) dos objetos. Para dizê-lo em uma frase: WELZEL entende que as categorias *a priori* não são subjetivas, no sentido de que possam variar em cada homem, mas sim objetivas para toda mente inteligente.¹³⁸

Em resumo, o conhecimento, para Welzel, é dado pela observação do objeto tal como ele é. Tal premissa lhe serve de base para afirmar que enquanto as ciências da natureza contemplam a realidade em seu aspecto causal, a ciência do direito deverá se referir às ações humanas, devendo-se, portanto, analisar, neste campo científico, quais são as estruturas ontológicas desta ação, ou, em uma linguagem Welzeliana, quais são as suas estruturas

¹³⁸ Traduzido livremente do original: “Las categorías no son formas de “nuestro” conocer, “puntos de vista”, *Denk-Brillen*, sino condiciones a priori, esto es, puramente lógicas, de la posibilidad de los objetos de la experiencia: no dicen nada sobre la índole (*Art*) de nuestra contemplación, sino sobre la naturaleza (*Artung*) objetiva (legalidad) de los objetos. Para decirlo en una frase: WELZEL entiende que las categorías *a priori* no son *subjetivas*, en el sentido de que puedan variar en cada hombre, sino *objetivas* para toda mente inteligente.”

lógico-objetivas (MIR PUIG, 2002, p. 231). Neste sentido, duas seriam as estruturas lógico-objetivas primordiais: (a) *o caráter final da ação* e (b) *a livre autodeterminação do ser humano*.

O (a) *caráter final da ação* baseia-se no fato de que homem, dentro de suas limitações e graças ao seu saber causal prévio, pode antever as potenciais consequências de sua conduta, sendo-lhe, assim, possível, dirigir a sua atividade conforme um plano determinado, voltado à obtenção dos fins por ele pretendidos. A finalidade, portanto, é evidente, enquanto a causalidade é cega (WELZEL, 2011, p. 31). É justamente essa consciência de sentido de sua ação, finalisticamente direcionada, que diferencia o homem dos demais animais (TANGERINO, 2011a, p. 884). Assim, por ser a ação sempre final, Welzel defende que o conceito de ação final seria, na verdade, pré-jurídico, ou seja, uma estrutura lógico-objetiva da ação humana (MIR PUIG, 2002, p. 232).

A segunda estrutura lógico-objetiva está intimamente relacionada com a anteriormente tratada. O fato de que as ações não são um produto mecânico-causal, mas sim que estejam correlacionadas com a compreensão, pelo sujeito, do significado das possíveis metas de sua conduta, constitui, da mesma forma que a ação final, um conceito pré-jurídico, uma estrutura lógico-objetiva, representada na (ii) *livre autodeterminação do ser humano*. Com esses dois elementos – finalidade e livre autodeterminação individual –, Welzel estabelece os dois pilares de sua teoria do delito (MIR PUIG, 2002, p. 233).

Mas não só. Para Welzel, as estruturas lógico-objetivas transcendem questões puramente metodológicas, de forma a vincular o legislador, limitando-o à natureza das coisas. Em outras palavras, o legislador encontra-se livre para eleger quais deverão ser ou não as ações puníveis, mas esta liberdade não o permite desrespeitar o homem na sua dignidade enquanto ser autônomo¹³⁹, em virtude das estruturas pré-jurídicas, impossíveis de serem alteradas pelo mero desígnio legislativo (MIR PUIG, 2002, p. 234).

As repercussões destas construções teóricas são notáveis para o desenvolvimento da dogmática penal. Quando se parte da ideia que a ação humana é finalisticamente orientada, torna-se inviável ao direito apreciar a ação, inicialmente, como um mero processo causal, para só depois, quando da análise da culpabilidade, averiguar a existência ou não de vontade em seu contexto. Dolo e culpa, portanto, deslocam-se para um momento analítico anterior, mais

¹³⁹ Em um exemplo bastante gráfico, Santiago Mir Puig (2002, p. 235) expõe o cerne do presente argumento: “El legislador puede decidir con libertad la incriminación del aborto, pero no ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y a los seis meses den a luz niños viables.”. Em tradução livre: “O legislador pode decidir com liberdade a incriminação do aborto, mas não ordenar às mulheres que acelerem a gravidez e aos seis meses deem luz a filhos viáveis.”.

especificamente para a tipicidade, dotando a ação de significado (TANGERINO, 2011b, p. 78). Já a culpabilidade se vê esvaziada de todos os elementos de caráter psicológico, passando, assim, a ser um conceito puramente normativo, responsável por estabelecer uma reprovação do autor quando se verificar, concomitantemente, em seu agir, a consciência de antijuridicidade, a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta (BRANDÃO, 2010, p. 233). Em essência, pois, a culpabilidade passa a representar um juízo de reprovabilidade pessoal lançado sobre o autor em específico da conduta por não haver atuado corretamente apesar de, naquele momento fático, ter podido atuar conforme a norma (WELZEL, 2011, p. 109). A pena, por fim, teria seu fundamento no grau de reprovabilidade do agente pela conduta antijurídica que praticou, funcionando como uma resposta proporcional ao mal causado (sentido da pena), de forma a desencorajar novas infrações (impressão da pena) (BRANDÃO, 2010, p. 316).

Trazendo estas considerações sobre a doutrina finalista para o problema propriamente em análise no presente trabalho, torna-se facilmente perceptível a incompatibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas sob a ótica desta proposição teórica. Primeiro porque se direito penal tem como pedra angular a ação finalista, a pessoa jurídica, que só pode agir por intermédio das pessoas físicas que a compõem, possui uma absoluta carência de capacidade natural de ação. Segundo porque, sendo a culpabilidade um juízo de reprovação contra quem agiu de maneira ilícita, quando podia e devia ter atuado de outro modo, a pessoa jurídica, por não possuir uma livre capacidade de autodeterminação, jamais pode ser alvo de um juízo desta natureza (BACIGALUPO SAGESSE, 1997, p. 145). Por fim, as funções da pena também seriam incompatíveis com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois nem seria possível conceber uma função retributiva para as penas direcionadas a estas – dado que nem a medida da pena pode incidir sobre uma vontade coletiva, nem a pessoa jurídica é capaz de sofrer ou arrepende-se – nem tampouco uma função preventiva, seja ela geral ou especial, posto que a pessoa jurídica não é nem intimidável (prevenção geral negativa), nem neutralizável através do encarceramento (prevenção especial negativa) (CIRINO DOS SANTOS, 2011, p. 291).

Ocorre que, apesar de sua solidez teórica, o finalismo – da mesma forma que o causalismo, neokantismo, funcionalismo, etc. – é apenas um método dogmático, isto é, um caminho possível, dentre vários disponíveis, para racionalizar o exercício do poder punitivo. O fato desta doutrina ser a majoritariamente aceita, não permite que ela se confunda, jamais, com a ideia de verdade. E é justamente por não se confundir com a noção de verdade que o sistema jurídica precisa ser sensível à aprendizagem, sob o risco de, caso contrário, tornar-se

completamente defasado, inábil para lidar com as novas complexidades de um mundo em constante mutação. A elaboração dogmática do sistema do direito penal, portanto, deve ordenar e conservar os conhecimentos alcançados mediante o esforço secular da doutrina jurídico-penal, mas, ao mesmo tempo, necessita manter-se aberta, possibilitando eventuais modificações em seu corpo, pautadas pelos novos conhecimentos adquiridos durante a inerente evolução da sociedade (SCHÜNEMANN, 1991, p. 43)¹⁴⁰.

O que não se pode olvidar, porém, independentemente das novas inserções que se pretenda fazer no método penal, é que a dogmática deverá sempre respeitar a sua função, representada, como bem afirma Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, p. 290), pela pretensão de “tornar segura para o indivíduo a aplicação do direito em um estado de direito.”¹⁴¹. Neste sentido, cabe à dogmática jurídico-penal estabelecer limites e conceitos de maneira a permitir que a aplicação do direito penal se dê de forma segura e previsível, livre de irracionalidades, arbitrariedades e improvisações (ZAFFARONI, 1998, p. 289).

É de se perceber, portanto, que não existe *a priori* um impedimento intrínseco ao desenvolvimento de uma dogmática voltada para a pessoa jurídica. A restrição que existe, seguindo a argumentação acima exposta, está mais relacionada com a questão da contenção do poder punitivo, isto é, com a construção de um método jurídico-penal para as pessoas jurídicas que seja, ao mesmo tempo, tanto teoricamente coerente quanto limitador do arbítrio estatal. Assim, como o finalismo constrói todas as suas bases a partir de uma ótica exclusivamente individual, é um resultado natural, e até mesmo esperado, que a utilização deste mesmo método para responsabilizar as pessoas jurídicas seja algo verdadeiramente impossível. Entretanto, nada impede que, partindo de premissas distintas, seja construído um método jurídico-penal que, ao invés de consubstanciar-se em uma perspectiva individualista, percorra a direção oposta, isto é, insira as pessoas jurídicas em seu centro, para construir, a partir disto, uma dogmática autônoma para elas. Até mesmo porque, apesar dos indivíduos serem as partes mais importantes das organizações, não deixam de existir outros fatores que devem ser igualmente levados em consideração (FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 21).

Entretanto, mais importante que afirmar a admissibilidade da criação de um método dogmático voltado a racionalizar a pretensão punitiva contra as pessoas jurídicas é

¹⁴⁰ Em um alerta similar, Hans Kudlich (2013, p. 287), ao tratar da incompatibilidade do conceito de ação da doutrina finalista com a punibilidade das pessoas jurídicas, faz a seguinte ressalva: “En resumen, debe admitirse entonces que la conducta de una asociación no puede conciliarse con el concepto de acción actualmente dominante, pero este no goza de una garantía de perpetuidad”. Em tradução livre: “Em resumo, deve-se admitir, então, que a conduta de uma associação não pode conciliar-se com o conceito de ação atualmente dominante, mas este não goza de uma garantia de perpetuidade”.

¹⁴¹ Traduzido livremente do original: “hacer segura para el individuo la aplicación del derecho en un estado de derecho.”.

delinear de que forma é possível compatibilizar os regramentos do direito penal com esta aspiração, criando uma metodologia, ao mesmo tempo, juridicamente coerente e garantista. Por conta disso, a seguir serão delineadas as tentativas elaboradas pela doutrina no sentido de cumprir com a referida proposta, apontado os seus contornos teóricos, bem como suas potenciais críticas. Ao final, a partir das teorias apresentadas, tentar-se-á demonstrar como as noções trazidas pelos programas de *corporate compliance* podem influir na questão, sob a perspectiva de conceder uma maior racionalidade para os conceitos formulados pela doutrina. A ideia é que mediante o uso deste instituto, torne-se possível uma melhor delimitação dos critérios necessários para fundamentar de maneira coerente uma responsabilização voltada exclusivamente para as pessoas jurídicas.

5.2 UMA TENTATIVA INICIAL: O INCOERENTE MODELO DE HETERORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA¹⁴².

Uma tentativa inicial da doutrina para fundamentar teoricamente a pretensão de sancionar penalmente as pessoas jurídicas se deu através da perspectiva da heterorresponsabilidade penal, ou sistema de responsabilidade por transferência. Este modelo de imputação é historicamente anterior ao de autorresponsabilidade, procedendo de construções teóricas desenvolvidas em sede do *common law* que foram posteriormente importadas para o âmbito do *civil law*.

Neste sentido, veja-se que a responsabilidade penal por transferência, em sua versão mais moderna, desenvolvida já no século XX¹⁴³, é embasada a partir da teoria da identificação ou do *alter ego*. Tal formulação primeiramente aparece na jurisprudência do Reino Unido, no caso *Lennards Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd* (1915). Ironicamente, ressalte-se, o referido precedente trata de uma discussão acerca de uma hipótese de responsabilização na seara civil e não na criminal. De qualquer maneira, segundo esta teoria, a corporação seria uma abstração, que não possui nem mente nem corpo próprio, de

¹⁴²A presente nomenclatura, desenvolvida por Carlos Gómez-Jara Díez (2005, p. 140), divide os modelos de imputação em duas modalidades: modelos de heterorresponsabilidade e modelos de autorresponsabilidade. A diferença fundamental entre ambos os modelos está que enquanto o de heterorresponsabilidade defende uma responsabilidade por fato alheio, o de autorresponsabilidade pugna por uma responsabilidade por fato próprio. Não se ignora, porém, outras propostas de denominação. Apenas à título exemplificativo, Jesús-María Silva Sánchez (2008, p. 130) defende a distinção entre modelos de responsabilidade por atribuição, quando a responsabilização tem lugar por uma mera transferência à pessoa jurídica da responsabilidade originada pelo fato delitivo cometido por alguma pessoa física situada no topo hierárquico da organização, e modelos de responsabilidade por fato próprio, quando ocorre uma atribuição de responsabilidade própria à pessoa jurídica.

¹⁴³Para uma evolução histórica completa dos modelos de responsabilidade por transferência, Bernardo Del Rosal Blasco (2011, p. 03).

modo que a vontade delitiva deveria ser buscada não na empresa em si, mas na pessoa física que, para determinados propósitos, possa ser chamada de agente, a qual representaria o verdadeiro ego e o centro da personalidade da corporação (DEL ROSAL BLASCO, 2011, p. 04).

Uma lacuna evidente desta primeira formulação é a ausência de definição sobre que pessoa física, em que posição, poderia ser considerada como agente, de forma a representar a mente diretiva e a vontade da empresa. Esta incoerência, porém, foi devidamente resolvida pela jurisprudência britânica no caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1972), concedendo à teoria da identificação o seu contorno mais atual. O cerne da referida decisão, como aponta Adán Nieto Martín (2008b, p. 91), encontra-se sintetizado na seguinte formulação:

Uma pessoa jurídica pode equiparar-se ao corpo humano. Tem um cérebro e um sistema nervoso central que controla seus movimentos. Tem também braços que se movem de acordo com as ordens dos centros nervosos. Dentro da companhia, alguns sujeitos são só simples braços para trabalhar e não representam nem a mente nem a vontade da empresa. Outros são administradores e diretores que representam a mente e a vontade da organização e controlam suas ações. Psicologicamente a situação destes dirigentes é a situação da empresa e assim é tratado pela lei.¹⁴⁴

Em resumo, em sua versão mais recente, a teoria da identificação diferencia os indivíduos inseridos no contexto organizacional entre diretores / administradores e empregados, estabelecendo que apenas os primeiros representam “o cérebro ou o sistema nervoso central”, responsável por controlar o “corpo” da corporação. Assim, para responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica por um fato típico é necessário comprovar que quem praticou o delito encontra-se hierarquicamente localizado nos níveis mais altos da empresa (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 91)¹⁴⁵.

O modelo de heterorresponsabilidade defende, em síntese, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser construída a partir da transferência da responsabilidade

¹⁴⁴ Traduzido livremente do original: “Una persona puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo a las órdenes de los centros nerviosos. Dentro de la compañía algunos sujetos son sólo simples brazos para trabajar y no representan ni la mente ni la voluntad de la empresa. Otros son administradores y directivos que representan la mente y la voluntad de la organización y controlan sus acciones. Psicológicamente la situación de estos dirigentes es la situación de la empresa y así es tratado por la ley.”.

¹⁴⁵ Nos anos noventa, porém, esta teoria sofreu uma atualização ampliativa, a partir da jurisprudência extraída do caso *R v. British Steel* (1995), que propiciou a elaboração da teoria da responsabilidade vicarial estrita. Neste sentido, esta nova formulação determina que as empresas não apenas podem ser responsabilizadas pelas ações de seus diretores, como também pelos atos de qualquer de seus empregados, ainda quando as condutas, no nível diretivo, tenham sido corretas, isto é, tenha a direção tomado todas as cautelas ou medidas de prevenção necessárias (DEL ROSAL BLASCO, 2011, p. 05). Ressalte-se, entretanto, que esta nova formulação não encontrou repercussão nem na doutrina, nem na legislação brasileira. No país, impera exclusivamente a perspectiva pautada pela teoria da identificação, onde a pessoa jurídica apenas pode ser responsabilizada criminalmente pelo ato de seus dirigentes.

penal de outrem, representada pelas pessoas físicas que ocupam cargos diretivos na empresa. Entende-se, pois, que quando um diretor da empresa comete um delito, seja diretamente ou por uma infração do dever de cuidado (*culpa in eligendo / in vigilando*), também o está cometendo a própria empresa (ROBLES PLANAS, 2016, p. 193). Assim, se o ato / omissão é praticado por um diretor, a empresa deve responder, pois os atos / omissões deste representam atos / omissões da própria empresa (GIMENO, 2013, p. 278)¹⁴⁶.

O que se evidencia desta construção teórica designada de modelo de heterorresponsabilidade é que, na verdade, se atribui às empresas uma responsabilidade eminentemente objetiva, para não dizer absoluta. Não interessa, neste sentido, o que foi feito na empresa para prevenir o delito, que políticas encontram-se vigentes, quais as dinâmicas organizacionais existentes, etc. Neste sentido, para transferir a responsabilidade das pessoas físicas para as jurídicas, basta a ocorrência de um ato / omissão delitativa praticada direta ou indiretamente – nos casos de uma infração no dever de controle –, pela sua direção. Tal perspectiva teórica, por óbvio, tem a sua razão de existir, correspondendo a motivações de índole eminentemente pragmática, priorizando-se, pois, questões relacionadas com a conveniência judicial e a utilidade prática no lugar de uma elaboração metodológica mais sólida (LAUFER, 2006, p. 1.998).

Esta pretensão pragmática, porém, em tese aceitável no âmbito do *common law*, apesar de severamente criticada também nos países que adotam este modelo de legislação, não pode – nem deve – servir como modelo para os países adeptos ao *civil law*, ainda que muitos deles tenham de fato aceitado e positivado em seus ordenamentos uma responsabilidade penal da pessoa jurídica nestes moldes. Isto porque, a transferência de fatos alheios para os entes coletivos, sem a necessária realização de um juízo reprobatório próprio, direcionado especificamente para a pessoa jurídica, apenas aceitando uma responsabilidade alheia, é claramente incompatível com a atual forma de pensar o direito penal (ROBLES PLANAS, 2006, p. 05).

Neste sentido, é de se ressaltar que a doutrina jurídico-penal, em sua ampla maioria, costuma rejeitar categoricamente o modelo pautado por uma responsabilidade por transferência. Os argumentos principais podem ser essencialmente divididos em três núcleos:

¹⁴⁶ As legislações que adotam modelos de heterorresponsabilidade, ademais, para além das questões relacionadas propriamente com sujeito ativo individual, costumam fazer mais algumas exigências antes de permitir a transferência da responsabilidade das pessoas físicas para as jurídicas. Primeiro, o ato deve ter sido praticado no exercício das funções atribuídas ao funcionário, ou por conta da empresa. Segundo, é necessária a intenção de obter algum tipo de vantagem ou benefício para a corporação (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 89).

(a) *incompatibilidade com o direito constitucional*; (b) *insuficiência político-criminal* e (c) *fragilidade teórica*.

De início, a rejeição ao modelo de heterorresponsabilidade é embasada pela sua (a) *incompatibilidade com o direito constitucional*. Este tipo de responsabilização por fato alheio fere, primeiramente, o princípio do *non bis in idem*, pois em razão de um mesmo fato, no caso, a ação criminosa do diretor ou empregado da empresa, são estabelecidas duas sanções com fundamento idêntico, tanto para a pessoa física diretamente responsável pelo ato ou omissão quanto para a pessoa jurídica que dele se beneficiou (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 112). Ademais, ao estabelecer um sistema de responsabilização claramente objetiva, tratando a comissão de um delito por uma pessoa física com capacidade diretiva como uma presunção *juris et de jure* de responsabilidade coletiva, nega-se a vigência ao princípio da culpabilidade (GIMENO, 2013, p. 280). Assim, desde uma perspectiva constitucional, os modelos de heterorresponsabilidade seriam absolutamente inadequados.

Mas não só. Não bastassem as restrições constitucionais, tais modelos de transferência de responsabilidade ainda apresentam graves fragilidades no que diz respeito ao cumprimento de objetivos (b) *político-criminais*. Uma razão inicial para esta insuficiência radica no fato de que este modelo não se distancia adequadamente dos problemas característicos da responsabilidade penal individual, pois ao sobrecarregar as possibilidades de transferência em ações comissivas e omissivas dos dirigentes, termina-se por exigir uma comprovação de difícil consecução, dado que, geralmente, os atos delitivos não são diretamente praticados por estes indivíduos na dinâmica corporativa. Além disso, este sistema, ao responsabilizar a empresa apenas quando puder ser estabelecido um ato ilícito de um membro da direção, agrava significativamente o problema anteriormente tratado da transferência para baixo da responsabilidade, visto que os diretores terão um motivo a mais para transferir sua responsabilidade para os seus subordinados. Este modelo de imputação, ademais, é profundamente injusto, na medida em que as grandes corporações, com ampla diferenciação funcional, graus hierárquicos, divisão de tarefas, etc., quase nunca serão responsabilizadas, pois dificilmente se conseguirá estabelecer um nexo de causalidade entre o fato e uma ação / omissão de um membro do corpo diretivo da empresa, pelo evidente distanciamento destes dos atos ilícitos concretamente perpetrados. De modo oposto, porém, as pequenas e médias empresas terminarão sendo os grandes alvos deste gênero de responsabilização, posto que será muito mais fácil, sobre elas, traçar uma relação entre um diretor corporativo e o ato lesivo propriamente dito (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 120). Por fim, e talvez mais importante, o modelo de heterorresponsabilidade desestimula a cooperação

entre as empresas e o poder público para a elucidação de atos ilícitos. Ora, na medida em que a pessoa jurídica vai ser necessariamente responsabilizada penalmente acaso um diretor pratique um ato ilícito, independentemente da conexão entre esta ação individual com as diretrizes e políticas empresariais, não existe qualquer razão para que a corporação auxilie o poder público no combate à criminalidade (LAUFER; STRUDEL, 2006, p. 3.552).

Por último, outro grande problema do modelo sob análise diz respeito a sua (c) *fragilidade teórica*. A falta de suporte técnico-jurídico da responsabilidade por transferência a direciona para justificações de índole muito mais pragmática do que técnica. Com isso, a sua utilização termina sendo maculada por uma severa insegurança em sua aplicação, pois, seguindo o diagnóstico de Adán Nieto Martín (2008b, p. 124), “o juiz desconhece os critérios axiológicos e os princípios que fundamentam e justificam em última instância seus diversos elementos.”¹⁴⁷.

Em resumo, o modelo de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica mostra-se amplamente inadequado, pois, peca tanto por defeito como por excesso, seja desde uma perspectiva puramente teórica, seja por razões de índole constitucional ou de política criminal (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015b, p. 50).

Não bastassem todas essas incongruências, este sistema de responsabilização por fato alheio falha em um ponto fundamental, traduzido na necessária função de toda e qualquer pretensão que deve cumprir um método dogmático, isto é, o de reduzir ou limitar a irracionalidade do poder punitivo estatal. A responsabilidade por transferência, ao invés de reduzir o escopo punitivo do Estado, realizada o exato oposto, ou seja, permite uma expansão periclitante do *jus puniendi*, na medida em que aceita a responsabilização penal de um novo gênero de sujeito, sem construir qualquer critério metodológico de maior robustez, devendo, pois, ser veementemente afastada.

Mas não só. Desde o questionamento principal do presente trabalho, isto é, de como os programas de *compliance* podem auxiliar no desenvolvimento de critérios adequados para a construção de um modelo teoricamente coerente e garantista de responsabilização penal das pessoas jurídicas, o modelo de heterorresponsabilidade é absolutamente inservível. Isto porque, a lógica da responsabilidade por transferência faz com que pouco importe para o estabelecimento de uma punição o fato da empresa ter se empenhado na redução e combate aos riscos delitivos através da instalação de programas de cumprimento normativo. Faça o que fizer, a empresa sempre responderá criminalmente quando for detectado um ato ilícito de sua

¹⁴⁷ Traduzido livremente do original: “el juez desconoce los criterios axiológicos y los principios que fundamentan y justifican en última instancia sus diversos elementos.”.

direção, sendo irrelevante, pois, qualquer medida preventiva e / ou reativa que tenha sido empregada pela corporação (NIETO MARTÍN; MUÑOZ DE MORALES, 2014, p. 335).

Desta feita, evidenciada a imprestabilidade do modelo de heterorresponsabilidade, fica clara a necessidade de se construir uma teoria jurídica do delito especificamente voltada para realizar uma imputação jurídico-penal sobre as pessoas jurídicas, mas que leve em consideração um pressuposto básico da responsabilidade de caráter penal: apenas é legítimo impor uma pena a uma pessoa, seja ela física ou jurídica, com base em um injusto próprio e em uma culpabilidade própria. Tal pretensão, entretanto, só pode ser alcançada a partir de um giro conceitual significativo, da heterorresponsabilidade para a autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012b, p. 71).

5.3 UM GIRO CONCEITUAL NECESSÁRIO: OS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

Uma observação detalhada sobre a evolução, ao largo do século XX, dos modelos de responsabilidade penal empresarial permite constatar, sem lugar a dúvidas, a existência de um processo significativo de mudança nas perspectivas conceituais, o qual, até o presente momento, ainda não se encontra plenamente consolidado. Durante muito tempo, houve uma predominância quase que absoluta entre os países que adotaram a responsabilidade penal da pessoa jurídica dos modelos que faziam a empresa penalmente responsável pelos atos de seus diretores, ou seja, modelos de heterorresponsabilidade ou responsabilidade por fato alheio. Com o transcurso do século passado, porém, foi possível perceber uma alteração no panorama mundial. Ao invés de direcionar o foco da responsabilização sobre os atos dos agentes integrantes da corporação, a responsabilidade das entidades coletivas passou a derivar da atuação da própria pessoa jurídica e das características de sua auto-organização, ou seja, em uma autorresponsabilidade penal ou responsabilidade por fato próprio (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008a, p. 107).

A maior inovação trazida por este giro conceitual da hetero para a autorresponsabilidade, todavia, é a de possibilitar a construção de modelos aptos a pautar uma culpabilidade e um injusto próprios das pessoas jurídicas, independentes de um sujeito ativo natural. A ação humana, apesar de ainda possuir grande importância, deixa de figurar no epicentro dos juízos reprobatórios realizados nesta nova perspectiva (FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 56).

