



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

Anna Alice Ribeiro Brandão

VANTAGENS E LIMITES DO *CRIMINAL COMPLIANCE*.

Considerações críticas à atuação do Direito penal

Recife

2019

ANNA ALICE RIBEIRO BRANDÃO

VANTAGENS E LIMITES DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

Considerações críticas à atuação do Direito Penal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ricardo de Brito

Recife

2019

Ao autor e consumidor da minha fé, Jesus Cristo.

Aos meus pais, Susany e Arnaud, e irmão e cunhada, Arthur e Ellis, pelo apoio, amor e carinho dispensados.

Ao meu namorado, Adolpho, por ser um dos meus maiores incentivadores.

Aos meus amigos que me acompanharam nessa jornada, sempre me inspirando e apoiando a crescer profissionalmente.

ANNA ALICE RIBEIRO BRANDÃO

VANTAGENS E LIMITES DO CRIMINAL COMPLIANCE

Considerações críticas à atuação do Direito Penal

DEFESA PÚBLICA em

Recife, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas

(UFPE)

1º Examinador (a):

2º Examinador (a):

RECIFE, 2019

BRANDÃO, Anna Alice Ribeiro. Vantagens e limites do criminal compliance. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar as vantagens de aplicação dos programas de Compliance nas empresas e tecer críticas a atuação do Direito Penal no combate às falhas estruturais do programa. Para tal, será feita uma abordagem acerca da crise ética atual, passando pela aplicação do programa de compliance no Brasil e no mundo, bem como as consequências negativas da não-adoção do programa. Por conseguinte, será feita a análise um pouco mais detalhada acerca dos aspectos jurídico-penais do Criminal Compliance. Por fim, far-se-á um delineamento sobre a expansão do Direito Penal diante das transgressões econômicas, além de estabelecer as vantagens e possíveis falhas na estrutura normativa dos programas.

PALAVRAS-CHAVE: GOVERNANÇA CORPORATIVA; COMPLIANCE; CORRUPÇÃO; CRIMINAL COMPLIANCE; DIREITO PENAL MODERNO; DIREITO PENAL ECONÔMICO - RESPONSABILIDADE

BRANDÃO, Anna Alice Ribeiro. Advantages and limits of criminal compliance. Monography (Law Graduation) – Law School, Federal University of Pernambuco, Recife, 2019.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the benefits application of compliance programs in companies and criticize the structural problems. To do so, an approach will be taken regarding the current ethical crisis, including the application of compliance programs in Brazil and in the world, and the negative consequences of not adopting the program. Therefore, a more detailed analysis of the criminal-legal aspects of the Criminal Compliance will be done. Finally, an outline will be made of the expansion of criminal law about economic crimes, besides defining the advantages and flaws in the program's normative structure.

KEY WORDS: CORPORATE GOVERNANCE; COMPLIANCE; CORRUPTION; CRIMINAL COMPLIANCE; MODERN CRIMINAL LAW; ECONOMIC CRIMINAL LAW; RESPONSIBILITY

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. NAUFRÁGIO ÉTICO	11
2.1 A AUSÊNCIA DE ÉTICA COMO CAUSA DIRETA DA CORRUPÇÃO	11
3. CONTROLE E COMPLIANCE:	13
3.1 VISÃO GERAL: ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO PROGRAMA DE COMPLIANCE	13
3.2 CRIMINALIDADE DOURADA E O PROBLEMA DA IMPUNIDADE	16
3.3 SURGIMENTO DA LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO MUNDIAL	17
3.4 COMPLIANCE E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL NO BRASIL	20
4. DIREITOS MÁXIMOS DEVERES MÍNIMOS	22
4.1 A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA	23
4.2 CRÍTICA AO MODELO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE	24
5. ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL	30
5.1 TIPO PENAL ESPECÍFICO	30
5.2 TIPO CULPOSO OU DIMINUIÇÃO DE PENA	33
5.3 PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PUNITIVO	35
5.4 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA ATUAÇÃO JURÍDICO PENAL	37
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1. INTRODUÇÃO

É notório e de grande relevância, tanto no meio acadêmico como para a sociedade, o assunto “corrupção”. Trata-se de um problema que atinge o Brasil e o mundo e possui raízes na crise ética-educacional e no individualismo excedido da modernidade.