Atentos a esta mudança de paradigma, diversos doutrinadores criaram concepções originais no intuito de adequar a perspectiva da autorresponsabilidade à dogmática jurídico-penal. Conforme se evidenciará, estas propostas demonstram tanto a maior robustez teórica dos modelos de autorresponsabilidade penal como o acerto em encarar o problema desde um novo panorama: é a atividade e a organização da pessoa jurídica que devem figurar no centro de uma potencial responsabilização penal destes entes, não a ação individual. Neste sentido, as construções teóricas a seguir expostas representam o que de mais avançado existe no contexto da responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal.¹⁴⁸

5.3.1 A proposta de Klaus Tiedemann: uma reprovação pautada pelo “fato de conexão” e pelo defeito organizacional.

O primeiro desenvolvimento de relevo, desde uma perspectiva histórica, no sentido de construir um fundamento próprio para a responsabilização penal das pessoas jurídicas, foi elaborado por Klaus Tiedemann. Para o referido autor (2013, p. 39), o fundamento e a legitimação deste gênero de responsabilidade só podem ser alcançados a partir de dois conceitos basilares: o “fato de conexão” e o defeito de organização.

Na visão de Tiedemann, as pessoas jurídicas, assim como as físicas, podem ser destinatárias diretas das normas de conduta, isto é, dos mandatos e das proibições oriundas do direito positivo. Se o legislador dirige as normas às pessoas jurídicas, isto significa que elas também podem produzir os efeitos exigidos pela norma, ou seja, também podem elas realizar tanto ações quanto omissões¹⁴⁹. Assim, as pessoas jurídicas teriam, no entender do referido autor, uma evidente capacidade de ação (GRACIA MARTÍN, 1996, p. 60).

¹⁴⁸ É importante ressaltar que não será feita, no presente trabalho, a exposição de absolutamente todos os modelos de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Pela própria dimensão da obra e pelos objetivos a que se propõe, uma exposição esmiuçada das concepções teóricas de todos os autores que porventura trataram do tema far-se-ia plenamente impossível. Neste contexto, não se deixa de reconhecer a existência das propostas de autores como Ernst Hafter (culpabilidade pela consciência especial da pessoa jurídica), Richard Busch (culpabilidade pelo espírito normativo da pessoa jurídica), Joachim Schroth (culpabilidade funcional do órgão), Anne Erhardt (culpabilidade pela não evitação das influências criminógenas da pessoa jurídica), entre outros. Entretanto, por todos estes modelos ainda possuírem uma marcada tendência à heterorresponsabilidade, tornam-se menos interessantes desde a perspectiva do presente ponto. Para um maior detalhamento destas e outras propostas, Carlos Gómez-Jara Díez (2005 e 2012c). Da mesma forma, não são apreciados os modelos oriundos do direito anglo-saxão, pois apesar de se mostrarem bastante pertinentes, em especial o de Brent Fisse e John Braithwaite (1993), são eles pautados por fundamentações cujas premissas são totalmente distintas daquelas observadas no âmbito do *civil law*, sendo, assim, manifestamente inaplicáveis.

¹⁴⁹ Conforme leciona Luis Gracia Martín (1996, p. 60), Klaus Tiedemann defende que se “las personas jurídicas pueden concluir contratos del cártel o de colusión contrarios a los mandatos y prohibiciones de la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia y, por las mismas razones que pueden realizar dichas acciones, pueden también omitirlas.”. Em tradução livre: “as pessoas jurídicas podem concluir contratos de cartel ou de conluio

Desde logo, é preciso esclarecer que, no entender de Tiedemann, esta capacidade de ação não se materializa de maneira autônoma, isto é, as pessoas jurídicas não são capazes de agir de forma independente das pessoas físicas que a compõem, pois o substrato material do comportamento da pessoa jurídica encontra-se necessariamente nos indivíduos que a integram, representados a partir dos seus órgãos e dos seus representantes. Tiedemann, porém, apesar da compreensão acima exposta, defende que a responsabilidade das pessoas físicas não será o fator determinante por fazer igualmente responsável a pessoa jurídica. Pelo contrário, deve-se buscar nas próprias entidades coletivas os elementos normativos necessários para responsabilizá-las (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 143).

Isto não seria, no entender do aludido autor, algo inédito em sede do direito penal, posto que este ramo do ordenamento já conhece situações em que a autoria se fundamenta através da imputação de um fato realizado por um terceiro, sendo precisamente este o caso das situações de coautoria ou de autoria mediata. Nestas hipóteses, se imputa ao coautor e / ou ao autor mediato a perpetração de ações ou de omissões não realizadas diretamente por eles, mas sim através de outro coautor ou de um instrumento. Disto resulta que a pessoa jurídica, como coautor e / ou autor mediato, responde por um fato próprio, ainda que outro sujeito, na figura de seus órgãos e / ou representantes, tenham sido os responsáveis pela realização da conduta típica propriamente dita (GRACIA MARTÍN, 1996, p. 61).

Neste sentido, para que uma pessoa jurídica possa ser responsabilizada criminalmente, como coautora ou autora mediata, é necessário que a ação realizada por uma pessoa física possa ser considerada, jurídica e socialmente, como própria da entidade coletiva, pois somente desta forma se pode legitimar a imposição de uma pena a esta entidade. Isto apenas teria lugar, no entender de Tiedemann, nas hipóteses em que for possível estabelecer um “fato de conexão” entre a conduta da pessoa física que realiza a vertente objetiva do tipo penal e o comportamento da empresa (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 350).

Ressalte-se, porém, que a proposta de Tiedemann não procura simplesmente transferir o ato da pessoa física a outra que nada realizou. O que o autor pretende estabelecer, na verdade, são as condições normativas necessárias para que se entenda o ato da pessoa física como sendo próprio da pessoa jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 144). Isto posto, o referido autor defende que os atos lesivos individuais, comissivos ou omissivos, somente poderão ser considerados como “fatos de conexão” quando (a) vulnerarem obrigações e deveres da pessoa jurídica no exercício de suas atividades sociais, (b) tiverem

contrários aos mandatos e proibições da lei contra as práticas restritivas da concorrência e, pelas mesmas razões que podem realizar ditas ações, podem também as omitir.”

sido perpetrados direta ou indiretamente (infração do dever de cuidado) por pessoas com capacidade de decisão dentro da pessoa jurídica e (c) tiver a pessoa física atuado por conta e em proveito da entidade coletiva. Apenas quando estas condições forem observadas, é possível dizer que a ação individual representa legitimamente uma ação lesiva própria da pessoa jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, 2008, p. 351).

Nestas condições, portanto, Tiedemann aceita a capacidade de ação da pessoa jurídica, entendida de forma diversa daquela da pessoa física, mas a ela ainda vinculada. Vencida a problemática da ação, porém, ainda remanesce o obstáculo principal para a imputação de um delito para o ente coletivo: sua capacidade de culpabilidade.

É importante ressaltar, neste contexto, que a construção do referido autor, apesar de ser ele um destacado penalista, não parte de uma perspectiva relacionada com o direito penal, mas sim com o direito administrativo sancionador. Isto porque, Tiedemann se aproveitou da introdução de uma lei administrativa, promulgada com a finalidade de combater a criminalidade econômica, para efetuar e desenvolver uma série de considerações em torno do parágrafo 30 da aludida normatização, o qual trata, precisamente, da punição administrativa das associações decorrente da prática delitiva. E porque é isto relevante? Pelo fato de que as exigências necessárias para a realização de um juízo de culpabilidade no âmbito de uma infração administrativa são consideravelmente menores que aquelas feitas pelo direito penal, o que autorizaria, naturalmente, uma flexibilização deste conceito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012c, p. 163).

A partir desta premissa, torna-se possível legitimar um conceito de culpabilidade não mais embasado, como de costume, em uma reprovação de conteúdo ético, mas sim em um juízo pautado por considerações orientadas por categorias jurídicas e sociais, criando-se, pois, um conceito amplo de culpabilidade para as pessoas jurídicas, radicado por um sentido social (GRACIA MARTÍN, 1996, p. 62). Isto posto, para o referido autor, o juízo de reprovação social que fundamenta a responsabilidade penal da pessoa jurídica é a culpabilidade pelo defeito de organização, visto que, no marco da pessoa jurídica, o delito / infração administrativa surge como um erro organizacional da mesma. O cerne de sua construção dogmática acerca da culpabilidade empresarial, portanto, seria pautada medularmente pela figura da omissão corporativa, uma vez que a responsabilidade da pessoa jurídica pelos delitos realizados pelos indivíduos que a integram apenas restará estabelecida quando, através de seus órgãos ou de seus representantes, esta tiver se omitido em tomar as medidas necessárias para assegurar o funcionamento empresarial ordenado e não delitivo,

sendo justamente este momento omissivo o fundamento justificador do juízo de reprovação dirigido ao ente coletivo (BACIGALUPO SAGESSE, 1997, p. 193)¹⁵⁰.

Tiedemann, porém, consciente de que sua formulação quanto à culpabilidade pelo defeito de organização poderia ser acusada de incorrer no mesmo equívoco teórico dos modelos de heterorresponsabilidade penal, ou seja, o de justificar a responsabilização das pessoas jurídicas através de fatos alheios e não próprios, explica que o fundamento do juízo de reprovação em face dos entes coletivos reside em uma construção deveras conhecida na dogmática penal, isto é, na teoria da *actio libere in causa* (ação livre na causa)¹⁵¹. Disto decorre que a carência de uma culpabilidade diretamente relacionada com o cometimento do fato lesivo – visto que o delito em si foi perpetrado pelos órgãos e / ou representantes da empresa – é absolutamente irrelevante, posto que a culpabilidade nestes casos, tal como ocorre com um indivíduo em estado de embriaguez, deve ser verificada em um momento antecedente ao fato lesivo, propriamente empresarial, representado na falha da pessoa jurídica em ter se organizado adequadamente de forma a evitar a perpetração do ato delitivo individual (defeito de organização) (GRACIA MARTÍN, 2016, p. 18).

Desta feita, de acordo com esta formulação de Klaus Tiedemann, torna-se possível fundamentar uma culpabilidade própria das pessoas jurídicas, fundamentada, conforme aponta Carlos Gómez-Jara Díez (2012c, p. 164), na “omissão das medidas de segurança – ocasionadas pela deficiente organização da pessoa jurídica – de maneira prévia à comissão do delito ou da contravenção, por parte do órgão ou do representante da empresa”¹⁵².

Desta maneira, Tiedemann consegue se afastar, ao menos de forma aparente, dos modelos que estabelecem uma heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, propondo, pois, um modelo próprio de responsabilização para as empresas. Sua fundamentação, ademais, possui uma notável virtude, pois consegue manter a culpabilidade como um juízo

¹⁵⁰ A única exceção a este regra é quando se constatar que a pessoa física agiu mediante um “excesso de representação”. Conforme leciona Davi Tangerino (2011a, p. 890), “com este termo se designa todo ato ou conjunto de atos que, embora tomado dentro do âmbito da pessoa jurídica, constitua abuso funcional por parte da pessoa natural que dela faz parte. Neste caso, logicamente, a pessoa jurídica não deveria arcar com a responsabilidade pelo delito cometido, pois a ela não pode ser imputado um dever de evitar comportamentos que excedam as funções internamente distribuídas para persecução de sua atividade.”

¹⁵¹ Conforme explica Cláudio Brandão (2010, p. 253), a teoria da *actio libere in causa* “foi criada pelos práticos italianos, durante a baixa Idade Média, e se referia, em princípio, àqueles casos onde o agente se embriagava para cometer uma ação delituosa, ou seja, a embriaguez preordenada. Como sabido, a regra é que a imputabilidade seja aferida no momento da prática da ação ou da omissão, todavia, a *actio libere in causa* propõe que o momento dessa verificação seja antecipado até o momento anterior ao estado de embriaguez. Segundo essa teoria, se o sujeito imputável decide se embriagar ou culposamente se embriaga, deverá responder pelos atos praticados em estado de embriaguez.”

¹⁵² Traduzido livremente do original: “omisión de las medidas de seguridad – como causa de la deficiente organización de la persona jurídica – de manera previa a la comisión del delito o la contravención por parte del órgano o representante de la empresa”.

individualizador da responsabilidade coletiva, tal qual ocorre com as pessoas físicas (GÓMEZ TOMILLO, 2015, p. 137).

Entretanto, apesar do grande reconhecimento por parte da doutrina da formulação elaborada por Tiedemann, isso não significa que a sua proposta tenha sido plenamente aceita. Neste sentido, as críticas ao referido modelo de responsabilização costumam se concentrar em três pontos principais: (a) o recurso à teoria da *actio libere in causa*, (b) a exigência da presença de um “fato de conexão” e (c) a inadmissão de causas de exculpação.

Com relação à primeira crítica, focada no (a) recurso à teoria da *actio libere in causa*, entende-se que a formulação de Tiedemann não impede a constatação de que, em última análise, a pessoa jurídica permanece incapaz de agir. Isto porque, com independência à vertente da teoria da *actio libere in causa* que se pretenda utilizar, sempre se acaba no mesmo ponto de partida, representado pela necessidade de se constatar a existência de uma decisão livre do próprio autor, materializada em uma ação ou omissão. Dado que esta decisão / ação não foi adotada / realizada pela empresa como tal, mas sim pelo seu órgão / representante, tornar-se-ia impossível direcionar um juízo de reprovação ao ente coletivo pautado pela ideia da *actio libere in causa*, sob pena de, caso contrário, ter que se realizar uma regressão até o infinito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012c, p. 165).

Outro demérito costumeiramente apontado na teoria de Tiedemann é (b) a exigência da presença de um “fato de conexão” para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, posto que, ao realizar esta demanda, a presente proposta segue sem solucionar a questão político-criminal da irresponsabilidade organizada. Isto porque, nos casos em que não for possível individualizar a conduta típica em um órgão ou representante da empresa, tampouco será possível identificar a ocorrência de um “fato de conexão”, impossibilitando-se, pois, a responsabilização penal do coletivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 158).

Por fim, e possivelmente mais importante para rechaçar o presente modelo, está o fato de que, apesar do que se poderia concluir em decorrência lógica dos postulados apresentados por Tiedemann, o referido autor – provavelmente receoso de que as empresas pudessem ter suas responsabilidades excluídas mediante um cumprimento superficial das normas básicas de organização empresarial – defende que a pessoa jurídica não pode se livrar de uma sanção penal nem com a prova de que se organizou adequadamente, nem tampouco com a demonstração de inexistência de nexo de causalidade entre o “fato de conexão” e o defeito organizativo, isto é, com a comprovação de que apesar de haver um crime imputável à empresa (“fato de conexão”) este não foi ocasionado por defeito organizacional algum. É este,

portanto, o cerne da crítica quanto à *(c) a inadmissão de causas de exculpação*. Ora, se o grande mérito desta teoria é justamente o de criar uma diferenciação entre uma culpabilidade individual e uma culpabilidade própria das empresas, não pode o autor, em seguida, tentar evitar todas as consequências derivadas deste fato. Como bem afirma Carlos Gómez-Jara Díez (2012c, p. 166), “ou se imputa uma culpabilidade empresarial – autorresponsabilidade – ou se imputa a de outra pessoa – heterorresponsabilidade –; mas o que não se pode fazer é mesclar os fundamentos de um modelo com as consequências de outro.”¹⁵³.

Por todas estas razões, deve-se entender a construção dogmática de Klaus Tiedemann como um modelo impuro de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois apesar de superar os modelos de heterorresponsabilidade com suas formulações, o faz com extrema dificuldade, estabelecendo, na verdade, apenas o grau mínimo de legitimidade necessário para a admissão de um sistema sancionatório direcionado aos entes coletivos (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012b, p. 76).

5.3.2 O modelo de Ernst Lampe: o sistema de injusto, o injusto de sistema e a culpabilidade pelo caráter da empresa.

Outro modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica que adquiriu grande notoriedade foi o elaborado por Ernst Lampe. Na formulação do referido autor, existem três conceitos fundamentais que precisam ser analisados isoladamente, mas que possuem, entre si, notória interconexão: o sistema de injusto, o injusto de sistema e a culpabilidade pelo caráter da empresa.

O ponto de partida da teoria de Lampe corresponde à sua compreensão sobre o fundamento ontológico do injusto – aqui inserido, por óbvio, também o injusto penal. Para o autor, não são os fatos e / ou os eventos reais que fundamentam o injusto, mas sim as relações sociais, que representam, na verdade, consequências objetivas dos processos sociais produzidos por pessoas sociais. Dentro deste conceito de pessoas sociais, ademais, estariam inseridas tanto as pessoas naturais, individualmente consideradas, quanto as associações de pessoas e as pessoas corporativas, enquanto sistemas coletivos. Assim, por serem responsáveis pela produção de relações sociais negativamente valoradas desde uma perspectiva legislativa (injusto), estas pessoas sociais, naturais ou coletivas, poderiam ser alvo

¹⁵³ Traduzido livremente do original: “O se imputa una culpabilidad empresarial – autorresponsabilidad – o se imputa la de otra persona – heterorresponsabilidad –; pero lo que no se puede hacer es mezclar fundamentos de un modelo con consecuencias de otro.”

de uma eventual responsabilização. Lampe, portanto, não pretende estabelecer um direito penal próprio para as pessoas jurídicas, mas sim criar um novo modelo para o direito penal, onde o conceito de ação deixa de figurar como pedra angular, substituindo-o pela noção de relações sociais (LAMPE, 2004, p. 34).

Neste sentido, Lampe direciona uma crítica à doutrina tradicional. O referido autor afirma que a principal causa para a dogmática penal ter essencialmente ignorado a possibilidade de criação de uma teoria do injusto dos sistemas coletivos é o fato desta ter sempre se focado exclusivamente no autor individual do delito e nas estruturas do seu injusto. Assim, apesar da dogmática penal não ter ignorado a possibilidade do autor de um delito se associar com outros para formar um sistema organizado relativamente sólido, disso não extraiu a consequência de que o autor perde parte de sua responsabilidade para este sistema social. Por tal razão, faz-se necessário um câmbio de paradigma, de modo a não mais ignorar que o atuar conjunto de várias pessoas para a prática de um fato punível conduz o conceito de injusto para novas dimensões, que não podem ser plenamente explicadas desde uma ótica exclusivamente pautada pela responsabilidade individual, precisando, pois, do complemento oriundo da responsabilidade coletiva. É por isso que Lampe (2008, p. 883) irá afirmar que “a dogmática das ações de injusto precisa de um complemento, através da dogmática dos sistemas de injusto.”¹⁵⁴.

Antes de tudo, porém, é preciso delinear o que se entende por sistemas de injusto. Assim, no entender de Lampe, devido à referência social inerente ao conceito de injusto, os sistemas de injusto representariam aquelas construções sociais cujas relações elementares – na figura de indivíduos relacionados entre si através da comunicação e da interação – encontram-se organizadas em direção a um fim antissocial. São justamente estas comunicações / interações que, por seguirem modelos relativamente constantes, geram a organização do sistema, sendo o seu fim antissocial a configuração desintegradora do sistema relativamente ao seu entorno. Em resumo, portanto, os sistemas de injusto seriam, em uma definição do autor, “as relações entre indivíduos organizadas para fins injustos.”¹⁵⁵ (LAMPE, 2008, p. 892).

Os sistemas de injusto, para Lampe, podem ser divididos entre sistemas de injusto simples e sistemas de injusto constituídos. Neste sentido, os sistemas de injusto simples são aqueles organizados para uma finalidade delitiva comum, fundamentada através da vontade

¹⁵⁴ Traduzido livremente do original: “la dogmática de las acciones de injusto precisa de un complemento a través de la dogmática de los sistemas de injusto.”

¹⁵⁵ Traduzido livremente do original: “las relaciones entre individuos hacia fines injustos.”

dos indivíduos que a eles pertencem. Representam, portanto, a soma das partes individuais do sistema. Este gênero de sistema coletivo se relaciona essencialmente com questões voltadas para o âmbito da autoria e da participação. Por outro lado, os sistemas de injusto constituídos são assim denominados pela possibilidade de adquirirem uma configuração institucional duradoura, mediante uma constituição ou estatuto. Estes sistemas representam mais do que a soma de suas partes individuais, sendo, portanto, verdadeiramente independentes, enquanto instituições, de eventuais alterações de seus componentes. Isto porque, enquanto os sistemas de injusto simples geralmente se embasam no conhecimento pessoal de seus membros, os sistemas de injusto constituídos se pautam por elementos de pertencimento a uma determinada organização, sendo, assim, dotados de maior complexidade que os sistemas simples. Em face desta maior complexidade, a comunicação e a interação entre os membros destes sistemas precisam ser bem mais planejadas, usualmente a partir de modelos pautados pelas noções de hierarquia e seletividade. Para assegurar a consistência destes sistemas, suas diversas partes, que configuram verdadeiros subsistemas, são integradas a partir de canais de informação, responsáveis por realizar o intercâmbio de informações entre os seus planos superiores e inferiores. Um sistema hierarquicamente organizado, portanto, opera de forma mais eficiente que os demais, devido à redução das comunicações e interações necessárias para sua operação, sendo, por isso, especialmente perigoso caso uma orientação ou tendência delitiva (LAMPE, 2008, p. 1.001).

Em relação aos sistemas de injusto constituídos, ademais, Lampe os diferencia em três subtipos: (a) *sistemas orientados criminalmente* (p. exe. grupos criminosos), (b) *sistemas com tendência criminosa* (p. exe. empresas econômicas com “atitude criminosa”) e (c) *sistemas pervertidos criminalmente* (p. exe. instituições de injusto estatais). No campo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, interessam especialmente os desenvolvimentos deste autor sobre as empresas econômicas com tendência / atitude criminosa. Para Lampe, a empresa é definida como uma unidade organizada, titularizada por um sujeito de direito, que serve a um fim econômico. Neste sentido, tanto a sua organização como sua finalidade podem ter uma tendência criminosa. Quando for este o caso, pois, configuram estas verdadeiros sistemas de injusto (LAMPE, 2008, p. 1.026).

O característico de cada sistema de injusto, porém, é o seu injusto de sistema (GARCÍA CAVEIRO, 2012, p. 62). Antes do devido aprofundamento neste segundo conceito, é preciso notar que Lampe considera o injusto de relação como a forma normal de aparição do injusto jurídico-penal. Uma pessoa natural produz um processo social quando se comporta em relação a outra pessoa social. Quando este processo social por ela produzido

alterar a vida social comum de forma contrária à estabelecida pela legislação, este processo é considerado como um injusto de relação. Os injustos de ação e de resultado, prioritariamente estudados pela dogmática penal, são, na visão do referido autor, apenas componentes do injusto de relação. O injusto de relação, portanto, frente aos injustos de ação e de resultado, possui um significado próprio (LAMPE, 2008, p. 1.148).

Junto a este injusto de relação, e a ele reciprocamente relacionado, existe um injusto de sistema, próprio dos sistemas de injusto. A possibilidade de um sistema coletivo poder, em geral, adquirir um caráter de injusto, se fundamenta no fato deste poder entrar em contato com o mundo social através de seus membros, introduzindo, por um lado, o entorno no interior do sistema e, por outro, introduzindo o mundo interno do sistema no entorno. Se um injusto é produzido por um processo social de um dos membros do sistema, então, além de um significado relacional, este injusto possuirá também um significado sistêmico¹⁵⁶. A interação entre ambas modalidades de injusto, pois, é evidente.

Entretanto, apesar de relacionados, o injusto de sistema claramente se diferencia do injusto de relação. Por um lado, ele é limitativo em face ao segundo, pois não compreende os componentes do injusto de relação relacionados com os atributos pessoais do autor. Assim, para o injusto de sistema é absolutamente irrelevante se alguém atuou ou não com intenção pessoal de apropriação, por exemplo. De outro modo, o injusto de sistema não se esgota nos injustos de relação dos seus membros, mas representa algo próprio, na figura do injusto dos objetivos que o sistema como um todo persegue e no injusto da organização através da qual persegue estes fins (LAMPE, 2008, p. 1.170).

Neste sentido, as empresas econômicas com tendência criminal, enquanto sistemas de injusto, terão injustos de sistema particulares, representados por aquelas formas de comportamento que lesionem bens jurídicos e que ou concordem com a filosofia da empresa ou sejam favorecidas pela sua organização deficiente. Em concreto, existem quatro causas que constituem o injusto de sistema no direito penal empresarial: (a) o potencial perigo criado pela empresa para realizar uma dada prestação; (b) a defeituosa organização, a qual neutralizaria apenas parcialmente a periculosidade deste potencial perigo; (c) a filosofia empresarial criminógena, que oferece aos membros da organização a tentação de levar a cabo

¹⁵⁶ Tem-se, assim, na visão de Lampe (2008, p. 1.159), a seguinte interação: “Por un lado, el injusto de relación constituye el contenido del injusto del sistema debido a que es sistémico-funcional; por otro, el injusto del sistema constituye el contenido del injusto de la relación debido a su determinación de la acción. En otras palabras, el injusto del sistema y el injusto de relación interaccionan entre sí”. Em tradução livre: “Por um lado, o injusto de relação constitui o conteúdo do injusto de sistema, por ser ele sistêmico-funcional; por outro, o injusto de sistema constitui o conteúdo do injusto de relação devido à sua determinação da ação. Em outras palavras, o injusto de sistema e o injusto de relação interacionam entre si.”

ações criminosas, e (d) a erosão da responsabilidade individual dos membros da empresa, quando não existirem regras claras e eficientes de responsabilização de seus membros (LAMPE, 2008, p. 1.263).

O injusto de sistema, portanto, conforme se percebe a partir de suas causas, não exige, para sua perpetração, manifestação externa alguma sob a forma de uma ação. A empresa com tendência criminosa pratica um injusto de sistema apenas pelo fato de possuir uma filosofia criminógena ou, alternativamente, em virtude da sua deficiente estrutura organizativa. O injusto de sistema é, na realidade, um estado de injusto em si, que pode confirmar-se em ações, mas que não necessariamente o será. Tal estado corresponde à predisposição contrária ao direito de um autor individual nos delitos de comportamento, mas enquanto esta predisposição não constitui um injusto por parte do autor individual – dado que este sistema carece do caráter pessoal de antissocialidade imediata –, em um sistema coletivo o mero caráter antissocial já configura, para Lampe, um injusto (LAMPE, 2008, p. 1.377).

Fixadas estas delimitações sobre o injusto de sistema, segue Lampe afirmando que todo injusto de sistema é um injusto punível, mas nem todo injusto de sistema será merecedor e necessitado de pena. Para o referido autor (2008, p. 1.387), “o quando dito injusto merece e necessita uma pena depende principalmente de sua contrariedade aos valores ético-sociais e de sua eficácia na desestabilização social.”¹⁵⁷. A punibilidade das empresas econômicas com tendência criminal, portanto, não depende apenas da existência de um injusto de sistema. É preciso mais. Assim, para Lampe, da mesma forma que a ação imprudente só resulta punível quando tiver conduzido a uma lesão ou à colocação concreta em perigo do bem jurídico, também a filosofia ou organização empresarial defeituosa só merecerá e necessitará uma reprovação quando da empresa tiverem sido originadas ações através das quais se constate uma periculosidade social insuportável, isto é, quando junto a um injusto de sistema puder ser identificado um injusto de resultado praticado por um de seus membros individuais (LAMPE, 2008, p. 1.398).

Estabelecidos estes dois conceitos iniciais, resta esclarecer quando, na visão de Ernst Lampe, será possível direcionar uma responsabilização penal para os sistemas de injusto constituídos, em especial as empresas, em decorrência de seus injustos de sistema. Tal pretensão, porém, encontraria algumas dificuldades dogmáticas. Lampe assinala que o primeiro argumento contrário a esta pretensão de responsabilizar os entes coletivos está no argumento tradicional da falta de capacidade de ação, por ele chamado de argumento

¹⁵⁷ Traduzido livremente do original: “El cuando dicho injusto merece y necesita una pena depende principalmente de su contrariedad a los valores ético-sociales y de su eficacia en la desestabilización social.”.

ontológico. Por outro lado, além desta primeira objeção, existiria também um argumento ético em contrário, pois aos sistemas coletivos tampouco seria possível direcionar uma reprovação pessoal de caráter ético-individual, por serem eles meras ficções, o que impossibilitaria por completo a capacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas (LAMPE, 2008, p. 1.513).

Quanto ao argumento ontológico, de não ser possível a realização de um juízo reprobatório direcionado às pessoas jurídicas pela sua incapacidade de ação, Lampe demonstrou que, além dos injustos de ação, existem outros igualmente merecedores de pena, *in casu*, os injustos de sistema. Partindo desta premissa, fica claro que a imputação de uma responsabilidade penal não apenas deve ser realizada sobre um autor individual, mas também sobre os sistemas coletivos, por serem estes igualmente capazes de produzir injustos. O que existe de comum entre a responsabilidade de ambos, porém, não é o injusto atribuível a cada tipo de sistema – individual ou coletivo –, mas sim o fato desta responsabilização, nos dois casos, ser oriunda de uma mesma causa: a posse de um caráter. Este caráter, por óbvio, não será idêntico nos dois sistemas, pois enquanto os indivíduos têm um caráter pessoal, os sistemas coletivos possuem um caráter social. Para Lampe, por consequência, se a finalidade da responsabilização consiste na melhora do caráter, este objetivo pode ser alcançado tanto em relação ao caráter individual, com vistas a alterar o conteúdo das ações do indivíduo, quanto sobre o caráter coletivo, mediante uma maior adequação dos fins e da organização social aos interesses da coletividade (LAMPE, 2008, p. 1.534).

Por outro lado, ainda é necessário superar a objeção imposta pelo argumento ético, isto é, de que não seria possível direcionar uma reprovação de cunho ético-individual sobre as pessoas jurídicas, visto que estas só poderiam ser entendidas como pessoas em sentido figurado. Lampe responde a esta objeção afirmando que a qualidade de pessoa não deve ser aceita às cegas como premissa indispensável para o estabelecimento de uma pena. Pelo contrário, a responsabilidade não apenas pode, como deve ser estabelecida sobre outras bases, direcionando-se, pois, sobre toda unidade que tome parte na vida social, seja ela uma pessoa individual ou um fenômeno social organizado integrado por pessoas. Assim, ainda que a pessoa jurídica possa ser compreendida como um fenômeno ficcional desde a perspectiva de sua pessoalidade, não o será sob a ótica do sistema social. A pena, portanto, não precisa ser necessariamente fundamentada por uma reprovação ético-individual. E, desde a perspectiva de Lampe, isto tem uma razão específica de ser: a finalidade do direito penal consiste na proteção ético-social dos bens jurídicos e valores. Se, então, a reprovação deixa de ter um cunho ético-individual, para, agora, possuir um caráter ético-social, é possível, desde esta nova perspectiva, responsabilizar tanto sistemas individuais quanto coletivos. Isto porque, se

ambas instituições podem gerar, aceitar e realizar, por si mesmas, deveres éticos, os sistemas coletivos, então, devem se organizar e subordinar seus principais objetivos de acordo com estas novas exigências. Desta feita, Lampe pretende demonstrar que, acaso seja utilizado um fundamento distinto, torna-se igualmente possível o direcionamento sobre as pessoas jurídicas um juízo reprobatório de cunho ético, apto a fundamentar a aplicação de uma sanção penal (LAMPE, 2008, p. 1.543).

Afastadas estas duas objeções, Lampe afirma que, especificamente em relação às empresas com tendência criminosa, um injusto de sistema poderá desencadear dois tipos de responsabilidade: (a) *a responsabilidade pela filosofia da empresa* e (b) *a responsabilidade pela sua organização empresarial*.

Assim, em uma primeira modalidade, a responsabilidade penal da pessoa jurídica se fundamentaria concretamente em virtude de sua (a) *filosofia empresarial*, cujo caráter criminoso se manifestou ao permitir e / ou estimular a ocorrência de um comportamento antinormativo por parte de um membro da empresa. O comportamento delitivo do membro da empresa, portanto, não figuraria, neste caso, um injusto individual de ação, mas sim um injusto empresarial de resultado. A imputação seria fundamentada pela relação de antijuridicidade existente entre a filosofia criminógena da corporação e o comportamento antinormativo por parte de um dos seus membros. Já a prova desta relação antijurídica pode ser realizada a partir de noções relacionadas com o incremento do risco, especialmente utilizadas nos crimes culposos (LAMPE, 2008, p. 1.714).

De outro modo, a responsabilidade também pode ser decorrente da (b) *estrutura organizacional da empresa*, quando esta favorecer a prática de delitos pelos membros da empresa, tanto ao descuidar dos seus mecanismos de controle quanto ao excluir, limitar ou eliminar a responsabilidade individual dos seus membros. Portanto, se em virtude de sua organização deficiente, a empresa permite a realização de lesões a bens jurídicos produzidas pelos seus membros, tem-se igualmente a verificação de um injusto sistêmico capaz de fundamentar a responsabilidade penal da própria empresa (LAMPE, 2008, p. 1.752).

Ante todo o exposto, torna-se possível explicitar o cerne do juízo de culpabilidade dirigido em face da pessoa jurídica. Segundo Lampe (2008, p. 1.714), “o conteúdo da culpabilidade depende do conteúdo do injusto que significa culpabilidade por realizar.”¹⁵⁸. Neste sentido, o referido autor entende que, ético-socialmente, também é possível direcionar a um sistema social uma reprovação pela sua falta de correção. Portanto, se existe uma

¹⁵⁸ Traduzido livremente do original: “El contenido de la culpabilidad depende del contenido del injusto que significa culpabilidad por realizar.”

responsabilidade ético-social dos sistemas que não se refere a determinadas ações, mas sim ao seu próprio ser – na filosofia por trás dos objetivos empresariais, e na organização para a consecução dos mesmos –, então pode se dar uma desaprovação ético-social quando ditos sistemas não estiverem à altura desta responsabilidade imposta. Em concreto, a culpabilidade empresarial reside no fato da empresa ter criado ou mantido uma filosofia empresarial de desconformidade com o direito, ou de haver esta se organizado de maneira deficiente. É por isto que, para Lampe, a culpabilidade corporativa será sempre uma consequência direta da deficiência de seu caráter. Por fim, dado que a culpabilidade consiste num déficit de caráter, Lampe não admite a existência de causas de exculpação, posto que da mesma forma que nenhum indivíduo pode alegar em sua defesa que não podia fazer nada em relação ao seu caráter defeituoso, tampouco poderá este argumento ser utilizado pela empresa (LAMPE, 2008, p. 1.724).

É preciso alertar, porém, que as construções de Lampe não dão margem apenas para uma culpabilidade da empresa, mas também para aquela das pessoas físicas responsáveis pelo estabelecimento da filosofia ou organização defeituosa da empresa (*management*). Em concreto, deverão ser igualmente responsáveis aqueles membros da empresa que através do seu posto na organização sejam responsáveis pela filosofia criminógena da empresa ou pelos seus déficits organizacionais (LAMPE, 2008, p. 1.930).

O mérito da construção de Ernst Lampe, diante de todas as explicações acima formuladas, mostra-se como inegável, posto que consegue de fato formular um robusto esforço teórico em prol de uma autorresponsabilidade penal empresarial. Entretanto, o conceito de culpabilidade pelo caráter defeituoso da empresa desenvolvido por Lampe goza de pouca aceitação por parte da doutrina jurídico-penal, justamente por reavivar uma nefasta forma de responsabilização deveras conhecida pelo direito penal individual, isto é, a culpabilidade de autor. Desta forma, acaso se pretenda uma verdadeira harmonização do direito penal com a responsabilização das pessoas jurídicas, dificilmente poderá ser utilizado o conceito de culpabilidade pelo caráter defeituoso da empresa, tendo em vista a flagrante incompatibilidade desta noção com os modernos postulados vigentes no âmbito do direito penal, pautado pela culpabilidade pelo fato (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 197). Fica claro, portanto, que no ímpeto de compatibilizar os conceitos tradicionais do direito penal aos sistemas coletivos, Lampe termina por apresentar uma proposta que permitiria imputar às empresas praticamente qualquer suspeita de atitude ou atividade criminosa, o que é, por óbvio, inadmissível (BACIGALUPO SAGESSE, 1997, p. 219).

5.3.3 A teorização de Gunther Heine: o management defeituoso dos riscos e a culpabilidade pela condução da atividade empresarial.

Günther Heine é outro dos autores que tratou em tempos recentes da problemática envolvendo a responsabilização penal das pessoas jurídicas. De início, o referido autor defende a existência de uma verdadeira impossibilidade de conciliação entre a responsabilidade penal das pessoas físicas e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Nesse sentido, destaca Heine (2008, p. 227) que uma organização, em especial aquelas de maior porte, é algo mais que a soma de todas as atividades em particular, não podendo os âmbitos de responsabilização penal das pessoas físicas e jurídicas coincidir sobre um mesmo denominador comum. Assim, nem um conceito modificado de culpabilidade, nem a aplicação de medidas de segurança como sanção serão capazes de solucionar o problema, já que todas essas soluções se encontram determinadas a partir da pessoa física. Deve-se, portanto, ir além, construindo uma responsabilização penal autônoma para pessoas jurídicas, independente daquela formulada para as pessoas físicas (BACIGALUPE SAGESSE, 1997, p. 203).

A teorização de Heine tem como principal preocupação o já narrado cenário do incremento do risco na sociedade atual, buscando, na medida do possível, enfrentar de forma justa os problemas surgidos nesse novo contexto. Para o autor, a criação de um direito penal empresarial originário resulta necessária precisamente para motivar as empresas a realizar o controle e a prevenção dos riscos sistêmicos criados durante a sua atividade, cujas consequências podem ser nefastas tanto para os indivíduos quanto para a coletividade. O problema, por óbvio, é como proceder metodologicamente para cumprir com esta pretensão. A solução encontrada por Heine, neste sentido, foi a de se aproveitar das sólidas categorias desenvolvidas em sede do direito penal individual – ação, domínio do fato, injusto, causalidade, culpabilidade, etc. – para construir, assim, um modelo jurídico-penal de responsabilização autônomo, voltado exclusivamente para as empresas. Esta transposição deve ser realizada, em sua visão, de forma análogo-funcional, isto é, sempre buscando investigar a função que uma dada categoria possui no direito penal individual para, assim, transplantá-la para um sistema de responsabilidade coletiva (HEINE, 2008, p. 502).

Heine inova, em primeiro lugar, quando estabelece que o fundamento legitimante da responsabilidade penal da empresa é estabelecido pela posição de garante de supervisão em que ela se encontra, frente aos riscos produzidos pela sua atividade. Esta posição de garantia, por outro lado, se encontra fundamentada no domínio funcional-sistêmico possuído pela empresa sobre a sua própria organização. Assim, da mesma forma que no direito penal

individual se fala em um domínio do fato pelo seu autor, no direito penal coletivo existiria um domínio organizacional da empresa. Este domínio da organização, ademais, pode ser considerado defeituoso quando a empresa desperdiça a oportunidade de adotar uma resposta adequada aos riscos sistêmicos por ela produzidos em tempo hábil ou quando se verifica uma falha na observância de seus programas de prevenção (HEINE, 2008, p. 355).

Neste sentido, para Heine, o ponto fundamental do injusto empresarial residiria em uma defeituosa gestão (*management*) dos riscos sistêmicos produzidos pela atividade da empresa que se concretiza em um acontecimento especialmente grave, como a morte de indivíduos ou a produção de danos ao meio ambiente. Ressalte-se, porém, que, para o referido autor, a concretização do risco mediante um resultado lesivo representa uma mera condição objetiva de punibilidade. Isto é assim porque, para Heine, o resultado lesivo não é entendido como uma ação dominada pela vontade de um autor individual, mas sim como uma consequência da acumulação de processos empresariais defeituosos durante o tempo. Assim, para que haja uma imputação direcionada à empresa, deve ser estabelecida uma relação entre a condição objetiva de punibilidade e o *management* defeituoso dos riscos, o que se dá, na visão do referido autor, não através das regras comuns de causalidade estrita, mas sim por meio da elevação do risco específico ocasionado pela organização da empresa (HEINE, 2008, p. 577).

Maior dificuldade, porém, existiria no estabelecimento de um conceito análogo-funcional da culpabilidade empresarial. A solução encontrada por Heine, neste contexto, foi de afastar este juízo de reprovação do momento concreto em que a lesão ao bem jurídico é produzida. A culpabilidade empresarial, portanto, não diz respeito ao fato concreto, mas sim à maneira através da qual a atividade empresarial foi conduzida, em um conceito denominado pelo autor de culpabilidade pela condução da atividade empresarial. Conforme se percebe, Heine busca alongar o período que deve ser analisado em sede deste juízo reprobatório, colocando uma ênfase significativa nesta sua dimensão temporal. Não é relevante, pois, uma única falha pontual na organização da empresa, mas sim o longo prazo, isto é, a ausência de manutenção de uma organização empresarial adequada de forma constante ao longo do tempo, capaz de impedir a produção de situações lesivas a bens jurídicos (HEINE, 2008, p. 511).

O modelo construído por Heine é, sem dúvidas, de grande interesse para a presente discussão. Primeiro, porque ao alongar a dimensão temporal do juízo reprobatório da culpabilidade, o referido autor exclui a necessidade de atrelamento deste com uma decisão individual concreta, desvinculando a responsabilidade penal coletiva daquela destinada aos

indivíduos. Segundo, e talvez mais importante, é que a sua construção consegue transferir para as empresas a responsabilidade pelos riscos produzidos através de suas atividades. Estimula-se, desta forma, uma maior responsabilidade corporativa com relação à sua própria organização, visto que, em caso de lesão a um bem jurídico, serão elas diretamente afetadas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 191).

Apesar dos méritos de sua teoria, a formulação de Günther Heine também foi alvo de severas críticas, pois, de certa forma, incorre em dificuldades semelhantes às aquelas enfrentadas por Ernst Lampe. Isto porque, apesar de Heine sustentar que pretende construir uma segunda via, distinta daquela do direito penal individual, o método por ele utilizado para concretizar esta sua pretensão é o análogo-funcional, ou seja, ele observa a função de uma categoria específica do direito penal individual e, a partir disso, deduz um equivalente funcional desta categoria para o direito penal empresarial. Entretanto, a sua culpabilidade pela condução da atividade empresarial é inspirada em um conceito muito conhecido em sede do direito penal individual: a culpabilidade pela condução de vida. Ocorre que, esta formulação da culpabilidade individual já encontra-se praticamente abolida nas construções dogmáticas modernas, posto que a culpabilidade deve ser fundamentada a partir de um fato concreto, não no tipo de vida que o autor leva. Se, portanto, o conceito de culpabilidade pela condução de vida não pode ser considerado como um fundamento válido para o direito penal individual, tampouco poderá servir de fundamentação para um direito penal empresarial. Deve-se, pois, buscar uma fundamentação distinta para a responsabilização penal da empresa, sob risco de, caso contrário, permitir a volta de um nefasto direito penal de autor, desta vez voltado para a persecução penal das empresas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 192).

5.3.4 Gehard Dannecker e a reprovabilidade ético-social da empresa.

A proposta de Gehard Dannecker (2001), elaborada já no século XXI, é construída a partir das estruturas criadas pelas teorizações de dois dos autores acima tratados, mais especificamente Günther Heine e Ernst Lampe. Ressalte-se, porém, que apesar da clara inspiração, seu modelo é notoriamente original, assumindo posicionamentos e conclusões distintas daquelas obtidas pelos dois doutrinadores em comento.

De acordo com Dannecker, a luta repressiva e preventiva contra as atuações perigosas das pessoas jurídicas não pode consistir no castigo do injusto pessoal e das decisões personalíssimas e reprováveis provenientes dos sujeitos particulares. Pretende-se, na verdade,

através das consequências jurídicas do moderno direito penal, o estabelecimento de sanções penais que reestabeçam e assegurem a paz jurídica, em uma fundamentação que se relaciona claramente com a ideia de prevenção geral positiva (DANNECKER, 2001, p. 44).

O direito penal da empresa, porém, apesar de se fundamentar em premissas distintas, precisa estar conectado às categorias fundamentais do direito penal individual, pois, de modo contrário, estar-se-ia degradando o direito penal das pessoas jurídicas ao ponto de convertê-lo em um mero instrumento arbitrário de controle social, o que é, por óbvio, inadmissível. Se trata, portanto, da pretensão de desenvolver uma concepção racional da regulação penal sobre as empresas, partindo da premissa de que os riscos não são provenientes, de forma exclusiva, das ações dos seus titulares, mas que o sistema social empresarial também exerce notável influência nos comportamentos delitivos (DANNECKER, 2001, p. 45).

As pessoas físicas que atuam e compõem uma pessoa jurídica, no entender do referido autor, são apenas uma parte do sistema, e não a sua inteireza. A essência da corporação não é representada pela mera adição de pessoas particulares, mas de uma formação independente e destacada daquelas. Isto porque, para Dannecker, os interesses e propriedades de uma empresa são algo mais que a soma de propriedades e interesses dos membros particulares da empresa, funcionando, na verdade, como sujeitos sociais separados de seus componentes individuais. As empresas, em suma, “perseguem interesses próprios, o que pode servir de base para a fundamentação dos seus deveres jurídicos assim como para a formação e limitação das consequências jurídicas.” (DANNECKER, 2001, p. 45)¹⁵⁹.

Ademais, Dannecker defende que as empresas podem igualmente ser destinatárias das normas penais, pois estas não precisam estar fundamentadas necessariamente em premissas de caráter ontológico. No entender do referido autor, as normas penais coletivas devem ser dirigidas às empresas que falhem no cumprimento das seguintes obrigações: (a) *a constituição de uma filosofia empresarial de acordo com o direito* e (b) *a construção conjunta de uma organização empresarial eficiente*. Assim, enquanto a primeira obrigação se refere ao desenvolvimento de uma responsabilidade social coletiva, em função da qual cada membro da empresa deverá pautar seu comportamento a partir de paradigmas éticos, a segunda se relaciona com a criação de uma organização eficiente, apta a combater com efetividade a produção de riscos aos bens jurídicos (DANNECKER, 2001, p. 46).

¹⁵⁹ Traduzido livremente do original: “persiguen propios intereses, lo que puede servir de base a la fundamentación de los deberes jurídicos así como a la forma y limitación de las consecuencias jurídicas.”.

Portanto, é de se perceber que a capacidade de atuação de uma pessoa jurídica é consequência de sua posição como sujeito autônomo da realidade social e da sua posição de ente destinatário de uma norma penal. Por esta razão, Dannecker (2001, p. 47) defende que “tanto o comportamento de uma pessoa natural como o de uma pessoa jurídica representam o comportamento de um sistema que pode ser entendido com sentido próprio e que possibilita e requer uma valoração penal.”¹⁶⁰. Neste sentido, a dificuldade é justamente delimitar quando o comportamento da pessoa natural representará não somente um fato individual isoladamente considerado, mas sim um fato próprio, imputável à empresa.

Para superar esta dificuldade, Dannecker se utiliza do conceito de Ernst Lampe sobre os injustos de sistema, defendendo que o injusto imputável a um sistema não depende necessariamente de uma atuação da pessoa jurídica. Para o referido autor (2001, p. 47):

O injusto não requer necessariamente uma atuação. O injusto pode ser igualmente ocasionado através de um deficiente sistema que promove, possibilita ou permite prejuízos a terceiros. O elemento fundamental radica, então, na causação de um resultado antijurídico. Portanto, não é necessariamente preciso embasar a capacidade de atuação na imputação de um comportamento das pessoas que atuam como agentes da empresa. A responsabilidade, por isso, deveria embasar-se também na deficiência do sistema e, com isso, no fato deste dar ocasião a um resultado antijurídico através de uma organização defeituosa ou de uma ética empresarial viciada que não tem em conta de forma suficiente os valores sociais.¹⁶¹

Para Dannecker, porém, existem alguns requisitos para possibilitar a realização de uma imputação criminal à empresa. Neste sentido, argumenta o referido autor que é necessário, primeiramente, constatar (a) *a existência de uma estrutura organizativa deficiente ou de uma filosofia empresarial criminógena*, dado que a responsabilidade penal coletiva não radica na infração em si, mas sim na omissão das premissas necessárias para um comportamento conforme a norma. Ademais, é preciso ter-se produzido (b) *uma lesão a um bem jurídico que seja imputável à empresa*, em uma vinculação que poderá ser realizada mediante a análise da posição de garantia exercida pela empresa, pela verificação do cumprimento dos deveres de vigilância empresarial, a partir da atuação em si da pessoa natural, etc.. Outro requisito necessário para a imputação criminal da empresa é o

¹⁶⁰ Traduzido livremente do original: “tanto el comportamiento de una persona natural como el de una persona jurídica representan el comportamiento de un sistema que puede ser entendido como un sistema con propio sentido y que posibilita y requiere una valoración penal.”

¹⁶¹ Traduzido livremente do original: “el injusto no requiere necesariamente una actuación. El injusto puede ser igualmente ocasionado a través de un deficiente sistema que promueve, posibilita o permite perjuicios a terceros. El elemento fundamental radica entonces en la causación de un resultado antijurídico. Por lo tanto, no es necesariamente preciso basar la capacidad de actuación en la imputación de un comportamiento de las personas que actúan como agentes de la empresa. La responsabilidad por eso debería basarse también en la deficiencia del sistema y con ello en el ocasionamiento de un resultado antijurídico a través de una organización defectuosa o de una ética empresarial viciada que no tiene en cuenta suficientemente los valores sociales”.

estabelecimento de uma *(c) conexão de antijuridicidade entre as falhas organizacionais do sistema e/ou a filosofia empresarial viciada com a lesão propriamente dita do bem jurídico*. Isto porque, para Dannecker, só haverá conexão de antijuridicidade quando se puder averiguar no caso concreto a vinculação entre a lesão causada ao bem jurídico tutelado pela norma e a falha organizativa / deficiência ética da empresa. Por fim, um último requisito seria a necessidade de se constatar *(d) o dolo e a imprudência relativos às falhas de organização interna do sistema e / ou a uma filosofia empresarial criminógena*. Neste sentido, para o autor, o dolo requer o conhecimento ou ao menos a representação da possibilidade do defeito organizacional, enquanto a imprudência pressupõe que a lesão do bem jurídico era evitável e previsível (DANNECKER, 2001, p. 50).

No que tange ao seu desenvolvimento teórico sobre a culpabilidade, Dannecker parte fundamentalmente do entendimento da culpabilidade como reprovabilidade. Esta, entretanto, deve ser compreendida de forma diferente daquela direcionada às pessoas físicas, devendo-se diferenciar entre a culpa individual e culpa da pessoa jurídica, que é determinada de maneira decisiva por sua responsabilidade social. Neste sentido, torna-se imperioso estabelecer de forma autônoma qual seria o conteúdo do juízo reprobatório da culpabilidade direcionado às pessoas jurídicas (DANNECKER, 2001, p. 47).

A capacidade de culpabilidade de uma empresa deriva de sua responsabilidade sobre as prestações coletivas defeituosas ocasionadas por carências em sua organização ou em sua ética. Por tal razão, torna-se claro que no entender de Dannecker, em posicionamento similar ao de Ernst Lampe, o conteúdo da culpabilidade encontra-se claramente referido ao próprio injusto. Se o injusto se caracteriza por uma organização defeituosa e uma ética empresarial insuficiente, tal falha deverá projetar-se igualmente sobre a culpabilidade, que consiste em uma reprovação embasada pela não criação das condições necessárias para o impedimento da realização do injusto (DANNECKER, 2001, p. 47).

Para delimitar esta independência conceitual da culpabilidade empresarial, Dannecker busca justificar que a sua fundamentação não se encontra pautada pela capacidade de poder atuar de outro modo, fundamental para a culpabilidade individual. Desta maneira, o referido autor assinala que enquanto sobre as pessoas físicas é realizado um juízo reprobatório ético-individual, sobre as pessoas jurídicas a reprovação é pautada por fundamentos ético-sociais. Sobre este ponto de vista, é possível direcionar uma reprovação ao sistema pela sua incorreção, seja a partir de uma filosofia empresarial deficitária ou por conta de uma estrutura organizativa insuficiente, pois por se tratar a empresa de uma associação que almeja racionalmente alcançar determinados fins, deve ela necessariamente submeter estas

finalidades à exigências éticas e organizativas dispostas pela normativa penal. Assim, quando esta responsabilidade coletiva, e as obrigações que dela derivam, for descumprida, “o comportamento do grupo pode ser desaprovado ético-socialmente e esta reprovação pode expressar-se mediante uma pena configurada exclusivamente desde um ponto de vista ético-social.”¹⁶² (DANNECKER, 2001, p. 48).