O problema da corrupção atinge a sociedade em várias de suas esferas, sobretudo as empresas particulares que têm relação com o governo. Na tentativa de frear as atitudes ilícitas no âmbito particular, criou-se uma pressão para que as empresas adotassem condutas éticas e transparentes perante a sociedade e o Estado. Trata-se de um programa de reorganização da governança corporativa, na qual são estabelecidas regras que devem ser seguidas por todos os integrantes da empresa, denominado compliance.

O programa de compliance horizontaliza a responsabilidade empresarial, fazendo com que todas as pessoas que compõem a instituição ajam dentro da moldura estabelecida como “segura” diante dos riscos apresentados. As empresas que adotam o programa corporativo na sua dinâmica tendem a estabelecer uma redução de problemas tanto na relação empresa-sociedade, como dentro da própria empresa. Por outro lado, as empresas que não o fazem possuem uma estrutura interna vulnerável e estão muito mais sujeitas a práticas criminosas.

O descumprimento de normas estruturais enseja atuação do Direito Penal, não sendo necessário a ocorrência de algum dano, mas tão somente o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. As empresas que fazem parte dos programas de boa governança corporativa possuem um tratamento privilegiado em detrimento de outras que não fazem, sendo essa mais uma grande vantagem de estar em consonância com as normas.

No entanto, a atuação jurídico-penal tem sido bastante questionada diante das problemáticas que apresenta. Um dos maiores problemas é ser baseada em um tratamento perigosamente simplista, além de não impor limites penais e não observar algumas lacunas e omissões que dão azo à inutilidade da lei.

Neste sentido, o presente estudo versa sobre a extensão do programa de compliance e a necessidade de imposição de limites à atuação do Direito Penal, com a finalidade principal de combater a corrupção, sem macular os direitos e garantias assegurados pela legislação pátria.

O objetivo do presente estudo não é esgotar o tema, muito menos trazer uma solução exata para as falhas estruturais do instituto. A finalidade consiste em levantar a discussão acerca dos reflexos negativos e positivos do Criminal Compliance da forma como é aplicado hoje, sobretudo considerando a relevância do tema e sua maior notoriedade com o advento da Lei Anticorrupção no Brasil (Lei nº 12.683/13).

A relevância do presente trabalho reside no fato de que os programas de Compliance possuem aplicação consolidada em vários países, mas é um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, merece uma maior atenção tanto a extensão do programa de Compliance e seus regramentos éticos, quanto a atuação do Direito Penal como resposta ao descumprimento desses regramentos.

Por isso, em caráter inicial, o Capítulo 2 traz a contextualização sobre a importância da ética como garantidora de respeito ao espaço do outro e ao espaço coletivo. Ademais, se abordará o fato de a sociedade estar passando por um naufrágio ético que contribui para o aumento da criminalidade, sobretudo no seio empresarial.

Em seguida, no capítulo 3, discute-se os aspectos gerais do Compliance como mecanismo de controle. Primeiramente, ter-se-á uma visão geral acerca dos elementos estruturais do programa, passando pelo problema da impunidade e a reação punitiva à criminalidade dourada. O capítulo ainda trará a evolução histórica da legislação anticorrupção no mundo e a aplicação do instituto no Brasil.