A imposição de uma pena à empresa, pois, é embasada pela sua falta de correção ao estabelecer a sua organização e / ou a sua filosofia, de modo que o conteúdo da reprovação realizada em sede do juízo de culpabilidade reside, em última instância, na não criação, por parte do sistema social, de pressupostos aptos a evitar a realização do injusto. O referido autor, porém, diferentemente de Lampe, aceita todas as consequências deste postulado, na medida em que abre a possibilidade de exculpação empresarial precisamente quando for demonstrada que a empresa tomou o cuidado necessário para a conformação de sua estrutura organizativa e empreendeu esforços para estimular uma filosofia empresarial adequada (DANNECKER, 2001, p. 48).

Ante o exposto, é possível apontar que a formulação de Gehard Dannecker possui diversos aspectos positivos. Isto porque, além de tentar trazer os conceitos de dolo e de imprudência, categorias fundamentais no direito penal individual, para a fundamentação da responsabilidade penal coletiva, o referido autor tenta, de certa forma, se afastar das construções da culpabilidade pautadas exclusivamente desde a perspectiva do autor, como fizeram Ernst Lampe (culpabilidade pelo caráter defeituoso) e Günther Heine (culpabilidade pela condução da atividade empresarial). Ademais, Dannecker ainda possui o grande mérito de ter aceitado a consequência natural de suas formulações, isto é, a de fornecer causas de exculpação em benefício das empresas que estejam adequadamente organizadas e / ou que possuam uma filosofia empresarial condizente com a legalidade (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 196).

A grande falha deste autor, entretanto, é que supera as dificuldades impostas pelos modelos de Lampe e Heine justamente por não observar a dimensão temporal presente na formulação da culpabilidade de ambos, sem que, para isso, ofereça qualquer justificativa teórica factível. O recurso a uma suposta “falta de correção” da empresa ao estabelecer sua estrutura organizacional e / ou sua filosofia corporativa não se apresenta, de forma alguma, como um conceito teórico suficientemente firme. Em resumo, a ideia de reprovação ético-

¹⁶² Traduzido livremente do original: “el comportamiento del grupo puede desaprobarse ético-socialmente y este reproche puede expresarse mediante una pena configurada exclusivamente desde un punto de vista ético-social.”.

social elaborada por Dannecker, mostra-se como um conceito juridicamente indigente, inapto a alicerçar sobre ele as exigências de um juízo de reprovação tão sólido teoricamente, como é o caso da culpabilidade (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 198).

5.3.5 Adán Nieto Martín e a culpabilidade pelo déficit de autorregulação permanente.

O modelo proposto por Adán Nieto Martín adota como ponto de partida que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é uma decisão essencialmente de política criminal à disposição do legislador, submetida, apenas, ao direito penal constitucional. Na opinião do referido autor, “em um Estado constitucional a dogmática penal, nem muito menos uma determinada concepção da teoria do delito, não representa uma barreira infranqueável da política criminal, cujo limite único se encontra na Constituição.” (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 17)¹⁶³.

Sentado o anterior, fica claro, desde o começo, que a construção teórica de Nieto Martín é pautada bem mais por preocupações político-criminais que por um rigor teórico-dogmático, o que não significa, por outro lado, que a teoria jurídico-penal esteja ausente em sua proposta. De qualquer maneira, em sua opinião, duas seriam as preocupações político-criminais básicas que a proposição de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas pretenderia afrontar: (a) *o aumento do poder corporativo*; (b) *o déficit de conhecimento da administração frente à criminalidade empresarial*.

Com relação ao primeiro problema político-criminal aludido, tem-se que com a radicalização da modernidade, já anteriormente tratada, e junto a ela o incremento de fenômenos como a globalização e a verticalização dos riscos, as empresas assumiram uma posição de eminente protagonismo no cenário econômico e geopolítico global¹⁶⁴. A possibilidade de localizar suas atividades em qualquer local do mundo, oferecendo produtos

¹⁶³ Traduzido livremente do original: “en un Estado constitucional la dogmática penal, ni mucho menos una determinada concepción de la teoría del delito, no representa ninguna barrera infranqueable de la política criminal, cuyo único límite se encuentra en la Constitución.”

¹⁶⁴ Em um exemplo bastante gráfico sobre o assunto, Adán Nieto Martín (2008c, p. 126) ilustra o tamanho da ameaça exercida, em tempos atuais, pelo poder corporativo (*corporate power*). Como bem explica o referido autor: “De las cien economías más potentes del mundo, 51 son corporaciones, y existen empresas casi tan potentes como Australia, y con presupuestos que superan a países como Noruega, Finlandia o Portugal. En el año 2000 el New York Times señalaba que el valor de mercado de Microsoft era similar al producto interior bruto de España.”. Em tradução livre: “Das cem economias mais poderosas do mundo, 51 são corporações, e existem empresas quase tão poderosas que a Austrália, e com pressupostos que superam países como a Noruega, a Finlândia ou Portugal. No ano 2000, o *New York Times* assinalava que o valor de mercado da Microsoft era similar ao produto interno bruto da Espanha.”

em um mercado específico sem que a sua produção tenha necessariamente se dado neste, permite às empresas transgredir imposições legais nacionalmente impostas, o que termina por colocar em xeque a eficácia das próprias legislações nacionais. Desta maneira, cria-se a imperiosa necessidade de desenvolver mecanismos jurídicos que permitam de algum modo alcançar os tomadores das decisões corporativas que se localizam, em muitos casos, fora dos limites alcançáveis territorialmente pela legislação penal. Neste contexto, instaurar uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, na visão de Nieto Martín, se mostraria como uma solução possível na luta contra o poder corporativo (*corporate power*), posto que assim permitir-se-ia a criação, no seio corporativo, de formas de autocontrole e organização interna que se contraponham às possibilidades de deslocalização territorial tanto de sua produção quanto das esferas de responsabilidade estabelecidas pela sua hierarquia (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 57).

A outra problemática político-criminal que seria auxiliada por uma responsabilização penal das empresas, para Nieto Martín, é justamente o *(b) o déficit de conhecimento da administração frente à criminalidade empresarial*. Isto porque, como decorrência dos já citados fenômenos relacionados com a modernidade, a dificuldade em torno da regulação do comportamento das corporações tornou-se consideravelmente maior. Hoje, o saber tecnológico é majoritariamente desenvolvido dentro dos centros de investigação das próprias empresas e não mais, como outrora, a partir da iniciativa pública, que na maioria dos âmbitos perdeu a sua antiga autoridade técnica. Deste modo, o Estado, para não tornar sua intervenção praticamente inócua, precisa alterar sua forma de atuação, exigindo das empresas que, de certa maneira, assumam uma função pública, no sentido de se autorregularem com o fim de colocarem-se ao lado do Estado na tarefa de controlar os novos riscos e de proteger o interesse dos cidadãos, a partir da evitação do cometimento de fatos delitivos em seu seio.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, neste contexto, alcança uma função chave, representando uma espécie de pacto entre o Estado e o poder corporativo, onde em troca dos benefícios derivados da responsabilidade limitada e a cada vez maior liberdade econômica concedida, as empresas se colocam ao lado do Estado para alcançar alguns de seus fins, entre os quais, o combate à criminalidade corporativa. A punição, pois, decorreria de uma falha das empresas em manter este compromisso, servindo a responsabilidade penal, na verdade, como um verdadeiro estímulo à autorregulação (NIETO MARTÍN, 2008c, p. 126).

Feitas estas considerações acerca das vantagens da proposta da responsabilização penal das empresas desde uma perspectiva político-criminal, Nieto Martín destaca que, em sua visão, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas tem como finalidade o incremento da

eficácia do direito penal e da responsabilidade penal individual. A sanção penal direcionada às empresas, pois, não pretende substituir a responsabilidade individual, mas sim fazê-la mais efetiva, na medida em que a responsabilização do coletivo tem o condão justamente de estimular que as pessoas jurídicas adotem medidas de organização que impeçam e / ou reajam à atuação delitiva de seus membros no âmbito da atividade empresarial (NIETO MARTÍN, 2008c, p. 127).

A grande dificuldade, por óbvio, é como delimitar um sistema teórico que cumpra com as pretensões político-criminais estabelecidas de base pelo autor. Neste sentido, Nieto Martín parte da ideia de que, pelas diferenças de partida entre ambas, as categorias dogmáticas relacionadas com o direito penal individual, construídas a partir da compreensão de determinadas características das condutas humanas, não seriam trasladáveis ao âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Por tal razão, para o referido autor, carece de sentido na esfera da responsabilidade penal da empresa a distinção entre injusto e culpabilidade (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012b, p. 78). O resultado desta opção é que a posição de Nieto Martín, como ele mesmo aponta, se configura na verdade como um modelo misto, que se utiliza de alguns aspectos da heterorresponsabilidade, no caso a ação humana, entendida pelo autor como uma condição objetiva de punibilidade, para posteriormente analisar o comportamento da própria pessoa jurídica, a partir de um juízo próprio sobre a sua culpabilidade (NIETO MARTÍN, 2008c, p. 132).

O núcleo da proposta de Nieto Martín, portanto, está em sua formulação sobre a culpabilidade empresarial. Seu modelo não toma por base uma teoria em específico, visto que este autor não acredita ser nem conveniente nem adequado fazer girar todo o sistema penal em torno de uma única teorização, como se novas categorias lógico-objetivas fossem. Para ele, “A realidade é demasiado variada para isso.” (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 67)¹⁶⁵.

Essa sua percepção sobre o método penal é levada para a sua construção da culpabilidade empresarial, na medida em que ele condensa as construções sobre a culpabilidade das pessoas jurídicas formuladas por diversos autores precedentes¹⁶⁶, de maneira a formar um conceito próprio centrado no déficit de autorregulação permanente da

¹⁶⁵ Traduzido livremente do original: “La realidad es demasiado variada para ello.”.

¹⁶⁶ Em específico, Adán Nieto Martín leva em consideração essencialmente quatro modelos de culpabilidade empresarial: (i) a culpabilidade empresarial como cultura corporativa desviada, formulada por Carlos Gómez-Jara Díez; (ii) a culpabilidade empresarial como defeito de organização, elaborada por Klaus Tiedemann; (iii) a culpabilidade empresarial como ausência de um comportamento pós-delitivo adequado, da lavra dos autores Brent Fisse e John Braithwaite; (iv) a culpabilidade empresarial pelo caráter / pela condução da atividade empresarial, respectivamente de autoria de Ernst Lampe e Günther Heine.

empresa. Isto porque, o referido autor considera que a culpabilidade de empresa pelo defeito de organização é a variante mais acertada dentre as disponíveis, apesar de ressaltar que as demais construções não apenas são todas tendencialmente corretas como também demonstram uma disparidade bastante enriquecedora para auxiliar no estabelecimento de uma delimitação mais precisa sobre o conteúdo deste defeito de organização (NIETO MARTÍN, 2008c, p. 135).

O que Nieto Martín pretende sinalizar com seu conceito é que a direção da empresa, da mesma forma que adota as medidas de gestão voltadas para a obtenção de seus interesses egoísticos, sejam eles de cunho econômico ou de qualquer outro tipo, deve empregar medidas no sentido de garantir que a corporação esteja com a sua atividade organizada para cumprir com as obrigações legais. A responsabilidade da empresa surge, portanto, quando esta não tiver criado um sistema preventivo destinado a minimizar de forma razoável os riscos derivados de sua atividade empresarial (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 146).

A fixação da culpabilidade empresarial nestes termos concorda, pois, com os fins de política criminal a que o autor pretende alcançar com a implementação de um sistema punitivo criminal para as pessoas jurídicas, isto é, “a motivação da autorregulação, que se concretiza na exigência de criar os mecanismos necessários para a prevenção de fatos delitivos, para a reparação de suas consequências e para a colaboração.” (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 146)¹⁶⁷. A autoorganização, concretizada nesta pretensão dogmática, evita a sobre-exploração do direito penal individual, reduz os custos relacionados aos processo penal e faz com que as empresas passem a assumir os custos pela evitação e / ou investigação dos atos delitivos praticados em seu seio.

No entender de Nieto Martín, a sua culpabilidade como déficit de autorregulação permanente representaria o “braço” penal de uma tendência legislativa que enxerga o direito de forma reflexiva (Teubner), conceito este plasmado na estratégia de repassar para os atores econômicos boa parte da carga regulatória imediata, exercendo, o direito, uma supervisão desta regulação. É por isto que o referido autor (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 147) defende que:

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é, pois, a *ultima ratio* do que temos denominado de autorregulação coagida ou autorregulação regulada e concretiza o dever das empresas de colaborar com o Estado com o fim de assegurar a eficácia do

¹⁶⁷ Traduzido livremente do original: “la motivación a la autorregulación, que se concreta en la exigencia de crear los mecanismos necesarios para la prevención de hecho delictivos, la reparación de sus consecuencias y la colaboración.”.

direito, redistribuindo de alguma maneira os custos relacionados com a perseguição e o ajuizamento de comportamentos delitivos.¹⁶⁸

Além desse viés central, pautado pelo déficit de autorregulação permanente, o conceito de culpabilidade empresarial de Adán Nieto Martín possui, ainda, outro elemento essencial, representado pela sua distinta estruturação temporal. Isto porque, o juízo de reprovação formulado por este autor tem em si inserido fatores tanto (a) *pré-delitivos* quanto (b) *pós-delitivos*.

Dentro dos elementos (a) *pré-delitivos*, Nieto Martín considera ser preciso levar em consideração os esforços por parte da empresa na hora de implementar uma cultura de respeito à legalidade, a implementação de programas de contenção de riscos, a criação de canais de informação, etc. Em resumo, em sede de juízo reprobatório deverão ser analisados, em um primeiro momento, como a empresa estava organizada, ou, mais especificamente, como operavam os mecanismos de autorregulação permanente da corporação (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 146).

Por outro lado, diferentemente da culpabilidade individual, devem ser igualmente levados em consideração em sede deste juízo reprobatório coletivo os fatores (b) *pós-delitivos*, representados pelas atitudes reativas da corporação em face ao descobrimento de um delito¹⁶⁹. Isto porque, da mesma forma que *ex ante* as empresas estão obrigadas a desenvolver medidas adequadas de autorregulação, *ex post*, após a verificação de ocorrência de um comportamento típico, a empresa deve igualmente reforçar seu compromisso com uma

¹⁶⁸ Traduzido livremente do original: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas es, pues, la *ultima ratio* de lo que hemos denominado autorregulación coaccionada o autorregulación regulada y concreta el deber de las empresas de colaborar con el Estado con el fin de asegurar la eficacia del derecho, redistribuyendo de alguna manera los costes que conlleva la persecución y el enjuiciamiento de comportamientos delictivos”.

¹⁶⁹ A extensão do juízo de reprovação da culpabilidade sobre os aspectos praticados *ex post* à perpetração de um delito demonstram uma clara influência sobre Nieto Martín das formulações de Brent Fisse e John Braithwaite, a respeito do conceito de culpabilidade reativa (*reactive corporate fault*). Neste sentido, Nieto Martín (2008b, p. 140), ao tratar do referido modelo afirma que “La culpabilidad reactiva posee además un indubitado valor a la hora de realizar un reproche social. Pues, como indica Fisse, parte del reproche que se hace a quien ha cometido una ofensa no depende sólo de cómo se ha comportado previamente, sino de cuál ha sido su actuación posterior. E igualmente tiene también sólidas bases en la teoría de la organización empresarial. Los altos directivos de una entidad se ocupan de grandes cuestiones estratégicas, delegando las actividades rutinarias. Por eso es posible que no estén al corriente del ambiente o las circunstancias que generan la comisión del delito. No obstante, una vez que éste ha tenido lugar se produce el denominado *management by exception*. Los altos directivos retoman las riendas de la entidad, por ello la reacción sí que constituye generalmente una expresión más exacta de la política empresarial ante estos supuestos.”. Em tradução livre: “A culpabilidade reativa também tem um indubitável valor na hora de realizar uma crítica social. Porque, assim como indica Fisse, parte da reprovação feita contra quem tenha cometido uma ofensa não depende apenas de como tenha se comportado anteriormente, mas de qual tenha sido a sua atuação posterior. E, igualmente, também tem bases sólidas na teoria da organização empresarial. Os altos diretos de uma entidade se ocupam de grandes questões estratégicas, delegando as atividades rotineiras. Por isso, é possível que eles possam não estar familiarizados com o ambiente ou com as circunstâncias que geram a comissão do delito. Não obstante, uma vez que este tenha lugar, se produz o denominado *gerenciamento por exceção*. Os altos dirigentes retomam as rédeas da empresa, de modo que a própria reação geralmente constitui uma expressão mais precisa da política corporativa em tais casos.”.

atuação pautada pela legalidade, dando mostras de uma reestruturação rápida no sentido exigido pelo ordenamento. Em específico, seria possível apontar para medidas como a instauração de investigações internas posteriormente à tomada de conhecimento de um fato delitivo, como um bom indicativo de uma culpabilidade empresarial adequada (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 154).

Esta delimitação da culpabilidade em dois momentos distintos, pois, evidencia que para Nieto Martín o direito penal coletivo, apesar de levar em consideração o fato, constitui igualmente um direito penal de autor, onde o comportamento delituoso não é senão a manifestação de uma “personalidade” defeituosa, consistente em um defeito de organização permanente, não pontual. Esta perspectiva, na opinião do referido autor, apesar de ser inteiramente rechaçável sob a análise do direito penal individual – posto que nenhum indivíduo pode ser responsabilizado pelo seu Ser – é inteiramente aplicável no direito penal coletivo. A justificativa para tal afirmação parte de que, na visão de Nieto Martín, diferentemente do que ocorre com os indivíduos, o Estado tem sim a legitimidade para dizer como devem portar-se as empresas, especificamente em relação à sua organização e ao seu caráter. De fato, diversas normas jurídicas contêm deveres de organização interna cujos destinatários são precisamente estes entes coletivos, algo inimaginável no direito penal individual (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 151).

Todos estes elementos, pois, levam o autor às seguintes conclusões: (a) tanto o comportamento pré-delitivo quanto o pós-delitivo são fundamentais para estabelecer o conjunto de exigências que sustentam a ideia de culpabilidade; (b) o defeito organizacional preventivo ou pós-delitivo precisa ter um caráter permanente, não sendo verificada a culpabilidade empresarial e, portanto, não incidindo responsabilidade penal, quando o fato delitivo aparece de forma pontual. O que motiva a responsabilidade penal da empresa não é nem a conduta da pessoa física nem a lesão ao bem jurídico, mas sim o seu déficit de autorregulação permanente; (c) da mesma forma que ocorre em sede do direito penal de autor, o fato delitivo concreto evidencia a existência de uma organização defeituosa previamente. O comportamento delitivo interessa como confirmação da falta de organização; (d) a existência de um comportamento individual delituoso se apresenta, por razões de política criminal, como uma condição objetiva de punibilidade. Por consequência, ainda que o defeito organizacional possa ser verificado anteriormente à perpetração de um crime, a sanção penal contra a empresa só pode ser imposta com a realização de um crime. As irregularidades anteriores à perpetração delitiva só podem ser alvo do direito administrativo sancionador (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 152).

São estes, em síntese, os contornos principais do modelo de imputação penal para as pessoas jurídicas formulado por Adán Nieto Martín¹⁷⁰. A sua construção é digna de várias considerações elogiosas, em especial pela aproximação que realiza entre o Estado e as empresas. Isto porque, partindo de uma via distinta ao direito penal tradicional, o referido autor consegue desenvolver um modelo de imputação penal às empresas que legitima a criação de uma série de deveres de colaboração com as funções estatais, em uma formulação significativamente respaldada nos conceitos, já apresentados anteriormente, de responsabilidade social corporativa e de autorregulação regulada. Se trata, portanto, de um notável desenvolvimento da culpabilidade pelo defeito organizacional inicialmente apresentada por Klaus Tiedemann, mas que, com Nieto Martín, alcança um viés muito mais moderno e elaborado (FEIJOO SÁNCHEZ, 2012b, p. 80).

Apesar de muito interessante por razões pragmáticas, o modelo de Nieto Martín sofre de uma debilidade considerável no que diz respeito à sua fundamentação dogmática. De início, ao não estabelecer diferença alguma entre injusto e culpabilidade, o autor termina por enfraquecer e reduzir as capacidades de racionalização do poder punitivo de seu próprio modelo. Ao revés de estabelecer dois filtros dogmáticos com objetivos e finalidades distintas, ele une os dois momentos em um inchado conceito de culpabilidade, dificultando sobremaneira a sua aplicação e utilização prática.

Ademais, além desta crítica inicial, o modelo por ele proposto também peca por, em última instância, se tratar de um sistema exclusivamente voltado para alcançar um interesse público específico, representado pelo estímulo à criação e estabilização dentro das empresas de programas eficazes de prevenção e reação à atividade delitiva. Se distancia, portanto, do fato em si, pautando-se exclusivamente na estrutura organizacional da empresa. Para a

¹⁷⁰ Existem outros elementos importantes ao modelo desenvolvido pelo autor, mas que para os propósitos do presente trabalho só podem ser tratados de maneira superficial. Em especial, destacam-se três destes elementos: (a) sua visão sobre os elementos subjetivos do dolo e da imprudência, (b) sua construção sobre a inimputabilidade e (c) sua criação de um amplo leque de sanções passíveis de imposição sobre as empresas delinquentes. Em relação ao primeiro ponto, defende que no direito penal coletivo dolo e imprudência se convertem em metáforas ou parábolas, mediante as quais se tenta descrever, apenas, a gravidade do defeito de auto-organização. Relativamente à inimputabilidade, o referido autor entende que existiriam três supostos de inimputabilidade, representados pelas sociedades de fachada, que não desenvolvem atividade econômica alguma, as pequenas sociedades, que apesar de desenvolverem atividades lícitas, não possuem um nível de complexidade suficiente para justificar a imputação direcionada à pessoa jurídica, e, por fim, as organizações criminosas. Para todas estas, Nieto Martín defende a aplicação de verdadeiras medidas de segurança, não de penas criminais. Finalmente, quanto à perspectiva sancionatória, o referido autor que a função da pena direcionada contra a pessoa jurídica é de natureza preventivo especial, representada pela consecução de um maior nível de auto-organização, mediante o compromisso empresarial de prevenir e evitar a realização de delitos em sua atividade. Por isso, a fim de que o mencionado objetivo seja alcançado, é preciso conceder aos magistrado um amplo leque sancionatório, através do qual será possível a lavratura de diversos tipos de sentenças: reparadoras, preventivas gerais, reabilitadoras e inocuidadoras. De qualquer maneira, para o posicionamento completo do autor, em todas as suas nuances: NIETO MARTÍN, 2008b.

empresa, no entender do referido autor, bastará cumprir com este fim político-criminal para livrar-se da responsabilização penal. Desta maneira, a responsabilização penal proposta por Nieto Martín mais bem representa uma responsabilização derivada de um fato delitivo que uma responsabilização motivada pelo fato delitivo em sentido estrito. Como bem aponta Bernardo Feijoo Sánchez (2012b, p. 79) sobre a proposta de Nieto Martín, “Não se trata, em última instância, de que a pessoa jurídica delinqua ou não, mas sim de que as empresas assumam tarefas públicas e se ponham ao lado do Estado na tarefa de evitar delitos.”¹⁷¹.

Em síntese, pois, apesar das considerações do referido autor serem bastante válidas para o desenvolvimento de um sistema sancionatório dentro de uma lógica administrativo-sancionatória, mostram-se elas insuficientes para impor sanções de caráter penal, cujas exigências dogmáticas são significativamente maiores. Acaso se pretenda utilizar do direito penal, com toda a sua força fática e simbólica, é preciso se respeitar as regras básicas exigidas para a sua aplicação. Como bem aponta Bernardo Feijoo Sánchez (2012b, p. 85), em uma crítica contundente à teorização de Adán Nieto Martín: “Não se pode jogar o basquete com as regras do hóquei.”¹⁷².

5.3.6 O modelo construtivista de responsabilidade penal empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez.

Carlos Gómez-Jara Díez, em sua proposta, aponta para a necessidade de rompimento do ciclo hermenêutico atual em que se encontra a dogmática penal tradicional, pautada essencialmente pelo paradigma do individualismo metodológico. Para tanto, Gómez-Jara defende que para superar a impossibilidade de conciliação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas com a dogmática, é preciso realizar um câmbio do atual paradigma filosófico-social para aquele do construtivismo operativo, corrente epistemológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, cujo máximo expoente é justamente Niklas Luhmann. É sobre esta nova base que o modelo construtivista é desenvolvido, construindo uma visão verdadeiramente inovadora para o direito penal empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 99).

Segundo a teoria dos sistemas autopoieticos, todos os sistemas gozam de uma especial autorreferencialidade, oriunda de sua capacidade de reproduzir-se autopoieticamente,

¹⁷¹ Traduzido livremente do original: “No se trata, en última instancia, de que la persona jurídica delinca o no, sino de que las empresas asuman tareas públicas y se pongan del lado del Estado en la tarea de evitar hechos delictivos.”.

¹⁷² Traduzido livremente do original: “No se puede jugar al baloncesto con las reglas del hockey.”.

isto é, de produzir e reproduzir os elementos a partir dos quais o próprio sistema encontra-se constituído (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, p. 04)¹⁷³. Ao que interessa para a responsabilidade penal empresarial, a característica da autorreferencialidade pode ser observada na organização empresarial, no ser humano e, também, no direito, sendo todos eles sistemas sociais autopoieticos. Entretanto, apesar dos três sistemas serem autopoieticos, isso não significa que a sua operação se desenvolva de maneira idêntica em todos eles, pelo contrário, cada um destes sistemas terá sua própria estrutura e sua própria operação. Assim, esclarece o referido autor que enquanto o ser humano é um sistema psíquico, que se reproduz com base na consciência, a organização empresarial é um sistema social organizativo, cuja reprodução se dá sobre a base das decisões. Por fim, o direito seria um sistema funcional, onde a reprodução autopoietica teria lugar a partir das comunicações jurídicas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 101).

A concepção da sociedade a partir da teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann implica que o sistema jurídico não é composto pelos seres humanos, ou por ações, mas sim por comunicações jurídicas. O direito, portanto, reproduz-se a si mesmo (*autopoiesis*) por conta de sua capacidade de produzir continuamente comunicações jurídicas em virtude de outras comunicações jurídicas anteriormente produzidas. É nisto, portanto, que consiste a *autopoiesis* do sistema jurídico. Esta autorreferencialidade, na visão de Gómez-Jara, impossibilita ao sistema jurídico o acesso aos dois outros sistemas anteriormente assinalados, isto é, a empresa (sistema organizativo) e ao indivíduo (sistema psíquico). Por consequência, como o direito não pode acessar diretamente as comunicações destes outros sistemas, ele precisa criar uma comunicação própria de ambos, a partir de suas próprias comunicações jurídicas, ou jurídico-penais, no caso do direito penal (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 203).

No que se refere ao sistema organizativo, dito sistema encontra-se composto por decisões. Sua *autopoiesis*, portanto, consiste na reprodução contínua de decisões. Esta autorreferencialidade, igualmente, encerra este sistema em si mesmo, excluindo os demais de sua constituição, passando eles a figurar no entorno deste sistema. Por figurarem no entorno do sistema organizativo, os demais sistemas precisam ser por ele compreendidos, o que se dará apenas a partir das operações do próprio sistema organizativo, o qual construirá autonomamente a sua imagem dos demais. Esta construção de sua própria realidade é que permitirá às empresas desenvolver uma capacidade epistemológica (conhecimento

¹⁷³ Em maiores detalhes sobre as características da autorreferencialidade, *autopoiesis*, autoorganização e autorresponsabilidade dos sistemas sociais organizativos, Carlos Gómez-Jara Díez (2005 e 2006), Niklas Luhmann (1997), ou no Capítulo 02 do presente trabalho.

organizativo) e de aprendizagem que as dotará de complexidade suficiente para predicar a elas uma capacidade de auto-organização e de autorreflexão que as tornam independentes de seu entorno, adquirindo a autonomia necessária para se auto-administrarem (GÓMEZ-JARA, 2005, p. 204).

Uma vez realizado o câmbio de paradigma proposto por Gómez-Jara, surge um problema central, relacionado com a difícil questão de como incorporar este novo paradigma no âmbito específico do direito penal. Para isto, o referido autor recorre precisamente ao normativismo funcionalista, corrente do pensamento jurídico-penal fundada por Günther Jakobs (GÓMEZ-JARA, 2005, p. 208). Isto porque, apesar de Jakobs não aceitar todos os postulados da teoria dos sistemas e chegar a conclusões distintas as desta última, entende ele que a sociedade é formada por comunicação e oferece um conceito de culpabilidade (funcional-pessoal) que pode ser compatível com o paradigma da teoria dos sistemas (PASTOR MUÑOZ, 2006b, p. 08)¹⁷⁴.

Gómez-Jara, porém, em sua investigação, pretende manter-se integralmente inserido no paradigma dos sistemas sociais autopoieticos, produzindo, por consequência, certas divergências com o posicionamento do penalista alemão, em especial acerca da possibilidade de concepção de um conceito de culpabilidade empresarial, negada pelo segundo, mas aceita pelo primeiro. Entretanto, para Gómez-Jara isso não representa um demérito de sua própria teoria, pelo contrário, pois na medida em que Jakobs não incorpora a totalidade do arsenal conceitual da teoria dos sistemas autopoieticos em suas construções, é ele incapaz de alcançar o resultado ora sustentado, de que as empresas são sim capazes de culpabilidade. Em definitivo, o modelo construtivista toma como referência as construções de Jakobs, mas a elas não se limita, por entender que o conceito construtivista de culpabilidade não pode abandonar nunca os postulados fundamentais da teoria dos sistemas autopoieticos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 209).

Estabelecidas estas premissas teóricas introdutórias, Gómez-Jara entende ser necessário, acaso se pretenda responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, o desenvolvimento de uma dogmática penal coerente, de forma a cumprir a insubstituível função garantista que a ela é atribuída. Tenta, assim, o referido autor, fugir da inegável tentação do esquecimento dos fundamentos da teoria do delito quando o sujeito a que se pretende direcionar a imputação é uma empresa, em virtude da maior facilidade de obtenção

¹⁷⁴ No entender de Carlos Gómez-Jara Díez (2005, p. 209), “Jakobs, como él mismo reconoce, no pretende elaborar una teoría de Derecho penal que sea absolutamente consecuente con dicha teoría social”. Em tradução livre: “Jakobs, como ele mesmo reconhece, não pretende elaborar uma teoria do Direito penal que seja absolutamente consecuente com dita teoria social.”

de uma responsabilização nestes termos. Isto porque, o estabelecimento de verdadeiras penas para as pessoas jurídicas traz, em contrapartida, um necessário comprometimento com uma certa ortodoxia, no sentido de elaborar uma metodologia dogmática adequada com a finalidade de limitar o exercício indiscriminado do poder punitivo do Estado contra os entes coletivos (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012a, p. 120).

Para proceder a esta elaboração de uma teoria jurídico-penal do delito coletivo, Gómez-Jara propõe a adoção do método da equivalência-funcional, pretendendo, a partir disso, determinar qual a função exercida pelas diversas categorias da teoria jurídica do crime, para, depois, estabelecer o seu equivalente funcional no âmbito do direito penal empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 53). A seguir, portanto, explicar-se-á como o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal realiza a referida equivalência-funcional de quatro categorias essenciais da teoria jurídica do crime: (a) *ação*, (b) *injusto*, (c) *culpabilidade* e (d) *pena*.

Conforme já exposto, a dogmática jurídico-penal tradicional costuma rechaçar a proposta de uma responsabilização penal coletiva justamente pela sua incapacidade de (a) *ação*. Como apenas os indivíduos são capazes de ação, as pessoas jurídicas, no máximo, só obteriam certa capacidade de agir através delas. O que resta claro para Gómez-Jara, porém, é que enquanto for utilizada esta semântica da ação, unicamente referida ao ser humano, está praticamente destinada ao fracasso qualquer tentativa de transposição desta categoria ao âmbito empresarial. Para superar este problema, defende o referido autor que as modernas tendências da teoria do direito penal oferecem novos apoios para superar esta dificuldade, em especial no que diz respeito a certos conceitos de pessoa que tomam por base um mesmo denominador comum, apto a considerar como “pessoas” tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas. No centro destas construções teóricas, pois, encontram-se fundamentações essencialmente pautadas pela ideia de competência organizacional (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 112)¹⁷⁵.

Desde esta perspectiva, abre-se a possibilidade de compatibilização conceitual entre o direito penal individual e o direito penal empresarial, pautada, como já se disse, desde a perspectiva da corrente normativo-funcionalista. Isto porque, determinadas organizações empresariais alcançam um nível tal de complexidade que, da mesma forma que acontece com

¹⁷⁵ Alguns exemplos de construções teóricas que desenvolvem um novo conceito de pessoa, afastado da compreensão do paradigma do individualismo metodológico, podem ser vistos em autores como Ernst Lampe, que pauta seu conceito de pessoa a partir da produção social do injusto, e Wilfried Bottke, que entende como pessoa a entidade, individual ou coletiva, capaz de organizar contatos sociais (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012a, p. 122).

a psique humana, começam a demonstrar caracteres próprios de autorreferencialidade, auto-condução e autodeterminação. Precisamente por isso, é possível determinar que a pessoa jurídica possui uma determinada competência organizacional ou que exerce uma posição de garantia sobre seu próprio âmbito organizativo. O que o autor aduz, em síntese, é que pelo fato de determinadas pessoas jurídicas alcançarem um dado grau de auto-organização, torna-se legítimo ao direito penal responsabilizar as empresas pelas consequências derivadas de suas liberdades organizativas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012a, p. 121). Justamente por ter a seu favor reconhecida esta liberdade para configurar o seu próprio âmbito de organização é que a pessoa jurídica deverá evitar a criação, em seu seio, de riscos superiores ao permitido, os quais, acaso concretizados, permitem a responsabilização do ente coletivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 115).

Assim, relativamente ao conceito de ação, é possível afirmar que, sob a ótica do modelo construtivista, da mesma forma que uma pessoa física tem uma capacidade de ação que constitui a base sobre a qual é construída a sua responsabilidade, a pessoa jurídica tem uma capacidade de organização que deve servir para o mesmo fim. Este primeiro nível de análise, pois, leva à conclusão que para uma teoria do delito construída para as pessoas jurídicas, a capacidade de organização do ente coletivo se apresenta como um equivalente funcional da capacidade de ação das pessoas físicas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012a, p. 122)¹⁷⁶.

Como consequência deste postulado, é possível considerar que as pessoas jurídicas possuem uma liberdade de auto-organização que pode ser exercida de forma correta ou defeituosa. Quando esta liberdade é utilizada de modo defeituoso, um defeito de organização é produzido, que, desde uma perspectiva jurídico-penal, constitui o próprio *(b) injusto*

¹⁷⁶ É preciso apontar, aqui, uma ressalva feita pelo autor quanto à capacidade de organização das empresas. Isto porque, no entender de Gómez-Jara, nem todas as empresas são capazes de se auto-organizar, o que implicaria em uma espécie de inimputabilidade da pessoa jurídica. Para o referido autor, da mesma forma que os sistemas psicológicos (pessoas físicas), os sistemas organizacionais precisam desenvolver um certo nível de complexidade interna para tornarem-se autorreferentes, permitindo, assim, uma autodeterminação do próprio sistema com respeito ao seu entorno, questão decisiva para o nascimento da responsabilidade penal da corporação. Desta forma, é possível estabelecer uma nova equivalência funcional, entre o desenvolvimento de uma complexidade interna suficiente no ser humano e na organização empresarial. Gómez-Jara (2011, p. 54) esmiúça o seu argumento a partir do seguinte exemplo: “To the same extent that children are not capable of wrongdoing according to individual criminal law until their psychological system is sufficiently complex, i.e., until it reaches a certain level of internal self-referentiality or self-consciousness, a corporation should not be held criminally liable until it develops a certain level of internal self-referentiality, i.e., self-organization. Corporations should also exceed that complexity benchmark, that is, enough internal self-referentiality, to be considered potential offenders by criminal law.”. Em tradução livre: “Na mesma medida em que as crianças não são capazes de praticar crimes de acordo com o direito penal individual até que seus sistemas psicológicos sejam suficientemente complexos, ou seja, até atingir um certo nível de autorreferencialidade ou autoconsciência interna, uma corporação não deve ser responsabilizada criminalmente até que desenvolva um certo nível de autorreferencialidade interna, isto é, uma auto-organização. As corporações também devem ultrapassar essa referência de complexidade, ou seja, uma suficiente autorreferencialidade interna, para serem consideradas potenciais infratoras pelo direito penal.”

empresarial. Expressado de outra forma, o que a pessoa jurídica “faz”, no entender de Gómez-Jara, é se organizar, podendo esta organização ser realizada de forma correta ou incorreta. A pessoa física, pois, no entender do referido autor, atua precisamente no marco desta organização, seja ela adequada ou não. Isto gera duas consequências opostas: (i) se a pessoa física atua criminalmente no marco de uma organização correta, não se pode considerar que junto ao injusto individual concorre um injusto próprio da pessoa jurídica. (ii) se, por outro lado, a pessoa física produz a sua atuação delinvente no contexto de uma organização defeituosa, então é sim possível considerar que em conjunto ao injusto da pessoa física, concorreu um injusto da pessoa jurídica (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012d, p. 140).

Diante disto, Gómez-Jara identifica o conceito de defeito de organização das pessoas jurídicas como o equivalente funcional do injusto próprio das pessoas físicas. Defendida a referida posição, duas dificuldades se apresentam de plano: (i) desde a perspectiva da tipicidade objetiva, como é possível determinar que uma empresa se organizou de maneira defeituosa? (ii) por outro lado, acaso a tipicidade objetiva seja constatada, seria possível também atribuir uma dimensão subjetiva da tipicidade para as empresas, isto é, seriam elas passíveis de se organizar de maneira defeituosa de forma dolosa e / ou imprudente?

No que pertine à primeira dificuldade exposta, Gómez-Jara entende que dentre as modernas teorias que se ocupam da questão, provavelmente seja a teoria da imputação objetiva a que permite maiores prestações neste âmbito. Em primeiro lugar, a utilização da teoria da imputação objetiva traz menores questionamentos que as demais, principalmente por já ser bastante aceita pela jurisprudência e pela doutrina de diversos países como parâmetro adequado para o estabelecimento da vertente objetiva do injusto. Ademais, com o intenso desenvolvimento de *standards* objetivos de organização das pessoas jurídicas presenciado nos últimos anos – regras ISO, *soft law*, etc – a verificação da correspondência da organização de uma determinada pessoa jurídica com ditos padrões tornou-se passível de ser realizada com uma maior facilidade (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012d, p. 141).

Isto posto, tem-se que a análise através da teoria da imputação objetiva se dará, no caso concreto, em dois níveis distintos. No primeiro, deve ser observado se a organização da pessoa jurídica deu azo à geração de um risco acima do permitido. Caso a resposta seja afirmativa, então a pessoa jurídica terá se organizado defeituosamente e, portanto, contará com um defeito organizacional que poderá ser considerado como penalmente relevante. A organização defeituosa, porém, por si só, não é suficiente para a configuração do injusto. É preciso mais. Por isto, em um segundo nível de análise, vai ser necessário estabelecer se o resultado lesivo efetivamente concretizado foi decorrente do defeito de organização da

empresa. Em outras palavras, será preciso verificar se o risco penal de fato produzido possui alguma relação com o defeito organizacional existente no seio da empresa. Isto porque é plenamente possível que ocorra uma situação em que apesar da empresa estar organizada de maneira equivocada, o risco de fato concretizado não possua qualquer relação com a debilidade organizativa. Por isso, é fundamental, neste segundo nível, que seja possível estabelecer uma relação normativa entre o risco produzido e o concreto resultado lesivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012d, p. 144).

Em resumo, desde a perspectiva objetiva do injusto empresarial, não se pode desconhecer que a mera comissão de um delito no âmbito organizativo de uma pessoa jurídica constitui um indício da existência de um defeito de organização. Entretanto, a simples perpetração de um crime em seu seio não é suficiente para se contatar que houve, de fato, um defeito organizacional por parte da empresa. É preciso, igualmente, se determinar que a pessoa jurídica contava com uma organização, *ex ante*, ineficaz para combater o risco que finalmente se produziu. Somente assim, pois, é que se tornará possível afirmar que a vertente objetiva do injusto empresarial está presente (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012d, p. 145).

Esclarecida a teorização do modelo construtivista sobre a vertente objetiva do injusto empresarial, resta estabelecer os postulados do modelo de Gómez-Jara acerca da vertente subjetiva do injusto. Neste sentido, no âmbito da responsabilização penal das pessoas jurídicas, acaso se pretenda manter fiel à premissa de que a pessoa jurídica deve responder por seu próprio injusto e por sua própria culpabilidade, é preciso estabelecer um entendimento sobre o dolo e sobre a imprudência das empresas sob a ótica da equivalência funcional (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012d, p. 149).

Em concreto, desde a perspectiva construtivista, interessa assinalar que a empresa, enquanto sistema organizativo autopoiético, dispõe sobre o conhecimento organizativo com independência do conhecimento individual dos particulares que a compõem. Para Gómez-Jara, o núcleo do conhecimento coletivo é a observação de que o conteúdo deste conhecimento não está caracterizado pelas partículas de conhecimento individuais, mas pelas relações e pelos modelos de vinculação entre estes elementos do conhecimento. As vinculações mesmas é que constituem o conhecimento independente, coletivo ou sistêmico, da organização. Ademais, o entendimento do direto, dos indivíduos e das organizações como sistemas funcionais autopoiéticos acarreta na compreensão de que o dolo, enquanto elemento do sistema jurídico, nada mais é do que uma construção normativa, oriunda das próprias comunicações do sistema jurídico (GÓMEZ-JARA, 2008b, p. 142).

A união dos razoamentos ora expostos resulta no fato de que o dolo, em sede do direito penal empresarial, é entendido como o conhecimento organizativo concreto do risco empresarial que se realiza em um resultado típico. A empresa, em síntese, sabia que sua organização era deficitária e não agiu para corrigi-la, respondendo penalmente quando um risco vier a se concretizar em virtude desta sua omissão. Por outro lado, a imprudência empresarial deve ser compreendida como um defeito de organização culposo que supere o risco permitido. Em definitivo, seria esta a hipótese em que a empresa, de forma negligente ou imprudente, acreditava estar devidamente organizada para prevenir o risco não permitido, mas na verdade não estava, quando poderia / deveria saber que era este o caso (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 293).

Esclarecidos os contornos dos conceitos de defeito de organização e de conhecimento organizativo, cernes do injusto penal empresarial para o modelo construtivista, é preciso desviar a atenção para outro ponto de igual importância, isto é, se ante à constatação de que um injusto corporativo foi perpetrado faz-se possível ao ordenamento jurídico oferecer uma reação frente a ele, mediante a imposição de uma pena. Isto porque, apenas aquelas condutas merecedoras de uma especial reprovabilidade geram a necessidade de imposição de uma pena, sendo precisamente neste ponto onde se insere a discussão sobre a criação de um conceito próprio de culpabilidade para as pessoas jurídicas, como categoria independente da culpabilidade individual (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012c, p. 153).

Dentre todos os diferentes problemas que se apresentam em contra a instauração da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a determinação de uma (c) *culpabilidade* empresarial possui um lugar de destaque. Não por acaso, o argumento de que o princípio da culpabilidade seria incompatível com a organização empresarial se apresenta como o principal foco de resistência daqueles autores que repudiam esta pretensão. Assim, da mesma forma que com as demais categorias do delito, Gómez-Jara pretende construir um conceito de culpabilidade empresarial que apesar de não ser idêntico ao da culpabilidade individual, seja um equivalente funcional deste. Em outras palavras, “conforme ao modelo construtivista, culpabilidade empresarial e culpabilidade individual não são iguais, mas sim funcionalmente equivalentes.”¹⁷⁷ (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 123).

Em concreto, o conceito de culpabilidade empresarial formulado pelo modelo construtivista é embasado em três equivalentes funcionais, derivados dos três pilares do conceito de culpabilidade individual formulado pela doutrina normativo-funcionalista: (a) a

¹⁷⁷ Traduzido livremente do original: “conforme al modelo constructivista, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero sí funcionalmente equivalentes.”

fidelidade ao direito como condição para a vigência da norma; (b) o sinalagma básico do direito penal e (c) a capacidade de questionamento da vigência de uma norma.

De início, o conceito de culpabilidade normativo-funcionalista estabelece que a tarefa de cumprir com o direito, de ser fiel ao direito, resulta vital para a vigência efetiva das normas. Entretanto, a mera existência de uma norma não garante que estas serão cumpridas. Por isto, apenas quando se impõe à pessoa a tarefa de ser fiel ao direito é que se pode predicar às normas sua vigência efetiva. Desta feita, o que verdadeiramente é castigado por uma sanção penal é o questionamento da norma. Não se trata aqui da infração a uma norma em específico, mas sim da infração a todo o sistema normativo. Se trata, portanto, de garantir a estabilização do sistema jurídico, cuja vigência unicamente será mantida enquanto resultar válido que cada pessoa procure por si mesma uma suficiente pré-disposição ao cumprimento normativo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 260).

A complexidade social, neste cenário, figura como um elemento de indubitável importância. Com efeito, afirma Gómez-Jara que o aumento da complexidade social da sociedade moderna, unida à nova compreensão do mundo trazida pelo iluminismo, foram responsáveis por estabelecer uma nova organização social, de extrema relevância para o direito penal. O processo de racionalização ou desmistificação do mundo, oriundo do movimento iluminista, implica no desaparecimento de um sentido imanente deste, levando aparelhado consigo o entendimento de que as pessoas, enquanto seres autônomos, são capazes de guiar-se ou de conduzir-se a si mesmos. Esta nova visão sobre a realidade tem como consequência uma verdadeira proliferação de centros autônomos de administração, isto é, cada pessoa tem a capacidade / liberdade de administrar-se autonomamente (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 260).

Como compaginar, porém, esta capacidade de autoadministração com a ordem social? A única maneira, para o referido autor, é levar a cabo um modo de organização social descentralizada, em que a cada pessoa é reconhecida a capacidade e a liberdade de organizar-se autonomamente, com a obrigação correlata de que entenda como sua a tarefa de procurar agir de forma suficientemente fiel ao direito. Em resumo, a ordem social de respeito mútuo e o reconhecimento entre as pessoas será considerado vigente na medida em que as pessoas cumpram com a tarefa de serem fieis ao direito. Nos casos em que se verificar uma infração culpável de uma norma, se considerará que a pessoa fracassou nesta tarefa e se imputará uma pena em virtude do seu fracasso em motivar-se neste sentido (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 260).

Agora, a descentralização social ora narrada não se deteve ao ser humano, pois o processo de descentralização da organização social presente na modernidade também se produziu com relação às organizações empresariais. Com efeito, a diferenciação funcional e a correspondente descentralização da sociedade foi se acentuando ao longo do século XX, até o ponto em que, atualmente, entende-se como uma das características fundamentais da sociedade moderna a carência de um único centro organizador, isto é, a visão da sociedade de maneira policêntrica. Desta maneira, conforme bem detalhado em momento anterior do presente trabalho, nasce o conhecido fenômeno da autorregulação regulada, como um reflexo da incapacidade estatal para controlar determinados riscos característicos da pós-modernidade. O resultado deste movimento foi que o controle e a gestão de muitos dos riscos hoje existentes tenham sido descentralizados, saindo do domínio do Estado e passando, agora, para organizações empresariais que em virtude do seu tamanho e complexidade interna não admitem uma regulação direta por parte do aparato estatal. Se muito, pode-se apenas aspirar a um controle externo sobre o contexto da atividade empresarial, característico da proposta do direito reflexivo (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 124).

Diante deste cenário, torna-se não apenas necessário como também adequado impor às organizações empresariais a obrigação primordial que afeta a toda pessoa jurídico-penal: *(i) a obrigação de fidelidade ao direito*. Dita fidelidade, porém, apenas se concretiza nas empresas quando a sua autorregulação interna esteja orientada ao cumprimento desta função. Assim, como a fidelidade ao direito constitui uma condição para a vigência das normas, a autorregulação empresarial no âmbito jurídico-penal se realiza a partir da concreta fidelização da empresa ao direito. Portanto, da mesma forma que na culpabilidade individual, a culpabilidade empresarial, enquanto primeiro equivalente funcional, consiste em uma falta ou déficit de fidelidade ao direito. Isto posto, defende Gómez-Jara que esta fidelização da empresa ao direito só ocorrerá quando nela se verificar a formação / manutenção de uma cultura empresarial de cumprimento normativo, representada pelo “complexo de premissas de decisão não decidíveis em uma organização empresarial.”¹⁷⁸. Isto porque, ditas premissas de decisão não podem ser reconduzidas a uma ou outra decisão individual concreta, sendo, na verdade, geradas pela própria organização empresarial e possuindo uma vigência determinada (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 273).

Do exposto, tem-se que o reconhecimento de uma esfera de autonomia à empresa com a conseqüente obrigação de fidelidade ao direito, na visão de Gómez-Jara, provoca, da

¹⁷⁸ Traduzido livremente do original: “complejo de premisas de decisión no decidibles en una organización empresarial.”

mesma forma que ocorreu ao indivíduo, o nascimento de um cidadão corporativo fiel ao direito. A não institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, pois, constitui uma verdadeira violação deste rol de cidadania corporativa, representando, assim, uma manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 126).

No entender de Gómez-Jara, o nascimento desta função do cidadão corporativo fiel ao direito leva ao reconhecimento de um mínimo de igualdade para as empresas. Precisamente desta compreensão radica o segundo equivalente funcional da culpabilidade empresarial, oriundo do (ii) *senalagma básico do direito penal* e que constitui uma instituição fundamental da sociedade moderna: liberdade de organização / responsabilidade pelas consequências. Em uma sociedade que concede um amplo grau de liberdade para seus cidadãos, possibilitando a estes uma ampla possibilidade de eleger seus próprios comportamentos, exige-se, em contrapartida, que os comportamentos escolhidos não possuam consequências lesivas. Às pessoas, pois, se impõe uma responsabilidade pela sua autoadministração, isto é, pelas consequências advindas de sua liberdade auto-organizativa. De outro modo, a sociedade concede esta mesma liberdade de se auto-organizar às empresas, e, como consequência desta liberdade, se exige das pessoas jurídicas uma responsabilidade por sua própria organização quando esta não se mantiver dentro dos limites do risco permitido. Desta maneira, se acentua uma autorresponsabilidade empresarial, que pode ser compreendida pelo seguinte postulado: “toda empresa deve comportar-se (organizar-se) autorresponsavelmente, de tal maneira que ninguém resulte lesionado – isto é, que o risco permaneça dentro do âmbito empresarial -.” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 127)¹⁷⁹. Ao adotar esta perspectiva, a empresa deixa, assim, de ser um mero ator econômico pautado pela lógica racional dos custos e benefícios, tornando-se, no entender de Gómez-Jara, uma verdadeira cidadã fiel ao direito.

Precisamente deste *status* de cidadania que surge o terceiro equivalente funcional da culpabilidade empresarial. Resulta fundamental para a dimensão material da culpabilidade jurídico-penal a possibilidade de poder participar na produção comum de sentido. Em outras palavras, o princípio da culpabilidade, para Gómez-Jara, garante que a pessoa é competente para intervir na vontade e na opinião pública, dela podendo igualmente dissentir. Entretanto, como pode a pessoa jurídica participar na produção comum de sentido, a partir de uma intervenção nos assuntos públicos? Para o referido autor, o ponto de partida radica de uma

¹⁷⁹Traduzido livremente do original: “toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado – es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial –”.

determinada interpretação da liberdade reconhecida constitucionalmente às pessoas jurídicas. Neste sentido, o relevante não é o reconhecimento em si desta liberdade, mas sim o seu conteúdo e o seu significado. Assim, pautado por uma interpretação fornecida pela jurisprudência americana (*First National Bank of Boston v. Belotti*), entende Gómez-Jara que a liberdade de expressão reconhecida às corporações é oriunda da possibilidade que detêm de intervir no debate tratado pelos cidadãos, responsável por moldar os rumos das decisões tomadas no âmbito de uma democracia. Em definitivo, às corporações, da mesma forma que aos indivíduos, se reconhece um direito de participar no processo de criação e definição das normas sociais, contribuindo, assim, para a conformação ou questionamento das mesmas (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012c, p. 171).