Posteriormente, no capítulo 4, será debatido o modelo construtivista de culpabilidade empresarial e serão tecidas críticas em razão dele não ser compatível com a teoria do delito, além de propiciar um contexto de muitas inseguranças jurídicas em razão de não ser a ferramenta adequada para a responsabilização. Em seguida apresenta-se a solução jurídico-penal que uma minoria da dogmática moderna encontrou para responsabilizar as pessoas jurídicas, sendo acompanhada pelos Tribunais Superiores.

Por fim, no capítulo 5, será explorada a atuação do Direito Penal no combate aos desvios éticos das empresas. A própria aplicação Direito Penal é problemática e tem sido

questionada quanto à violação de garantias ou direitos básicos. Questiona-se a atuação jurídico penal, sob à ótica da necessidade de criação de um tipo penal específico para o descumprimento de regras de compliance; além de discutir-se a necessidade de criação de um tipo culposo ou de atenuante específica para crimes como o de lavagem de dinheiro. Por fim, demonstra-se outro problema estrutural do compliance, qual seja, a privatização do poder investigativo. Todas essas questões são constantemente frutos de embates na doutrina por traduzir as inconsistências penais do sistema de compliance.

Para tanto, o presente trabalho se valeu de pesquisa bibliográfica através de leitura de livros relacionados ao tema de Compliance, Criminal Compliance, Atuação do Direito Penal e a Lei Anticorrupção, bem como outros trabalhos acadêmicos e artigos jurídicos que versavam sobre o modelo construtivista da culpabilidade empresarial. Importante frisar que foram utilizadas também a legislação brasileira acerca do tema, sobretudo a Lei 12.846/13, a Lei 12.683/12 e o Decreto 8.420/15.

2. NAUFRÁGIO ÉTICO

Mario Sergio Cortella dizia ser necessário cuidar da ética para não anestesiarmos a nossa consciência e começarmos a achar que tudo é normal¹. A frase destrincha o conceito de crise ética-social, um colapso de regras e falta de valores que assola a sociedade moderna.

Ao adentrarmos na esfera de debates sobre a ética, podemos falar de uma grande ética pensada por pessoas como Aristóteles - que fala de valores e convívios- e de uma pequena ética surgida nas cortes europeias, também chamada de etiqueta. A alma da etiqueta é uma coisa muito simples e nada tem a ver com a ordem dos talheres colocados à mesa, isso é uma invenção da burguesia decadente no século XX. A etiqueta discute o espaço do outro e embora seja tão simples, revela-se escassa nas relações atuais.

No presente trabalho, embora seja reconhecida a importância da ética moral, discutiremos o papel da ética racional na crise mencionada alhures. A ética moral, de base religiosa, tem como meta criar o sentimento de culpa e evitar comportamentos solitários transgressores com base em uma obediência a regras da revelação divina sobre a humanidade. Do ponto de vista filosófico, a ética racional é mais prática.

Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*², ensina que a virtude moral é adquirida. Portanto, ao contrário de Platão, Aristóteles acredita na educação como evolução social, pois todo indivíduo tem capacidade de aprender a virtude ética. Se nenhuma criança nasce com consciência ética, mas com capacidade de adquirir os ensinamentos, a crise está na ausência dessa transferência de valores, no processo penoso de ensinar constantemente o respeito ao espaço do outro.

1 CORTELLA, Mario Sergio. Qual é a tua obra: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. Mario Sergio Cortella. 6 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. P. 129

2 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. In: Os pensadores. 4 ed. Nova Cultural, SP: 1991, p. 27

Em um contexto social em que as pessoas possuem todas as informações mais complexas do mundo na palma das mãos, o ensinamento de coisas basilares foi preterido como se estivesse presumido ou implícito, mas não estava. O resultado do abismo educacional é uma sociedade não harmônica, na qual as responsabilidades não possuem autores. Sergio Buarque de Holanda, no estudo sobre o fenômeno do homem cordial no Brasil³, faz referência a uma constante omissão do sujeito histórico, que nada mais é do que delegação de culpa, jamais sua assunção.