Portanto, diante de todo o exposto, fica claro que a atribuição de culpabilidade para as pessoas jurídicas pressupõe o reconhecimento de um mínimo de cidadania às empresas. E desta cidadania deriva uma série de obrigações que, acaso não cumpridas, ensejam uma reprovação por parte do direito penal. A culpabilidade penal empresarial para Gómez-Jara, em resumo, se vê representada pela ausência de fidelidade ao direito por parte de um cidadão corporativo específico, na medida em que não fomentou uma cultura empresarial capaz de estimular uma organização em prol da legalidade, e que, em decorrência desta omissão, concretizou-se um risco não permitido¹⁸⁰.

Por fim, Gómez-Jara pretende também compatibilizar o conceito de (*d*) *pena* com o direito penal empresarial. Neste sentido, a culpabilidade, tanto no direito penal empresarial quanto no direito penal individual – ao menos desde uma perspectiva normativo-funcionalista do direito penal – se fundamenta em uma concepção conhecida como prevenção geral

¹⁸⁰ Na visão de Gómez-Jara (2008b, p. 136), o seu conceito de culpabilidade não representaria uma culpabilidade pelo caráter ou pela condução de vida, mas sim uma culpabilidade pelo “fato” empresarial. Isto porque, o seu modelo propõe uma compreensão normativa do fato. Desta maneira, para o referido autor, “el mero dato *naturalístico* de un transcurso mayor o menor del tiempo, no adquiere relevancia *normativa* jurídico-penal. El hecho – para respetar la culpabilidad por el hecho – consiste en la configuración de un ámbito de organización propio – siempre, claro está, respetando los *límites* de la tentativa y la consumación -, y de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autoadministrarse. En definitiva, el hecho, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, se define como la *configuración de un ámbito organizativo determinado* y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización (...) que fundamenta precisamente su competencia organizativa.”. Em tradução livre: “o mero dado *naturalístico* sobre um maior ou menor transcurso de tempo, não adquire relevância *normativa* jurídico-penal. O fato – para respeitar a culpabilidade pelo fato – consiste na configuração de um âmbito de organização próprio – sempre, é claro, respeitando os *limites* da tentativa e da consumação -, e, portanto, a liberdade a partir desta abordagem teórica não é entendida como uma liberdade de vontade, liberdade de escolha em um momento concreto, mas sim uma liberdade de (auto) organização, uma liberdade de autoadministração. Em suma, o fato de tanto no Direito penal individual como no direito penal empresarial, é definido como a *configuração de um âmbito organizacional determinado*, e dita configuração se produz, no caso da organização empresarial, graças à sua capacidade de auto-organização (...) que fundamenta precisamente a sua competência organizacional.”.

positiva, concretizada a partir da ideia de retribuição comunicativa. De acordo com esta teorização, a pena cumpre a função de contribuir – contribuição entendida, aqui, como probabilidade de êxito da comunicação – com o reestabelecimento comunicativo da norma, reforçando, assim, a fidelidade ao direito (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2008b, p. 130).

A opção de fundamentar a pena empresarial em uma vertente da prevenção geral positiva não é de forma alguma uma novidade. O que existe de inovador nesta proposta de Gómez-Jara é, na verdade, a atualização que ele realiza desta opção. Isto porque, na formulação do referido autor, a função da pena, seja ela direcionada uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica, é sempre a mesma, isto é, o reestabelecimento comunicativo da vigência da norma. Tal posicionamento, inclusive, é uma consequência natural da adoção de um conceito de pessoa jurídico-penal que abarque tanto indivíduos quanto organizações empresariais. No que concerne ao reforço à fidelidade ao direito, o que mais interessa é como ela ocorre no direito penal empresarial, representada pela figura da promoção ou do estímulo à autorresponsabilidade empresarial. Graças ao conceito de culpabilidade do referido autor, a relação estabelecida entre a autorregulação empresarial e a autorresponsabilidade empresarial tem como especial consequência que as penas destinadas às empresas sejam direcionadas a estimular na comunidade empresarial um exercício de fidelidade ao direito, favorecendo uma autorregulação conforme ao direito e o correspondente estabelecimento de uma cultura empresarial de cumprimento com a normativa penal. Se estimula, pois, através das penas, que as empresas cumpram com seu papel de cidadãos corporativos fieis ao direito e que, no geral, seja produzido um reforço à vigência das normas na sociedade moderna (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 300).

Feitas estas explanações, percebe-se que Gómez-Jara foi capaz de desenvolver uma proposta completa, que leva em consideração todos os elementos da dogmática penal tradicional, para, assim, realizar uma compatibilização destes, sob a forma das equivalências-funcionais, com uma nova dogmática, desta vez voltada para as pessoas jurídicas. Ademais, Gómez-Jara consegue desenvolver uma verdadeira distinção entre os conceitos de injusto e de culpabilidade, de forma a verdadeiramente separar os dois momentos de análise do delito corporativo. Por fim, com seu conceito de pena, o referido autor estabelece um fundamento coerente para justificar a imposição de uma sanção de caráter penal para as empresas, pautado pelas noções de prevenção geral positiva¹⁸¹.

¹⁸¹ É interessante perceber como até mesmo autores que rechaçam a pretensão de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas ressaltam a robustez teórica do modelo proposto por Carlos Gómez-Jara Díez. Neste sentido, Günther Jakobs (*apud* GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, p. 20), sabidamente contrário ao estabelecimento de uma responsabilidade penal coletiva, em uma opinião sobre a obra do referido autor, destaca que “El trabajo de

Apesar dos seus inúmeros méritos, o modelo construtivista, da mesma forma que os demais, também foi duramente criticado pela doutrina. Uma primeira rejeição à proposta de Gómez-Jara é dada pela sua concepção das empresas como sistemas autopoieticos. Se bem é certo que as organizações complexas têm suas dinâmicas próprias institucionalizadas, de tal maneira que a capacidade individual de influir ou modificá-las é significativamente limitada, para a maior parte da doutrina, isto não leva à conclusão de que a organização esteja completamente desvinculada do fator humano. Não se questiona, pois, que desde uma perspectiva sociológica possam existir dinâmicas coletivas ou culturas corporativas impossíveis de serem conduzidas a um comportamento individual em específico, mas sim às conclusões normativas que derivam desta realidade, isto é, que exista um ente com identidade permanente no tempo que vai adotando decisões autônomas a curto e longo prazo e que se auto-organiza de forma desvinculada de todo fator humano. Na opinião de Bernardo Feijoo Sánchez (2015b, p. 54), “Resulta tão errôneo para fundamentar o delito corporativo descartar aos indivíduos como explicar todos os fenômenos em chave individualista.”¹⁸². O indivíduo segue, na opinião de boa parte da doutrina, como o centro de todo o sistema jurídico-penal, embora seja possível construir vias paralelas de responsabilidade pelo fato delitivo direcionadas para outros sujeitos, como é o caso das empresas (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015b, p. 53).

De outra forma, também se critica a ideia de “injusto de desorganização”, elaborada por Gómez-Jara. Primeiramente, se contesta até que ponto este injusto seria realmente merecedor de uma pena, em virtude das graves dificuldades de legitimação material existentes

Gómez ofrece, en mi opinión, y con diferencia, la mejor fundamentación para la punición de la empresa y obliga simultáneamente a todos los adversarios de tal punición (entre los cuales me cuento, con alguna limitación) a llevar a cabo redoblados esfuerzos – si no es que los adversarios acaban convirtiéndose en conversos-”. Em tradução livre: “O trabalho de Gómez oferece, em minha opinião, e com diferença, a melhor fundamentação para a punição da empresa e obriga simultaneamente a todos os adversários de tal punição (entre os quais me incluo, com alguma limitação) a levar a cabo redobrados esforços – se não é que os adversários acabam convertendo-se em conversos-”. Da mesma forma, Luís Gracia Martín (2014, p. 29), um dos críticos mais contundentes da proposta de responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, igualmente ressalta o esforço teórico de Gómez-Jara, quando afirma que “Finalmente, también he formulado, y ahora quiero reiterarlo aquí, un juicio muy favorable y claramente elogioso – por que sin duda lo merecen – sobre ciertas brillantes y, sin duda, sumamente aprovechables y operativas elaboraciones doctrinales debidas a la producción de Carlos Gómez-Jara en su decidido empeño, que lleva a cabo con tenaz esfuerzo, para construir un concepto – no obstante imposible – de culpabilidad propia de la persona jurídica como fundamento de un supuesto e imaginado Derecho penal de agrupaciones.”. Em tradução livre: “Finalmente, também formulei, e agora que reiterá-lo aqui, um juízo muito favorável e claramente elogioso – porque sem dúvida o merece – sobre certas brilhantes e, sem dúvida, sumamente aproveitáveis e operativas elaborações doutrinárias devidas à produção de Carlos Gómez-Jara, em seu decidido empenho, que leva a cabo com tenaz esforço, para construir um conceito – não obstante impossível – de culpabilidade própria da pessoa jurídica como fundamento de um suposto e imaginado Direito penal das agrupações.”.

¹⁸² Traduzido livremente do original: “Resulta tan errôneo para fundamentar el delito corporativo desechar a los individuos como explicar todos los fenómenos en clave individualista.”.

neste sentido. Isto porque, figuraria esta modalidade de injusto como uma espécie de crime de perigo abstrato consistente na mera desorganização empresarial, o que, na opinião da doutrina, poderia representar uma atribuição de responsabilidade penal pela mera infração de um dever. Neste sentido, conforme leciona Ricardo Robles Planas (2016, p. 201), em uma crítica contundente sobre a posição de Gómez-Jara, “não é possível legitimar que se puna a não adoção de medidas organizativas empresariais por si só pela mera possibilidade de que um terceiro autorresponsável utilize a pessoa jurídica como instrumento para delinquir.”. Em segundo lugar, surge a questão de quem deveria responder pela infração destes deveres formais de organização, os administradores ou a própria empresa. Sob este enfoque, a crítica costuma se concentrar no argumento de que se o propósito da punição é combater os aludidos injustos de organização, tal pretensão só seria obtida a partir da punição das pessoas físicas com capacidade de decisão a esse respeito, através de um tipo penal específico que punisse esta infração do dever (ROBLES PLANAS, 2016, p. 202).

A posição de Gómez-Jara sobre o dolo e a imprudência empresarial é, também, alvo de críticas. O argumento reside no fato de que o referido autor, ao tratar dos elementos subjetivos do tipo, abandonou o paradigma do normativismo para, sobre as bases empíricas procedentes das teorias da organização, tentar fundamentar a existência de um conhecimento por parte da corporação – conhecimento organizativo – distinto daquele obtido mediante a soma de seus componentes individuais. Deste modo, como já exposto, seria o dolo o concreto conhecimento organizativo do risco empresarial que se realiza em um resultado típico. Ocorre que esta pretensão possui um grau de complexidade tão elevado que a sua aplicação no terreno prático seria bastante desafiadora, em especial pela significativa dificuldade que se teria em comprovar este conhecimento organizativo em sede de um processo penal (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 159).

Por fim, o modelo de culpabilidade proposto por Gómez-Jara também é alvo de variadas críticas da doutrina. A mais contundente diz respeito à noção de cidadania corporativa, construída no referido modelo. Isto porque, para os detratores desta visão, não é suficiente afirmar que um mínimo de cidadania pode conformar toda a construção teórica sobre a culpabilidade. No direito penal, por se estar trabalhando com penas, sanção máxima passível de aplicação em um Estado democrático de direito, deve-se observar uma cidadania máxima, e não mínima, que é a única capaz de sustentar a imposição de uma pena. Uma culpabilidade empresarial, portanto, para figurar como verdadeira equivalente funcional da culpabilidade individual, deveria pressupor, necessariamente, um *status* igual ou equivalente de cidadania, não um inferior. Entretanto, a posição de Gómez-Jara, apesar do seu esforço

analítico, acaba por reconhecer que não existe uma cidadania equivalente, o que acarreta, para muitos autores, em uma impossibilidade de se falar em sanções que tenham como pressuposto a culpabilidade (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015a, p. 218).

Em definitivo, porém, e apesar de todas as críticas, o modelo construtivista proposto por Carlos Gómez-Jara Díez mostra-se como a formulação mais coerente e consequente, até o presente momento, no âmbito da responsabilização penal das pessoas jurídicas, concedendo contra-argumentos robustos para refutar a impossibilidade de ação, de culpabilidade e de pena dos entes coletivos. Ainda que não se aceite todos os seus postulados – ou mesmo que não se aceite nenhum deles – o seu mérito é inegável. Mas não só. O modelo construtivista demonstra que a formulação de uma responsabilidade penal autônoma para as pessoas jurídicas é algo passível de ser dogmaticamente construído, ainda que se possa admitir que esta proposta em específico não foi capaz de superar todos os problemas apresentados na discussão doutrinária. O que faz este modelo, na verdade, é mostrar que existe sim um caminho, abrindo uma nova frente através da qual futuros doutrinadores poderão expandir os seus conceitos e postulados, com o fito de elaborar um método jurídico-penal para a responsabilização das empresas com um nível de aceitação semelhante àquele alcançado pela metodologia desenvolvida para as pessoas físicas, através do método finalista.

5.4 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO CENÁRIO LEGISLATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL.

De toda a extensa exposição teórico-doutrinária que acaba de se proceder, resta evidente que os modelos até o momento propostos para fundamentar uma responsabilização penal das pessoas jurídicas, apesar de possuírem diversos méritos, encarando frontalmente uma série de desafios impostos pela dogmática penal tradicional, ainda não alcançaram um patamar de desenvolvimento suficiente para elevá-los à posição de corrente majoritária defendida pela doutrina. As diversas críticas expostas sobre cada um dos modelos anteriormente tratados, entretanto, não são capazes de retirar o que talvez seja a maior conquista destas propostas, representada pela demonstração, mediante sólidos argumentos, de que é sim possível desenvolver um método dogmático alternativo, apto a apresentar soluções frente às exigências do direito penal contemporâneo e de cumprir com a função dogmática básica de racionalização do poder punitivo. Em resumo, apesar destes modelos não solucionarem integralmente todas as nuances do problema, eles apontam para o caminho a ser seguido nos desenvolvimentos vindouros.

O presente diagnóstico pode ser confirmado mediante uma análise de direito comparado. Isto porque, diferentemente do Brasil – preso no tempo a uma legislação prestes a completar vinte anos de existência, cujo postulado da heterorresponsabilidade penal parece figurar como cláusula pétrea – diversos países têm avançado consideravelmente em suas tratativas sobre o tema. Conforme será possível vislumbrar a partir da explanação que se segue, inúmeros Estados onde anteriormente vigia o princípio fundamental do *societas delinquere non potest* alteraram a sua posição, passando, em tempos recentes, a adotar legislações que compatibilizam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas com os seus ordenamentos. Mas não só. Talvez o mais surpreendente tenha sido o fato de que muitas das construções doutrinárias sobre a autorresponsabilidade penal das empresas encontraram amplo respaldo nestas novas legislações. Isto posto, com o fito de demonstrar o presente argumento, proceder-se-á a uma sucinta exposição do contexto normativo de alguns países¹⁸³, na tentativa de identificar quais tendências estão sendo seguidas no âmbito legislativo da responsabilização das pessoas jurídicas por fatos criminosos, seja ela de cunho penal ou administrativo.

Neste sentido, como primeiro caso de análise, é de se observar a legislação desenvolvida na Alemanha sobre o tema. De início, é preciso alertar que o referido país não aceita uma responsabilidade de caráter penal para as pessoas jurídicas, mas sim de natureza administrativa. Esta forma de responsabilização corporativa foi introduzida gradualmente durante o curso do século passado, adquirindo especial relevância a partir da normatização chamada de Lei das Infrações Administrativas (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), do ano de 1968. De acordo com o §30 da referida legislação, uma multa administrativa será imposta sobre uma pessoa jurídica se um órgão, um representante ou uma pessoa com funções de controle no âmbito da empresa tiver cometido uma ofensa criminal ou regulatória (*Ordnungswidrigkeit*). Ademais, o §130 da mesma lei estabelece que uma multa também poderá ser imposta caso um empregado comum cometa uma ofensa em nome da pessoa jurídica, desde que se comprove a falha de um representante da empresa em prevenir e / ou desencorajar a comissão da ofensa através de uma supervisão adequada (BÖSE, 2011, p. 230).

Do exposto, se percebe que dois são os elementos centrais na proposição legislativa alemã, aptas a motivar uma responsabilização administrativa das pessoas jurídicas: (a) o comportamento delitivo por parte de um representante legal da empresa, seja ele

¹⁸³ Por uma verdadeira limitação de espaço, não será possível apreciar todos os modelos estabelecidos pela legislação internacional sobre o tema. É feita, aqui, uma escolha, no sentido de abordar o contexto dos países cujas normativas costumemente possuem uma maior relevância no direito nacional, ou que, alternativamente, encontre-se em um estado já consideravelmente avançado na tratativa do assunto.

comissivo ou omissivo; e (b) a falta de uma organização adequada ou o descumprimento de deveres de supervisão por parte de seus representantes – um defeito organizacional, em síntese.

Conforme se percebe, no modelo de imputação estruturado pela Alemanha, a empresa é responsabilizada administrativamente pela conduta criminosa de suas lideranças corporativas, sejam elas comissivas ou omissivas. Não por outra razão, Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 93) afirma que a legislação alemã é “apenas rotularmente não penal.”. Ademais, já se percebe aqui a clara influência do conceito de defeito de organização, em um modelo que muito se aproxima da proposta anteriormente delineada por Klaus Tiedemann. Apesar deste defeito organizacional não ser absolutamente essencial para a responsabilização das empresas, posto que elas podem ser punidas mesmo quando ele não for constatado, o referido conceito já demonstra aqui uma certa relevância, na medida em que poderá influenciar no montante da sanção pecuniária estabelecida contra a corporação (BÖSE, 2011, p. 230).

Feitas estas considerações sobre a perspectiva legislativa da Alemanha, veja-se, agora, o modelo proveniente da Itália. Neste sentido, o legislador italiano apenas introduziu um modelo de responsabilidade direta para as entidades coletivas no ano de 2001 e, ainda assim, o fez apenas sob a égide do direito administrativo. A Itália, na verdade, sempre repudiou a adoção de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em especial devido à uma vedação de caráter constitucional¹⁸⁴. De qualquer maneira, com a introdução no ordenamento do referido país do *Decreto Legislativo* nº. 231, de 08 de junho de 2001, é inserida na legislação italiana um instrumento jurídico apto a responsabilizar administrativamente as pessoas jurídicas em decorrência da prática de crimes (DE MAGLIE, 2011, p. 256).

A responsabilidade administrativa imposta pela legislação italiana é regida por um modelo misto, onde são observados aspectos tanto de heterorresponsabilidade, especialmente para a imputação, quanto de autorresponsabilidade. De início, é de se perceber que a punição das empresas é decorrente dos crimes cometidos no interesse ou em benefício da entidade coletiva, através de seus oficiais, diretores, gerentes ou empregados. Adicionalmente, uma

¹⁸⁴ Em seu art. 27, estabelece a Constituição Italiana que: “La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra.”. Em tradução livre: “A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva. A pena não pode consistir em um tratamento contrário ao senso de humanidade e deve tender à reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte, a não ser nos casos previstos na legislação militar de guerra.”.

sorte de culpabilidade estrutural da empresa também precisa estar presente. A responsabilidade da empresa, então, é baseada em um simples mecanismo: se a pessoa jurídica não tiver adotado e efetivamente implementado medidas efetivas de controle antes do cometimento de um delito, será responsabilizada (PALUDI; ZECCA, 2014, p. 398).

A referida normativa, porém, permite a exclusão da responsabilidade das empresas em determinadas hipóteses. Esta isenção, porém, tem uma dupla aplicabilidade, a depender do sujeito ativo do delito. Neste sentido, se o crime for cometido por algum representante, diretor ou gerente da empresa, ela não será responsabilizada acaso demonstre: (a) que antes do cometimento do crime adotou e implementou medidas preventivas de controle relacionadas ao delito perpetrado; (b) que foi determinada a criação de um corpo supervisor do funcionamento e da atualização do modelo de organização; (c) que a pessoa responsável pelo cometimento crime eludiu fraudulentamente o modelo de organização e gestão estabelecido na pessoa jurídica; e (d) que o corpo supervisor do modelo de organização desenvolveu seu trabalho adequadamente. Por outro lado, acaso um empregado de menor escalão tiver sido o responsável pela perpetração do crime, a responsabilidade só será excluída acaso comprovado que: (a) foi verificada a adoção e a efetiva implementação de um modelo de organização, gestão e controle idôneo para prevenir crimes da mesma espécie daquele verificado no caso concreto; (b) o empregado inobservou as regras estabelecidas pelo modelo de organização, gestão e controle impostos na corporação (PALUDI; ZECCA, 2014, p. 398)¹⁸⁵.

Conforme se observa da presente exposição, existem três pontos cardeais na normativa italiana que devem ser verificados para se aplicar uma sanção administrativa às pessoas jurídicas: (a) o comportamento delitivo por parte de um representante da empresa ou de um empregado, seja ele comissivo ou omissivo; (b) a efetiva implementação de um modelo de organização, gestão e controle, apto a evitar o cometimento de um delito; (c) a possibilidade de exclusão da responsabilidade administrativa, acaso verificado que a empresa cumpriu com os seus deveres preventivos.

Do que se extrai, o modelo de imputação formulado pelo legislador italiano corresponde a uma espécie de regime administrativo ancorado em fundamentos, requisitos e

¹⁸⁵ Para a referida normativa, um modelo de organização empresarial aceitável exige a presença mínima de alguns requisitos: (a) identificação das atividades relacionadas com o cometimento do delito; (b) previsão específica de protocolos relacionados ao treinamento e à implementação de decisões a serem adotadas pelo corpo interno da empresa; (c) a identificação de procedimentos de gestão financeira aptos a prevenir a comissão de delitos; (d) prever obrigações de troca de informações com o corpo supervisor; (e) introduzir um sistema disciplinar para punir a inobservância das medidas indicadas no modelo de organização (PALUDI; ZECCA, 2014, p. 399).

garantias eminentemente penais, mas que é tratado fora do seu escopo. Daí a crítica formulada por Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 97), ao alegar que o referido modelo trataria, na realidade, “de uma verdadeira fraude de etiquetas.”. Ademais, outra vez se percebe a importância do conceito de organização empresarial, chegando o legislador italiano até mesmo a reconhecer, de forma bastante coerente, diga-se, a exclusão da responsabilidade administrativa quando restar evidenciado que a empresa estava de fato devidamente arranjada, através de um modelo de organização, para prevenir o risco penal.

Uma outra legislação de suma importância para o tema sob análise, ainda que fora do regime do *civil law*, é a australiana. Desde o ano de 2001, a Austrália emprega um modelo organizacional para estabelecer uma verdadeira responsabilidade penal para as pessoas jurídicas. Esta normativa é bastante relevante para a presente discussão, pois além de assumir um modelo próprio de autorresponsabilidade penal empresarial em alguns casos, pela primeira vez estabelece uma distinção entre delitos corporativos dolosos¹⁸⁶ e negligentes (MUÑOZ DE MORALES, 2014, p. 418).

De início, é bastante interessante perceber que o referido código, em sua seção 12.1, traz uma ressalva de partida que corrobora em absoluto a linha defendida no presente trabalho, isto é, de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser embasada em um fundamento próprio, distinto daquele estabelecido para as pessoas físicas. Veja-se o que estabelece o referido comando legal:

12.1. Princípios gerais.

(1) Este Código aplica-se às corporações da mesma forma que aplica-se aos indivíduos.

O mesmo se aplica com as alterações previstas na presente parte e com as outras alterações que sejam necessárias devido ao fato da responsabilidade penal ser imputada às pessoas coletivas e não aos particulares.¹⁸⁷

Feita esta observação, é preciso detalhar os dois modelos estabelecidos pela normativa australiana. De início, na responsabilização de caráter doloso, o agente não desaparece por completo. Se trata, na verdade, de um sistema de imputação dividido em duas fases. Na primeira, é preciso demonstrar como o tipo penal (*physical element*) foi realizado por um agente da organização no âmbito de suas competências, independentemente do seu

¹⁸⁶ O modelo australiano, advirta-se, não trabalha propriamente com o conceito de dolo, mas sim com a noção de *mens rea*. O *mens rea* é, na verdade, o elemento mental do crime. O referido conceito extrapola o que se entende na doutrina continental como dolo, incluindo elementos como a intenção, o conhecimento, a imprudência, entre outros. No presente trabalho se chamará este modelo de doloso apenas para facilitar a compreensão, mas ciente da não correspondência integral entre ambos os conceitos.

¹⁸⁷ Traduzido livremente do original: “12.1 General principles (1) This Code applies to bodies corporate in the same way as it applies to individuals. It so applies with such modifications as are set out in this Part, and with such other modifications as are made necessary by the fact that criminal liability is being imposed on bodies corporate rather than individuals.”.

grau hierárquico dentro da corporação. Já em um segundo momento, é preciso comprovar que este fato foi expresso, tácita ou implicitamente autorizado ou permitido (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 131).

Entretanto, mais relevante para a presente análise é quando a referida legislação define quais as situações em que esta autorização ou permissão pode ser estabelecida. As duas primeiras hipóteses são mais comuns, condizentes com a linha dos dois modelos legislativos já apresentados, tratando-se da responsabilidade pela comissão direta ou pela omissão frente ao delito levada a cabo pela direção da empresa. É o que se percebe das seguintes determinações:

12.3 Elementos de culpa diferentes da negligência

(...)

(2) Os meios pelos quais essa autorização ou permissão pode ser estabelecida incluem:

(a) provar que o conselho de administração da corporação realizou intencionalmente, conscientemente ou imprudentemente a conduta relevante, ou expressa, tácita ou implicitamente, autorizou ou permitiu a prática da infração; ou

(b) provar que um agente de alta administração da empresa corporativa intencionalmente, conscientemente ou imprudentemente se engajou na conduta relevante, ou expressa, tácita ou implicitamente, autorizou ou permitiu a comissão da infração;¹⁸⁸

Mais relevantes, porém, são as duas hipóteses seguintes, as quais configuram a conduta delinvente da corporação através de uma culpabilidade de empresa (*fault*) pautada pela noção de cultura corporativa, em um modelo de imputação absolutamente despersonalizado, onde a conduta das pessoas físicas em concreto não tem nenhuma repercussão. Veja-se, quanto a este ponto, os seguintes regramentos:

12.3 Elementos de culpa diferentes da negligência

(...)

(2) Os meios pelos quais essa autorização ou permissão pode ser estabelecida incluem:

(...)

(c) provar que existia uma cultura corporativa dentro da corporação que dirigiu, encorajou, tolerou ou levou ao não cumprimento da disposição relevante; ou

(d) comprovar que a entidade jurídica falhou em criar e manter uma cultura corporativa que exigisse o cumprimento da disposição relevante.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Traduzido livremente do original: “12.3 Fault elements other than negligence. (...) (2) The means by which such an authorisation or permission may be established include: (a) proving that the body corporate's board of directors intentionally, knowingly or recklessly carried out the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence; or b) proving that a high managerial agent of the body corporate intentionally, knowingly or recklessly engaged in the relevant conduct, or expressly, tacitly or impliedly authorised or permitted the commission of the offence;”.

¹⁸⁹ Traduzido livremente do original: “12.3 Fault elements other than negligence. (...) (2) The means by which such an authorisation or permission may be established include: (...) (c) proving that a corporate culture existed within the body corporate that directed, encouraged, tolerated or led to non-compliance with the relevant provision; or (d) proving that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision.”.

De se perceber, portanto, que o código penal australiano não apenas insere o conceito de cultura corporativa no âmbito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas como o coloca em uma função central, como elemento apto a determinar se houve uma atuação dolosa por parte da empresa. Mas não só. A referida normativa vai além, trazendo uma definição do que entende por cultura corporativa. É o que se extrai do seguinte trecho:

12.3 Elementos de culpa diferentes da negligência

(...)

(6) Nesta seção:

(...)

cultura corporativa significa uma atitude, uma política, uma regra, um curso de conduta ou uma prática existente dentro da corporação em geral ou na parte da pessoa jurídica em que as atividades relevantes ocorrem.¹⁹⁰

Por outro lado, a responsabilidade da empresa também pode derivar, no modelo australiano, de uma conduta negligente da corporação. No referido código, a conduta é entendida como negligente quando a negligência for um elemento da culpa relacionada com a ofensa criminosa e quando nenhum indivíduo da empresa possuir esta culpa isoladamente. A culpabilidade é atribuível à organização empresarial, nestes casos, quando a conduta da empresa aparecer como negligente em seu conjunto. Para a aludida legislação, porém, a negligência será evidenciada quando a conduta proibida for substancialmente atribuível a uma:

(a) inadequada gestão corporativa, controle ou supervisão da conduta de um ou mais de seus funcionários, agentes ou funcionários; ou

(b) não fornecimento de sistemas adequados para a transmissão de informações relevantes a pessoas relevantes no corpo da corporação.¹⁹¹

Ao que interessa ao presente trabalho, o código penal australiano traz considerações sumamente relevantes. Primeiro pelo esforço em definir em maiores detalhes a noção de culpabilidade da empresa. Segundo, por estabelecer diferentes vertentes deste conceito, a depender da modalidade delitiva, isto é, uma para os crimes dolosos e outra para os delitos negligentes. A referida legislação, portanto, não se contenta com uma proposta única para a culpabilidade, entendendo-a como um defeito organizacional no caso dos delitos negligentes, concretizado a partir dos mecanismos de controle e supervisão da empresa, além dos sistemas internos de transmissão das informações, e mesclando, nos delitos dolosos,

¹⁹⁰ Traduzido livremente do original: “12.3 Fault elements other than negligence. (...) (6) In this section: (...) corporate culture means an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or in the part of the body corporate in which the relevant activities takes place.”

¹⁹¹ Traduzido livremente do original: “(a) inadequate corporate management, control or supervision of the conduct of one or more of its employees, agents or officers; or (b) failure to provide adequate systems for conveying relevant information to relevant persons in the body corporate.”

elementos da heterorresponsabilidade com o conceito de cultura corporativa (NIETO MARTÍN, 2008b, p. 132). Os conceitos de defeito de organização e de cultura corporativa, portanto, exercem grande influência nesta normativa, figurando em posições centrais dentro da lógica imposta pelo código penal australiano para responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas.

Por fim, um último sistema que merece ser analisado é o trazido pela legislação espanhola. No referido país, o princípio do *societas delinquere potest* demorou significativamente para ruir. Na verdade, apenas no ano de 2010 é que o legislador espanhol impôs uma autêntica responsabilidade penal direcionada às empresas. Mas não só. Em 2015, em virtude das muitas críticas direcionadas à técnica legislativa utilizada na normativa espanhola, foi feita uma atualização sobre o seu conteúdo, aprofundando as mudanças estabelecidas na normatização anterior.

No referido país, após a aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ano de 2010, o debate doutrinário em grande medida girou em torno da definição de qual teria sido o modelo utilizado pelo legislador espanhol para estabelecer a responsabilização penal das empresas, se um modelo de heterorresponsabilidade (vicarial)¹⁹², ou se, por outro lado, com a referida legislação foi criado uma autorresponsabilidade penal para as pessoas jurídicas¹⁹³.

Tais dúvidas só foram finalmente saneadas a partir da entrada em vigor da nova legislação. Isto porque, logo na exposição de motivos da LO 1/2015, que inseriu novos parâmetros legais para a regulação penal das pessoas jurídicas, o legislador espanhol faz o seguinte esclarecimento:

¹⁹² Santiago Mir Puig (2014, p. 04), por exemplo, é categórico quando afirma que “De los modelos que se manejan en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, el de *autorresponsabilidad* (por hecho propio de la persona jurídica) y el de heterorresponsabilidad (por hechos de personas físicas distintas a la persona jurídica), la LO 5/2010 acogió, pues, el segundo.”. Em tradução livre: “Dos modelos manejados em matéria de responsabilidade das pessoas jurídicas, o de *autorresponsabilidade* (por fato próprio da pessoa jurídica) e o de heterorresponsabilidade (por fatos das pessoas físicas distintas à pessoa jurídica), a LO 5/2010 acolheu, pois, o segundo.”. Neste mesmo sentido é o posicionamento de Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 256), quando alega que “una lectura sin precomprensiones hermenéuticas del art. 31 bis 1 CP revela que el legislador español ha optado por el modelo de la transferencia o imputación.”. Em tradução livre: “uma leitura sem pré-compreensões hermenêuticas do art. 31 bis 1 CP revela que o legislador espanhol optou pelo modelo de transferência ou imputação.”.

¹⁹³ Defendendo que a LO 5/2010 estabeleceu um modelo de responsabilidade própria para as pessoas jurídicas no direito penal, Bernardo Feijoo Sánchez (2012c, p. 49) “La principal novedad de la reforma del año 2010 es que por primera vez se puede hablar en propiedad de una **responsabilidad penal propia o genuina de las personas jurídicas**, suponiendo, por tanto, la LO 5/2010 el certificado de defunción del *societas delinquere potest*.” Em tradução livre: “A principal novidade da reforma do ano de 2010 é que pela primeira vez se pode falar com propriedade de uma **responsabilidade penal própria ou genuína das pessoas jurídicas**, supondo, portanto, a LO 5/2010 a certidão de óbito do *societas delinquere potest*.”.

Com isso, se põe fim às dúvidas interpretativas que havia planteado a regulação anterior, que desde alguns setores havia sido interpretada como um regime de responsabilidade vicarial, e se assumem certas recomendações realizadas neste sentido por algumas organizações internacionais.¹⁹⁴

A reforma de 2015, portanto, obedece à vontade expressa do legislador de excluir do modelo espanhol qualquer resquício da defasada proposta da heterorresponsabilidade penal, ou responsabilidade penal por fato alheio. Se trata o modelo definitivamente imposto em 2015 de uma autêntica proposta de autorresponsabilidade penal empresarial, ou de responsabilidade penal por fato próprio. Ressalte-se, porém, que tal reconhecimento não implica na constatação de que seria este um modelo puro de autorresponsabilidade, onde as pessoas físicas seriam irrelevantes. Na verdade, conforme se demonstrará, as pessoas físicas ainda ocupam um lugar central na normatização espanhola, tratando-se, o modelo, mais propriamente de uma corresponsabilidade penal que de uma autorresponsabilidade penal pura, onde não se pode falar em uma responsabilidade exclusiva e excludente da pessoa jurídica, mas sim de uma responsabilidade acumulativa. A responsabilidade penal das pessoas físicas e jurídicas no direito espanhol, pois, convivem lado a lado, mas cada uma delas radica em motivações próprias, autônomas e independentes (FEIJOO SÁNCHEZ, 2016, p. 03).

Neste sentido, veja-se que os artigos 31 *bis* e seguintes partem da ideia de que são as pessoas físicas que realizam materialmente os fatos típicos. Sem uma atuação delitiva por parte das pessoas físicas, portanto, não se pode falar em delito corporativo. Se converte, desta forma, em um pressuposto formal do delito coletivo a determinação de quais requisitos deverão ser reunidos para que o comportamento individual possa dar lugar a uma responsabilidade da pessoa jurídica (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015b, p. 81).

Neste sentido, o código penal espanhol determina que as condutas relevantes são (art. 31 *bis* 1.): (a) os delitos cometidos em nome ou por conta das empresas, e em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais, por indivíduos autorizados a tomar decisões em nome da empresa ou por pessoas que ostentem faculdades de organização e controle na corporação; (b) os delitos cometidos, no exercício de atividades sociais e por conta e em benefício direto ou indireto da empresa, por quem, estando submetido à autoridade das pessoas físicas anteriormente delineadas, pôde realizar sua conduta em virtude de uma

¹⁹⁴ Traduzido livremente do original: “Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales.”.

grave violação dos deveres de supervisão, vigilância e controle sobre suas atividades por parte de seus superiores.

Agora, é preciso salientar que apesar dessa aproximação entre o delito individual e o coletivo, o legislador espanhol determina que o delito corporativo pode ter lugar mesmo quando o autor individual da conduta delitiva não puder ser identificado, processado ou punido, no caso, por exemplo, da pessoa física ter sido eximida por uma ausência de culpabilidade (art. 31 *ter* 1. e 2.). Não faz falta, portanto, um comportamento culpável ou um castigo da pessoa física, sendo apenas necessária a identificação de que uma pessoa física da empresa tenha realizado um fato típico e antijurídico, ainda que a pessoa em si não possa ser individualizável (FEIJOO SÁNCHEZ, 2015b, p. 81).

Além disso, o modelo espanhol ainda estabelece a possibilidade de isentar a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Quando o crime for praticado diretamente pelos gestores, *lato sensu*, da empresa, a responsabilidade será excluída caso as seguintes condicionantes sejam cumpridas (art. 31 *bis* 2.):

- 1.^a o órgão de administração tenha adotado e eficazmente implementado, antes da comissão do delito, modelos organizacionais e de gestão, que incluam medidas de vigilância e de controle apropriadas para prevenir crimes da mesma natureza ou para reduzir significativamente o risco de sua comissão;
- 2.^a a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado tiver sido confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autónomos de iniciativa e de controle ou que tenha legalmente confiada a função de monitorar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica;
- 3.^a os autores individuais tenham cometido o crime de forma fraudulenta, iludindo os modelos de organização e de prevenção e
- 4.^a não ter sido produzida uma omissão ou falta de exercício das suas funções de supervisão, monitorização e controlo pelo organismo para o qual refere-se a condição 2.^a.¹⁹⁵

Já quando o delito for praticado por empregados da pessoa jurídica cuja supervisão estava a cargo dos gestores da empresa, a LO 1/2015 estabelece que responsabilidade penal empresarial será excluída se a corporação (art. 31 *bis* 4.):

antes da comissão do delito, tiver adotado e executado eficazmente um modelo de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos da natureza do que foi cometido ou para reduzir de forma significativa o risco de sua comissão.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Traduzido livremente do original: “1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a”.

Somadas a estas considerações de cunho essencialmente normativo, embasadas a partir da análise fria da legislação espanhola, é preciso apontar que a jurisprudência do referido país, através do seu Tribunal Supremo¹⁹⁷, no ano de 2016, tratou de prestar suas primeiras considerações sobre o tema, em explicações que se mostram bastante elucidativas para a compreensão global da responsabilidade penal da pessoa jurídica imposta pela LO 1/2015 naquele Estado¹⁹⁸.

Neste sentido, a primeira decisão de relevância é a Sentença do Tribunal Supremo (STS) nº. 154/2016, de fevereiro de 2016. Conforme se extrai do seu inteiro teor, a referida Corte entendeu, em voto seguido por maioria, que o sistema de responsabilidade penal das pessoas jurídicas espanhol se embasa na exigência do estabelecimento e na correta aplicação de medidas de controle eficazes, que previnam, ou ao menos tentem prevenir, quando possível, a prática delitiva por parte dos integrantes da corporação.

Mas não só. Para o referido Tribunal, a determinação do atuar da pessoa jurídica, relevante para efeitos de confirmação de sua responsabilidade penal, tem que ser estabelecida nos seguintes termos:

A partir da análise acerca de se o delito cometido pela pessoa física, no seio daquela, foi possibilitado, ou facilitado, pela ausência de uma cultura de respeito ao Direito, como fonte de inspiração da atuação de sua estrutura organizativa e independente da de cada uma das pessoas físicas que a integram, que haveria de se manifestar em alguma classe de formas concretas de vigilância e controle do comportamento de seus diretores e subordinados hierárquicos, tendentes à evitação da comissão por estes dos delitos enumerados no Livro II do Código Penal como possíveis antecedentes dessa responsabilidade penal da pessoa jurídica. (...) O núcleo da responsabilidade da pessoa jurídica, como viemos dizendo, não é outro que o da ausência de medidas de controle adequada para a evitação da comissão de delitos, que evidenciem uma vontade séria de reforçar a virtualidade da norma¹⁹⁹

¹⁹⁶ Traduzido livremente do original: “antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.”

¹⁹⁷ O Tribunal Supremo (TS) da Espanha é o equivalente daquele país ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Trata-se, portanto, da mais alta corte daquele Estado para tratar de matérias extra-constitucionais. Para as matérias de caráter constitucional, existe na Espanha o chamado Tribunal Constitucional (TC).

¹⁹⁸ Anexo 01 – Sentenças nº. 154/2016 e 221/2016, do Tribunal Supremo da Espanha.

¹⁹⁹ Traduzido livremente do original: “a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. (...) El núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma.”

Conforme se percebe, o Tribunal Supremo da Espanha, na sentença sob análise, defende, decisivamente, que a LO 1/2015 não apenas determina um modelo de responsabilidade própria para a pessoa jurídica, mas vai além, na medida em que faz referência explícita a uma “cultura de respeito ao direito” e à “vontade séria de reforçar a virtualidade da norma”, em um desenvolvimento muito condizente, ainda que não idêntico, com o modelo construtivista de autorresponsabilidade penal empresarial esboçado por Carlos Gómez-Jara Díez.

Não obstante estas considerações preliminares, posteriormente a este primeiro posicionamento, o mesmo Tribunal Supremo se debruçou novamente sobre o tema, onde oportunizou-se para trazer novas elucidações, aprofundando o debate outrora iniciado. Neste sentido, a Sentença do Tribunal Supremo (STS) nº. 221/2016, de março de 2016, ao tratar sobre o assunto, faz inúmeras considerações de enorme relevância, que pela essencialidade para o presente debate precisam ser transcritas *in verbis*:

o juízo de autoria da pessoa jurídica exigirá à acusação provar a comissão de um fato delitivo por alguma das pessoas físicas a que se refere o apartado primeiro do art. 31 bis do CP, mas o desafio probatório do Fiscal não pode deter-se aí. O nosso sistema constitucional o impede. Haverá que comprovar, ademais, que esse delito cometido pela pessoa física e fundamento de sua responsabilidade individual, tornou-se realidade pela concorrência de um delito corporativo, por um defeito estrutural nos mecanismos de prevenção exigíveis à toda pessoa jurídica, de forma muito mais precisa, a partir da reforma de 2015.

A Sala não pode identificar-se (...) com a tese de que, uma vez comprovado o fato de conexão, isto é, o delito em particular cometido pela pessoa física, existiria uma presunção *iuris tantum* de que existiu um defeito organizativo.

(...)

A Sala não pode identificar-se com a tese de que no sistema espanhol é possível falar de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas não de um delito das pessoas jurídicas. Não há responsabilidade penal sem delito precedente. O contrário abriria uma perigosíssima via com efeitos irreversíveis nos fundamentos mesmos do sistema penal.

(...)

Com efeito, (...) seja qual for o critério doutrinal mediante o qual pretenda explicar-se a responsabilidade dos entes coletivos, esta não pode afirmar-se a partir da simples comprovação do fato delitivo atribuído à pessoa física.

(...)

Em definitiva, na medida em que o defeito estrutural nos modelos de gestão, vigilância e supervisão constituem o fundamento da responsabilidade do delito corporativo, a vigência do direito à presunção de inocência impõe que o Fiscal não se considere isento da necessidade de comprovar a concorrência de um incumprimento grave dos deveres de supervisão.

(...)

São, portanto, dois os sujeitos de imputação, cada um deles responsável por seu próprio injusto e cada um deles chamado a se defender de acordo com um estatuto constitucional que não pode esvaziar seu conteúdo em prejuízo de um ou outro dos acusados.

(...)

Nosso sistema, enfim, não pode acolher fórmulas de responsabilidade objetiva, onde o fato de um se transfere para a responsabilidade do outro, ainda que esse outro seja um ente fictício submetido, até pouco tempo atrás, a outras formas de

responsabilidade. A pena imposta à pessoa jurídica só pode apoiar-se na prévia comprovação de um fato delitivo próprio.

(...)

O fato sobre o qual tem de se fazer descansar a imputação não poderá prescindir, isto é claro, do delito de referência atribuído à pessoa física. Mas terá de centra-se em sua averiguação desde uma perspectiva estrutural. Se tratará, portanto, de uma indagação sobre aqueles elementos organizativo-estruturais que possibilitaram um déficit dos mecanismos de controle e gestão, com influência decisiva no relaxamento dos sistemas preventivos chamados a evitar a criminalidade na empresa.

A responsabilidade da pessoa jurídica tem de se fazer descansar em um delito corporativo construído a partir da comissão de um prévio delito da pessoa física, mas que exige algo mais, a proclamação de um fato próprio de acordo com critérios de imputação diferenciados e adaptados à especificidade da pessoa coletiva. Do que se trata, enfim, é de aceitar que só a partir de uma indagação pelo Juiz instrutor da efetiva operatividade dos elementos estruturais e organizativos associados aos modelos de prevenção, é que se poderá construir um sistema respeitoso com o princípio da culpabilidade.²⁰⁰

É inegável, portanto, diante de todas as informações apresentadas pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência espanhola que a responsabilidade das pessoas jurídicas não apenas é penal, como também se baseia em fundamentos e critérios completamente distintos daqueles utilizados para averiguar a responsabilidade das pessoas físicas. Conforme se

²⁰⁰ Traduzido livremente do original: “el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse (...) con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. (...) La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal. (...) En efecto, (...) sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. (...) En definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. (...) Son, por tanto, dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto y cada uno de ellos llamado a defenderse con arreglo a un estatuto constitucional que no puede vaciar su contenido en perjuicio de uno u otro de los acusados. (...) Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio. (...) El hecho sobre el que ha de hacerse descansar la imputación no podrá prescindir, claro es, del delito de referencia atribuido a la persona física. Pero habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa. La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.”.

percebe, conceitos como a cultura corporativa de fidelidade ao direito, os defeitos estruturais e organizativos, o reforço à virtualidade normativa (prevenção geral positiva), os modelos de organização e gestão, encontram-se cada vez mais sedimentados naquele país. Torna-se, assim, cada vez mais difícil de defender, na Espanha, que o delito corporativo representa um conceito idêntico ou dependente do de delito individual, estando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas submetida a uma clara tendência de crescente independência e aceitação.

Feitos todos estes esclarecimentos sobre as normativas estrangeiras, resta, por fim, uma última questão: qual é o estado desta discussão em território brasileiro?²⁰¹ O Brasil, infelizmente, encontra-se extremamente defasado em matéria legislativa sobre o tema quando comparado com os exemplos aqui citados. Sob a perspectiva legal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica obedece aos regramentos previstos na Lei nº. 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A referida legislação, em seu artigo 3º, faz a seguinte determinação:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

O modelo brasileiro, conforme se verifica do referido artigo, se trata de um claro exemplo de heterorresponsabilidade penal, ou de responsabilidade por fato alheio. Pune-se a empresa única e exclusivamente com base nas ações dos representantes legais, contratuais e dos órgãos colegiados. Pouco importa, em nossa legislação, se houve, por parte da empresa, a produção de um defeito organizativo ou de uma cultura empresarial de ilegalidade. O que interessa, exclusivamente, é a atuação das pessoas físicas.

Veja-se, ademais, que o anteprojeto do novo código penal (Projeto de Lei do Senado nº. 236/2012), em discussão no Senado Federal, acaso aprovado, representará, na prática, um avanço muito exíguo diante das possibilidades expostas no presente trabalho. Neste sentido, observe-se o artigo 41 da referida normativa.

Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas.

²⁰¹ Para um estudo mais aprofundado sobre o caso brasileiro, veja-se Renato de Mello Jorge Silveira (2015, p. 163) e Leandro Sarcedo (2014, p. 143).

§2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.

§3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Os pontos mais relevantes da pretendida mudança, pois, são (a) a pretensão de estender a responsabilização penal das pessoas jurídicas para tutelar novos bens jurídicos, não previstos na legislação anterior – no caso concreto, a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro nacional; (b) e a previsão do §1º, de que a responsabilidade penal das empresas não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, nem é “dependente da responsabilização destas.”.

A primeira observação é importante porque demonstra o desiderato do legislador em expandir essa modalidade de responsabilização penal, não diminuí-la. Apesar de em tempos recentes terem sido aprovadas legislações no âmbito da responsabilidade administrativa contra as pessoas jurídicas – exemplificativamente, as Leis nº. 12.259 (Lei de Defesa da Concorrência) e 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) – o que poderia em tese indicar um posicionamento político do legislador em prol da manutenção da responsabilidade das empresas na seara administrativa, o Projeto de Lei do Senado nº. 236/2012 demonstra precisamente o contrário, isto é, que se pretende não apenas manter a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no ordenamento pátrio, como estendê-la a âmbitos outrora ignorados pelo legislador.

Já a segunda inovação demonstra o que parece ser o início, ainda que não por inteiro, de um movimento em prol da independência da responsabilização penal das pessoas jurídicas em relação às pessoas físicas. Isto porque a referida legislação prevê uma mudança de panoramas, admitindo-se a responsabilidade autônoma da empresa, independentemente da identificação ou da responsabilização de qualquer pessoa física que dela faça parte. No caso, seria possível uma condenação da empresa, mesmo quando o eventual dirigente seja absolvido, ou quando sequer seja identificado o responsável, o que não era aceito pela lei anterior. Trata-se, portanto, de uma pretensão do legislador em direção a uma autorresponsabilidade penal, ainda que inteiramente desprovida dos fundamentos teóricos que a sustentem. Não se vê, neste sentido, qualquer referência aos programas de *compliance*, aos defeitos de organização, à cultura corporativa, etc. Apenas se prevê uma possibilidade, motivada por um viés muito mais pragmático, de punição da empresa independentemente da pessoa física.

O Projeto de Lei do Senado nº. 236/2012, portanto, em matéria de responsabilização penal da pessoa jurídica, mostra-se, antes mesmo de entrar em vigor, claramente defasado, em absoluta desconexão com as tendências doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais produzidas no exterior.

Algumas legislações, porém, como é o caso da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº. 12.683/2012)²⁰² e da Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013)²⁰³, avançaram em alguma medida a discussão sobre a implementação dos programas de *compliance* no Brasil. A primeira, por estabelecer uma série de obrigações às instituições financeiras em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro, estabelecendo sanções em caso de descumprimento. Já a segunda, por estabelecer uma minoração significativa da pena de multa fixada para a empresa que tiver um dos seus funcionários flagrados praticando atos de corrupção²⁰⁴. Entretanto, ambas são incapazes de resolver, por si só, o déficit legislativo nacional sobre o tema, além de se limitarem à esfera administrativa, a qual, conforme defendido no presente trabalho, não oferece as garantias necessárias para as pessoas jurídicas. Basta dizer que a Lei Anticorrupção prevê uma responsabilidade exclusivamente objetiva, que leva em consideração apenas subsidiariamente – para fins de determinação do montante da multa – os esforços corporativos em prol do desenvolvimento e da implementação de um programa efetivo de *compliance* no âmbito da empresa.

Assim, resta evidente que a normativa nacional tem, ainda, um longo caminho a percorrer, no sentido de aprofundar-se sobre o tratamento da matéria. Isto porque, diferentemente da situação de diversas outras legislações internacionais, o Brasil ainda possui normativas claramente defasadas, em ampla dissonância com todos os desenvolvimentos trazidos nos modelos internacionais, seja de uma perspectiva teórica ou de uma visão prática, pautada pela legislação e pela jurisprudência. E pior, o projeto que almeja alterar a normativa vigente, apesar de tímidas melhoras, termina incorrendo em equívocos semelhantes aos já existentes.

²⁰² Sobre o tema, Eduardo Saad-Diniz (2015a, p. 243).

²⁰³ Sobre o tema, Eduardo Saad-Diniz (2015b, p. 303).

²⁰⁴ Art. 7º - Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

6. CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO ENTRE O *CORPORATE COMPLIANCE* E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

Diante de toda a exposição ora realizada, algumas conclusões podem ser extraídas. Primeiramente, nenhum modelo doutrinário de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, seja de hetero ou de autorresponsabilidade, alcançou, até o momento, o patamar de aceitação obtido por outros métodos especialmente construídos no âmbito do direito penal das pessoas físicas. As soluções legislativas são diversas, ora aceitando modelos de heterorresponsabilidade, ora de autorresponsabilidade e ora uma mescla entre ambos. Entretanto, em que pese não haver uma clara tendência na legislação internacional de favorecer uma ou outra proposta, o que de fato existe é uma repetição de determinados elementos que são reiteradamente utilizados para alicerçar os modelos legislativos apresentados.