2.1 A ausência de ética como causa direta da corrupção

Mas esta é apenas uma das vertentes da crise ética atual no Brasil, qual seja uma cultura que tolera crimes não por serem o que são, mas por pertencerem a camadas elevadas da sociedade. Quanto a isso, Arnold Heidenheimer⁴ explana que a opinião social sobre o crime de corrupção (como todos os outros) se subdivide em negra, cinza e branca. Havendo na corrupção negra um consenso social quanto à reprovabilidade do ato e na branca uma tolerância extrema.⁵

O fato é que a corrupção, independente da sua autoria, é um fenômeno que não consegue coexistir com a ética e o Direito⁶ e colabora para o desmonte da sociedade. Quem pratica, quem dá azo, colabora ou se envolve com ela, está negando os preceitos éticos e legais seja na esfera pública, seja comprometendo o desenvolvimento e transparência da atividade econômica privada. Isso porque, apesar da falsa impressão de que os crimes contra a Administração Pública⁷ ferem apenas a “res publica”, a verdade é que o setor privado depende

3 MONTEIRO, Pedro Meira. Sérgio Buarque de Holanda e a compreensão dos nexos do debate político brasileiro. Revista Cult. 26 abril 2017. Entrevista concedida a Paulo Henrique Pompermaier. Disponível em <<https://revistacult.uol.com.br/home/entrevista-pedro-meira-monteiro/>> visto em: 04/10/2019

4 GARCIA, Emerson. A fissura moral da Administração Pública Brasileira. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/1058-a-fissura-moral-da-administracao-publica-brasileira.html>>

Acesso em: 17 de março de 2019. apud Arnold Heidenheimer em: Perspectives on the Perception of Corruption. In Political Corruption. A handbook, org. por Arnold Heidenheimer et alii, p. 161-163

5 BECKER, Gary. Crime and Punishment: An economic approach. Journal of Political Economy, v. 76 march/april. Disponível em: <http://journal.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394> . Acesso em: 19 março de 2019. O economista Gary Becker, laureado com o Nobel da Economia, defende que dentre as motivações para o cometimento de crimes como a corrupção estão 1. A penalidade imposta. 2. A probabilidade de ser condenado. Por outro lado, a condenação/punição desses crimes está condicionada a vontade deliberada da autoridade em fazer cumprir a lei e que esta, por sua vez, está condicionada ao nível de aceitação ou indignação dos cidadãos. Portanto, os julgamentos sociais regem as investigações e julgamentos conduzidos pelas instituições públicas.

6 BATISTI, Beatriz Miranda. Compliance e corrupção: análise de risco e prevenção nas empresas em face dos negócios públicos. Curitiba: Juruá, 2017. P. 23 “(...)O jurista Ulpiano, em seu livro Regularum in Digesto, Liber I, p. 10, sintetizou o que deveria compreender por direito: “honeste vivere, alteros non laedere, suum cuique tribuere” (em tradução livre: viver honestamente, não lesar outrem, atribuir a cada qual o seu).

7 FILGUEIRAS, Fernando. Comunicação Política e corrupção. Revista de Estudos da Comunicação, Curitiba, v. 9 n. 19, p. 78, maio/ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/05.pdf> , Acesso em 06 jan

do equilíbrio da economia, da solidez das instituições públicas e da eficiência do sistema para sobreviver. Dito isto, conclui-se pelo estabelecimento do caos diante de uma imersão anti-ética e corrupta a qual os setores públicos e privados do país temem não conseguir sobreviver.

Diante disso, surge o Compliance como possível método de combate e prevenção dos crimes financeiros e de colarinho branco no Brasil.

3. CONTROLE E COMPLIANCE

3.1 Visão Geral: elementos estruturais do programa de compliance.

“Há algo de podre no reino da Dinamarca”. A célebre frase da tragédia Shakespeareana traduz os erros e inconsistências inseridos em uma sociedade e que acabam por se revelar em razão de sua própria condição falha. Revela-se, pois, fêdora. Saindo da ficção e adentrando em uma análise crítica das sociedades contemporâneas, é possível perceber a existência de várias estruturas de governo que estão fadadas ao fracasso por desvelar fraturas quase que ininsuperáveis no seu sistema.