Neste sentido, três pontos se destacam: (a) a conduta da pessoa física nunca é totalmente ignorada e nem sequer tratada como uma condição objetiva de punibilidade. Na verdade, o delito individual se insere praticamente como um elemento do injusto corporativo, ainda que não seja, em nenhuma hipótese, o único, ou seja, não basta a constatação do crime individual para se presumir o coletivo; (b) o conceito de defeito estrutural / organizacional é, na unanimidade dos modelos legislativos apresentados, um pilar central da responsabilização penal das pessoas jurídicas, apresentando-se como um dos cernes, se não o maior deles, sobre o qual repousa a conduta delitativa do ente coletivo; (c) o conceito de cultura empresarial, ainda que de forma mais tímida que o de defeito organizacional, começa a ganhar espaço no âmbito legislativo – seja de forma explícita, como no caso australiano, ou de maneira implícita, como se extrai das elucubrações jurisprudenciais espanholas – apresentando-se como um possível fundamento sobre o qual repousar o conceito jurídico-penal de culpabilidade empresarial.

A partir de todas estas considerações, permite-se, agora, responder a indagação principal que impulsionou o presente trabalho: de que maneira os programas de *corporate compliance* podem auxiliar na elaboração de um modelo autônomo de responsabilização das pessoas jurídicas em sede do direito penal? A resposta para o presente questionamento incide diretamente nos dois conceitos de maior relevância tratados até aqui: (a) na delimitação e comprovação do defeito estrutural / organizacional; e (b) na demonstração ou não da vigência de uma cultura empresarial de respeito à legalidade no interior da corporação.

Se existe um problema recorrentemente apontado pela doutrina sobre os conceitos de defeito de organização e de cultura empresarial é justamente a questão da vagueza e / ou indeterminabilidade²⁰⁵. Em síntese, quando será possível afirmar a existência de um defeito organizacional na empresa? Da mesma forma, como se constatar que dentro de uma empresa vigia uma cultura corporativa de estímulo à ilegalidade? Por óbvio, não é esta uma tarefa fácil, mas os programas de *corporate compliance* parecem aportar inúmeros elementos capazes de, se não solucionar o problema, pelo menos, racionalizar e objetivar critérios para a comprovação fática destas situações.

Em princípio, veja-se que, conforme anteriormente exposto, os programas de *compliance* trazem ínsitos em si dois elementos fundamentais, extremamente pertinentes para a presente argumentação: (a) a noção de devido controle; e (b) a ideia de ética corporativa. Isto porque, através da implementação dos programas de cumprimento normativo, não apenas se está buscando o controle adequado do desenvolvimento das atividades da empresa, como também se pretende inserir em sua operação uma maneira específica de condução dos seus negócios, sempre visando, ao máximo, respeitar as limitações de caráter ético impostas pela corporação.

Isto posto, é preciso perceber, inicialmente, que o conceito de defeito organizacional se comunica fortemente com a noção de devido controle e, conseqüentemente, de *compliance*. É possível até mesmo dizer que é a falta de devido controle das atividades da pessoa jurídica a grande responsável por gerar os defeitos presentes em uma dada organização. Uma empresa que não se preocupa em controlar as suas próprias atividades, conscientizando-se, por consequência, dos riscos a que se encontra submetida, mostra-se amplamente vulnerável ao surgimento – voluntário ou involuntário – de equívocos em sua organização, pela simples razão de desconhecer os limites de sua própria atividade. O grande problema é que estes defeitos organizacionais são capazes de gerar déficits de controle e supervisão que permitam a um funcionário se aproveitar da estrutura inadequada da empresa para agir de maneira lesiva aos bens jurídicos. É justamente aí que radica a reprovação destes defeitos organizacionais, pelo fato deles permitirem o desenvolvimento de riscos acima do tolerado na atividade corporativa.

²⁰⁵ Um posicionamento sobre a vagueza do conceito de cultura corporativa pode ser visto em Marta Muñoz de Morales (2014, p. 420), quando ela explicita as críticas direcionada pela doutrina sobre o tema. Neste sentido, a referida autora argumenta que “For instance, it has been stated that ‘corporate culture’ is an extraordinary vague concept and provide[s] little guidance to companies and their lawyers as about what is required.”. Em tradução livre: “Por instância, já foi dito que o conceito de ‘cultura corporativa’ é extraordinariamente amplo e vago, providenciando pouca orientação para as companhias e para seus advogados sobre o que é requerido.”.

O *compliance*, pois, terá como um dos seus objetivos principais justamente evitar este déficit organizativo, impondo dentro da estrutura da empresa a criação de uma série de mecanismos de controle cuja grande finalidade será a de detectar as áreas de vulnerabilidade da corporação e reorganizá-la de maneira apta a prevenir a concretização de riscos.

Os programas de cumprimento normativo, ademais, encontram-se inerentemente conectados com uma série de normatizações, sejam elas oriundas do *soft law* – recomendações da OCDE, por exemplo – ou de *standards* desenvolvidos à nível nacional – agências reguladoras – e internacional – normativas ISO – de maneira a dissipar a suposta vagueza do conceito de defeito organizacional. Através dos programas de *compliance*, pois, se torna possível, na prática, estabelecer, através das referências acima mencionadas, se uma empresa estava ou não devidamente organizada.

Por fim, os diversos elementos essenciais aos programas de *compliance*, anteriormente tratados em grande extensão, possibilitam uma averiguação na prática de como o programa de cumprimento se desenvolvia em uma determinada empresa. Esclarecendo um pouco mais, é possível, por exemplo, analisar como foi o processo de avaliação de risco (*Risk Assessment*) desenvolvido pela corporação, se existia e como funcionava o canal de denúncias, se os âmbitos de competência estavam bem determinados, se a contratação de terceiros envolvia procedimentos de devida diligência (*Due Dilligence*), se era feita uma revisão periódica e sistêmica do programa, enfim, se existia ou não uma preocupação sistêmica com a organização da empresa.

Em resumo, através destes programas de cumprimento normativo, é possível claramente estabelecer parâmetros adequados de organização empresarial, uma espécie de devida organização média, pautada pelo conhecimento técnico nacional e internacional sobre o assunto. O conceito de defeito organizacional, portanto, é claramente robustecido quando levado em consideração os desenvolvimentos oriundos da noção de *compliance*.

Da mesma forma, ao conceito de cultura corporativa é de extrema importância as noções trazidas pela ética empresarial e pelo *compliance*. Conforme apontado com maior aprofundamento anteriormente, o modelo mais indicado para se desenvolver um programa de *compliance* é justamente o da ética corporativa. Isto porque, conforme já expressado, este modelo de programa de cumprimento busca estimular o desenvolvimento de valores éticos no seio da empresa, através do investimento na formação do seu corpo funcional, com o fim de que nela impere uma cultura de respeito à legalidade. Irá se buscar, pois, a realização de medidas positivas de controle com o intuito de neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de

grupo que favoreçam o surgimento de comportamentos desviados dentro da corporação e o fomento a uma cultura de ilegalidade.

Estes programas buscam, como missão primordial, desenvolver o padrão ético da corporação em geral, de forma que todos, do *CEO* ao faxineiro, estejam cientes que dentro da empresa encontra-se vigente uma política de máximo respeito à legalidade. Todas as ações dos diretores e dos funcionários devem se reportar a esta máxima, sob pena de punição. Fomenta-se, assim, através do *compliance*, justamente o desenvolvimento de uma cultura corporativa de respeito à legalidade, de modo que a conexão entre cultura e corporativa e *compliance* mostra-se evidente.

Os programas de *compliance*, ademais de subsidiar o desenvolvimento da cultura corporativa, podem estabelecer critérios de análise para que seja possível verificar, no caso concreto, se esta cultura existia ou não, isto é, se a legalidade era respeitada, ou não. Neste sentido, será possível averiguar o nível de comprometimento da diretoria com o programa (*Tone From The Top*), o teor do código de ética / conduta da empresa e as políticas corporativas dele derivadas, a existência ou não de treinamentos e atividades periódicas de conscientização sobre os protocolos exigidos pelo departamento de *compliance*, o estímulo à utilização do canal de denúncias da empresa, as exigências da corporação quanto aos terceiros contratados (*Due Dilligence*), a reação da empresa frente ao descobrimento de uma irregularidade – em uma perspectiva muito conectada com a ideia de culpabilidade reativa da corporação (*Corporate Reactive Fault*) –, através da instauração de investigações internas e da punição disciplinar dos envolvidos, etc.

Em resumo, os instrumentos desenvolvidos pelos programas de *compliance* permitem vislumbrar até que ponto a empresa estava verdadeiramente comprometida com a vigência, em seu seio, de uma cultura empresarial de respeito à legalidade. Até que ponto, finalmente, a corporação relativizou os seus interesses financeiros para priorizar, também, responsabilidades de cunho ético e social.

O que se evidencia, portanto, da presente explanação, é que os modelos de autorresponsabilidade penal empresarial, independentemente de qual teorização dogmática venha a ser aplicada em específico, encontram-se intrinsecamente conectados à noção de *compliance*. Na verdade, será justamente a existência de um programa de *compliance* efetivo o grande diferencial entre a aplicação ou não de uma sanção penal para as pessoas jurídicas, quando verificada a perpetração de um delito em seu seio. E isto porque, conforme se evidenciou, os dois conceitos fundamentais que alicerçam toda a estrutura da autorresponsabilidade penal – defeito organizacional e cultura corporativa – são claramente

relacionados, ou até mesmo dependentes, das aporções trazidas pelos programas de *compliance* no interior das pessoas jurídicas.

Por fim, conforme se tentou demonstrar no corpo do presente trabalho, conclui-se que a empresa só pode responder criminalmente por um fato autônomo, a ela imputável, pois de outra forma estar-se-ia diante de uma manifesta responsabilidade objetiva da corporação, inadmitida na seara penal. Neste sentido, as considerações sobre o defeito organizacional e sobre a cultura corporativa, com o necessário auxílio prestado pelos programas de *corporate compliance*, representam os verdadeiros alicerces de um modelo que vise uma autorresponsabilidade penal empresarial, em uma proposta muito mais garantista e respeitosa com os fundamentos sistêmicos do direito penal.

A solução propugnada, portanto, diante de todas as considerações ora expostas, não poderia ser diferente: o abandono integral do sistema de heterorresponsabilidade penal, vicarial ou de responsabilidade penal por fato alheio, vigente no país, em prol de uma substituição por um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial, ou de responsabilidade penal por fato próprio, na legislação nacional, cujos alicerces estejam fundados sobre um modelo dogmático independente do das pessoas físicas, voltado, pois, exclusivamente, para a responsabilização das pessoas jurídicas em sede do direito penal.

REFERÊNCIAS

ACUÑA, Jean Pierre Matus. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El Derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: estudio sobre el sujeto del derecho penal**. 505 f. Tese (Doutorado em Direito)–Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012.

_____.; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. **Derecho penal económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

_____. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

_____. Living in the world risk society. **Economy and Society**, Volume 35, Number 3, August, p. 329-345, 2006.

_____. **"Momento cosmopolita" da sociedade de risco**. ComCiência [online], n.104, p. 01-09, 2008.

_____. World risk society and manufactured uncertainties. **Firenze University Press**, I, 2, October, p. 291-299, 2009a.

_____. **World at risk**. Cambridge: Polity press, 2009b.

BENSON, Michael L.; SIMPSON, Sally S. **White-collar crime: an opportunity perspective**. Nova York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2009.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R.. **Building a world-class compliance program**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

BLACK, Julia. Constitutionalising self-regulation. **Michigan Law Review**, n. 59-1, p. 24-55, 1996.

_____. Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. **Current Legal Problems**, n. 54, p. 103-146, 2001.

BOCK, Dennis. *Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BÖSE, Martin. Corporate criminal liability in Germany. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). **Corporate criminal liability: emergence, convergence and risk**. New York: Springer, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAITHWAITE, John Bradford. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1.466-1.507, 1982.

_____. The new regulatory state and the transformation of criminology. **British Journal of Criminology**, n. 40, p. 222-238, 2000.

_____. Neoliberalism or regulatory capitalism. **RegNet Occasional Paper**, n. 5, p. 1-43, 2005.

_____; AYRES, Ian. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. New York: Oxford University Press, 1992.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O jus puniendi e a tutela penal da economia. **Revista Duc In Altum – Caderno de Direito**, v. 4, n. 5, p. 139-148, jan./jun. 2012.

BURNS, Edward Mcnall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. **História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais – Vol. 2**. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

CASAS, Ismael Clemente; FEIJOO, Manuel Álvarez. ¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica). **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, Surcusal, n. 28, p. 26-47, jan./abr. 2011.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. **Revista de derecho penal y criminología**, [S.l.], 2. Época, n. 10, p. 47-72, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.); DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COBO, Paula Hernández. Plan de acción e implantación del *compliance program*: plan de prevención, detección y reacción. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance**: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa. Pamplona: Aranzadi 2015.

COCA VILA, Ivó. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativa. Barcelona: Atelier, 2013.

COSO; DELOITTE. **Thought leadership in ERM: risk assessment in practice**, 2012. Disponível em: <http://www.coso.org/documents/COSOAnnncsOnlineSurvy2GainInpt4Updt2IntrnlCntrlIntgratdFrmwrk%20-%20for%20merge_files/COSO-ERM%20Risk%20Assessment%20inPractice%20Thought%20Paper%20October%202012.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2016.

CUADRAS, Albert Estrada i; ANGLÍ, Mariona Llobet. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativa. Barcelona: Atelier, 2013.

DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista penal**, n. 7, p. 40-54, 2001.

DAOUD, Emmanuel et al. **Gérer le risque pénal en entreprise**. Paris: Éditions Lamy, 2011.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

DE MAGLIE, Cristina. *Societas delinquere potest?* The italian solution. In: PIETH, Mark; IVORY, Radha (ed.). **Corporate criminal liability**: emergence, convergence and risk. New York: Springer, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Responsabilidad penal de la persona jurídica y códigos de buena conducta corporativa. **Diario la ley**, ano XXXI, n. 7.670, Sección Doctrina, 2011. Disponível em: <<http://www.laley.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2016.

DEUSTCHLAND. **The Reich Constitution**. Berlin, August 11th, 1919. Disponível em:<http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy> Acesso em: 11 de jul. de 2016.

DOJ; SEC. **A resource guide to the U.S. foreign corrupt practices act**, 2012. Disponible em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acceso em: 28 jun. 2016.

ESCUADERO, Marta. Diagnóstico y mapa de riesgos de compliance. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

ESTELLITA, Heloísa. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, Luiz Regis (org.); DOTTI, René Ariel (org.). **Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa**, p. 153-174, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESTEVE PARDO, José. **Autorregulación: génesis y efectos**. Pamplona: Aranzadi, 2002.

_____. Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud: evaluación, decisión y gestión. **Documentación administrativa**, ISSN 0012-4494, nº 265-266, p. 137-250, 2003.

_____. La regulación de la economía desde el Estado garante. **La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales**, p. 79-126, 2007.

_____. Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad. **Documentación Administrativa: Nueva Época**, ISSN-e 1989-8983, n. 1, p. 1-16, 2014.

_____. El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Montevidéo: Editorial B de F, 2009.

_____. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista liberdades**, n. 07, mai.-ago., p. 23-61, 2011.

_____. Transformación del derecho penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global? **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, ISSN 1575-8427, Nº. 16, p. 109-136, 2012a.

_____. Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012b.

_____. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012c.

_____. Autorregulación y Derecho penal de la empresa: una cuestión de responsabilidad individual? In: In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015a.

_____. **El delito corporativo en el código penal español**: cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas. Pamplona: Aranzadi, 2015b.

_____. Réplica a Javier Cigüela: a la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, n. 2, p. 1-39, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John Bradford. **Corporations, crime and accountability**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FRANCO, J.A. GONZÁLEZ; SCHEMMEL, A.; BLUMBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El Derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2010.

FREITAS, Ricardo de Britto A. P. Crime econômico e direito penal econômico. **Revista Duc In Altum – Caderno de Direito**, v. 4, n. 5, p. 149-164, jan/jun. 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Introduction a l'oeuvre de Niklas Luhmann. **Droit et Société**, n. 11-12, p. 15-52, 1989.

GARCÍA CAVERO, Percy. Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista de Estudios de la Justicia**, n. 16, p. 55-74, 2012.

_____. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra, 2014.

GARCÍA MORENO, Beatriz; BLUMBERG, Dirk. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo. In: MIR PUIG, Santiago (dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); IBARRA, Juan Carlos Hortal (coord.), IVÁÑEZ, Vicente Valiente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

GARCÍA MORENO, Beatriz. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

GARCÍA RUBIO, Maria Paz. Responsabilidad social empresarial y autorregulación: los códigos de conducta y las fuentes del derecho. **Boletín del Ministerio de Justicia**, Año LXVI, n. 2141, ISSN 1989-4767, p. 2-14, 2012.

GARDELLA, M. Mercè Darnaculetta i. **Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada**. 732 f. Tese (Doutorado em Direito)–Departament de Dret Públic, Universtat de Girona, Girona, 2002.

_____. La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015a.

_____. Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015b.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2014.

GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (compliance programs). In: GOÑÍ SEIN, José Luis (Dir.). **Ética empresarial y códigos de conducta**. Madrid: La Ley, 2011.

_____. Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*). In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, [S.l.], n. 08-05, p. 1-27, 2006.

_____. Presentación de la obra. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008a.

_____. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008b.

_____. Corporate criminal liability in the twenty-first century: are all corporations equally capable of wrongdoing? **Stetson Law Review**, v. 41, p. 41-61, 2011.

_____. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012a.

_____. La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012b.

_____. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012c.

_____. El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad). In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2012d.

_____. La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

GRACIA MARTÍN, Luís. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Coords.). **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

_____. El derecho penal ante la globalización económica. In: SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo**. Madrid: Colex, p. 63-85, 2010.

_____. La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura. **Revista Foro FICP: Tribuna y Boletín de la FICP**, n. 2, p. 16-79, 2014.

_____. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 18-05, p. 01-95, 2016.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso filosófico da modernidade: doze lições**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEINE, Günther. Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Edição para *Kindle*, 2008.

IPPNW; GESELLSCHAFT FÜR STRAHLENSCHUTZ. Health Effects of Chernobyl: 25 years after the reactor catastrophe. **IPPNW and GFS Report**: April, 2011. 2011. Disponível

em: <http://www.ippnw.org/pdf/chernobyl-health-effects-2011-english.pdf> Acesso em: 31 de março de 2016.

JUREN et al. Commonplace to condemned: the discovery that tobacco kills, and how Richard Doll shaped modern smoking cessation practices. **BCMJ**, v. 54, n. 4, p. 183-188, maio, 2012.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KUDLICH, Hans. ¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones? In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LAMPE, Ernst Joachim. Injusto del sistema y sistemas de injusto. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Edição para *Kindle*, 2008.

_____. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. **Revista de Estudios Criminales**, n. 16, v. 4, p. 31-47, 2004.

LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

LAUFER, William S.. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Edição para *Kindle*, 2008.

_____; STRUDEL, Alan. Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Edição para *Kindle*, 2008.

LEÓN BERINI, Arturo González. Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013a.

_____. El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativa**. Barcelona: Atelier, 2013b.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1984.

_____. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix; VAN DER ZOUWEN, Johannes (Ed.). **Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems**. London: Sage, 1986.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza, 1993.

_____. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997.

_____. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. El derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). **Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

_____; PÜSCHEL, Flávia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Série Pensando o Direito**, n. 18, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifiesto Comunista**. São Paulo: Sundermann, 2003.

MATURANA, Humberto. Introduction. In: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

_____. **Autopoiesis and cognition: the realization of the living**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MILLER, Geoffrey Parsons. **The law of governance, risk management, and compliance**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Montevidéo: Editorial B de F, 2002.

_____. Las nuevas “penas” para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad. In: MIR PUIG, Santiago (dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); IBARRA, Juan Carlos Hortal (coord.), IVÁÑEZ, Vicente Valiente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

MØLLER, Anders Pape; MOUSSEAU, Timothy. A.. Biological consequences of Chernobyl: 20 years after the disaster. **TRENDS in Ecology and Evolution**, n. 21, p. 200–207, 2006.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

MORILLAS, Paula Armentia. Canal de denuncias. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tempo: estudios sobre el derecho penal en el nacional-socialismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto del código penal español de 1994. In: PRADO, Luis Regis (org.); DOTTI, René Ariel (org.). **Direito penal económico e de empresa: direito penal económico**, v. 2., p. 93-110, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUÑOZ DE MORALES, Marta. Corporate responsibility and compliance programs in Australia. In: MANACORDA, Stefano et al (Eds.). **Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model**. London: Springer, 2014.

NAFARRATE, Javier Torres. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Técnos, 2012.

NIETO MARTÍN, Adán. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. **Política criminal**. A3-5, p. 1-18, N° 5, 2008a.

_____. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**. Madrid: Iustel, 2008b.

_____. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. **Nueva Doctrina Penal**, n. 1, p. 125-159, 2008c.

_____. Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n. 16, p. 137-164, 2012a.

_____. Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution? **Eucri**, [S.l.], n. 3, 2012b.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013a.

_____. Regulatory capitalism y cumplimiento normativo. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013b.

_____; MUÑOZ DE MORALES, Marta. Compliance programs and criminal law responses: a comparative analysis. In: MANACORDA, Stefano et al (Eds.). **Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model**. London: Springer, 2014.

_____. Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. **Autorregulación y sanciones**. 2. ed.. Pamplona: Aranzadi, 2015a.

_____. El cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015b.

_____. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015c.

_____. La institución del sistema de cumplimiento. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015d.

_____. Código ético, evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015e.

_____. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015f.

_____. La prevención de la corrupción. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015g.

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

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OCDE. **Recommendation of the council on regulatory policy and governance**, 2012. Disponible em: <<http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf>>. Acceso em: 11 jun. 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2007.

PABLO MONTIEL, Juan. Autolimpieza empresarial: *compliance programs*, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo;

GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: MIR PUIG, Santiago (dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); IBARRA, Juan Carlos Hortal (coord.), IVÁÑEZ, Vicente Valiente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Madrid: Edisofer, 2014.

PALUDI, Alessia; ZECCA, Mattia. Corporate responsibility and compliance programs in Italian case law. In: MANACORDA, Stefano et al (Eds.). **Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model**. London: Springer, 2014.

PARGENDLER, Mariana. The Corporate Governance Obsession. **Stanford Law and Economics Olin Working Paper**. n. 470, p. 01-42, 2015.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 4, p. 1-17, 2006a.

_____. ¿Organizaciones culpables? **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, p. 1-16, 2006b.

PUERTAS, Leandro Martínez; CAPILLA, Purificación Pujol. **Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

PUYOL MONTERO, Javier. La figura del compliance officer: características y responsabilidades. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

ROBLES PLANAS, Ricardo. ¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, p. 1-25, 2006.

_____. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea, v. 6. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'plácido, 2016.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

ROSTCH, Thomas. Criminal compliance. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 1, 2012.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? FRANCO, Alberto Silva (org.); NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Direito penal: edições especiais revista dos tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1., p. 459-474, 2010.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Criminal compliance: limites revisitados da cooperação normativo quanto à lavagem de dinheiro*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Abordagem penal econômica da lei anticorrupção: primeiras impressões. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto. Introducción: qué es el compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre compliance. Futuro del compliance. La ISO 19600 de compliance. In: SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (Coord.). **Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa**. Pamplona: Aranzadi, 2015.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 325 f. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SARMIENTO, Daniel. **El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración**. Madrid: Civitas, 2008.

SARRE, Rick. Penalising corporate ‘culture’: the key to safer corporate activity? In: GOBERT, James; PASCAL, Ana-Maria (Eds.). **European developments in corporate criminal liability**. London: Routledge, 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Las reglas de la técnica en el derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, n. 3, v. 47, p. 307-341, 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas**, v. 29, n. 86-87, p. 129-148, 2008.

_____. **Fundamentos del derecho penal de la empresa.** Madrid: Edisofer, 2013a.

_____. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013b.

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

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime: the uncut version.** Londres: Yale University Press, 1983.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (org.); DOTTI, René Ariel (org.). **Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa**, p. 877-900. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

_____. **Culpabilidade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011b.

TARANTINO, Anthony. Introduction. In: TARANTINO, Anthony. **The governance, risk and compliance handbook: technology, finance, environmental, and international guidance and best practices.** Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 02, p. 239-286, 1983.

_____. Autopoiesis in law and society: a rejoinder to Blakenburg. **Law & Society Review**, v. 18, n. 02, p. 291-301, 1984.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 10. p. 59-68, 1983.

_____. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.** Lima: Grijley, 2007.

_____. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TYLER, Tom R.. Self-regulatory approaches to white-collar crime: the importance of legitimacy and procedural justice. SIMPSON, Sally S.; WEISBURD, David (Eds.). **The criminology of white-collar crime.** New York: Springer, 2009.

VALLÈS, Ramon Ragués i. ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal. **Revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 3, 2006.

_____. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. **El Derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.

_____. El fomento de denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing* interno vs. *whistleblowing* externo. In: MIR PUIG, Santiago (dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); IBARRA, Juan Carlos Hortal (coord.), IVÁÑEZ, Vicente Valiente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

VARELA, Osvaldo Artaza. Programas de cumplimiento: breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, Santiago (dir.); CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.); GÓMEZ MARTÍN, Víctor (dir.); IBARRA, Juan Carlos Hortal (coord.), IVÁÑEZ, Vicente Valiente (coord.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WILLKE, Helmut. The tragedy of the state. Prolegomena to a theory of the state in polycentric society. **ARSP. Archiv. für Rechts-und Sozialphilosophie**, v. 72, n. 4, p. 455-467, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general, tomo 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____; **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

_____; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho Penal económico y Constitución. **Revista penal**, [S.l.], n 1, p. 1-16, 1998.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**: supuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas**. Pamplona: Aranzadi, 2000.

ANEXOS

- **Sentença do Tribunal Supremo da Espanha (STS) nº. 154/2016, de fevereiro de 2016.**
- **Sentença do Tribunal Supremo da Espanha (STS) nº. 221/2016, de março de 2016.**