A sociedade nada mais é do que uma estrutura complexa que, por não se organizar satisfatoriamente, necessita de mecanismos de controles. É por meio do controle social que se revela possível regular a convivência em sociedade. Isto posto, os limites das condutas – sejam de pessoas ou empresas – são traçados por regras que, quando não cumpridas, ensejam sanções.

A dinâmica da corrupção (uma das rachaduras nos robustos sistemas de governo mundo afora) não possui mais (somente) a busca imediata pela vantagem econômica. Tornou-se uma relação muito mais complexa e perigosa ao longo dos anos, pois vende promessas, votos, reconhecimento, nomeações e outras vantagens imateriais que prejudicam a sociedade em um grau muito maior do que o simples desvio de dinheiro tradicionalmente conhecido.

O “rent seeking behavior”, ou comumente conhecido como troca de favores, é provavelmente a maior moléstia que assola o mundo. O parasitismo político, somados às inconsistências da estrutura de governo e justiça, costuma se desdobrar em uma relação

2019. “ De uma perspectiva quase que de senso comum, a corrupção significa a sobreposição dos interesses privados ao interesse público. Essa é uma forma abrangente de se conceituar a corrupção, de maneira que esta asserção abarca um conjunto de práticas que podemos nomear como corrupção. Nepotismo, clientelismo, patronagem, desvio de recursos públicos, fraudes e todo tipo de desonestidade do homem público podem ser nomeados como corrupção. Dessa forma, o conceito de corrupção é impreciso no que diz respeito à sua realidade empírica. Múltiplas práticas sociais e políticas podem ser nomeadas como corrupção, de modo que o conceito se apresenta de forma árida aos instrumentais da ciência política e da sociologia.”

imoral entre políticos e empresários com a finalidade de alcançar vantagens indevidas, acordos secretos e entrelinhas que favoreçam uma cúpula, ainda que prejudiquem a sociedade como um todo. A tradição da “mão que lava outra” estabeleceu uma engrenagem tão encardida que colocaram em cheque a credibilidade de toda máquina pública e das grandes empresas do país.

(...) a corrupção tem três características que a diferenciam dos demais ilícitos e dificultam a utilização de técnicas convencionais de repressão. Em primeiro lugar, a corrupção é invisível e secreta: trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, cuja ocorrência, em regra, não chega ao conhecimento de terceiros. Além disso, a corrupção não costuma deixar rastros: o crime pode ser praticado mediante inúmeras condutas cuja identificação é difícil, e, ainda que provada uma transação financeira, é ainda necessário demonstrar que o pagamento tinha realmente por objetivo um suborno. Por fim, a corrupção é um crime sem vítima individualmente determinada – a vítima é a sociedade –, o que dificulta sua comunicação às autoridades, já que não há um lesado direto que se sinta obrigado a tanto.⁸

O desmonte do – em teoria – robusto setor público, completamente minado pelas atitudes ilícitas de políticos e empresários, gera insegurança da sociedade nas leis e mecanismos de justiça que deveriam fiscalizar e punir os abusos advindos dos desvios e esquemas milionários de trocas de favores. Considerando a função social das empresas e seu papel diante do crescimento econômico, os controles internos e externos se revelam imprescindíveis.

O controle externo, realizado pelo Estado, se impõe por meio de fiscalização, regulamentação e legislação. Trata-se, basicamente, do controle posterior dos danos. No entanto, apenas essa frente de combate não tem sido suficiente para estancar as pústulas do sistema. O primeiro motivo para tanto, é que a justiça esbarra no volume de casos a serem investigados, a corrupção tornou-se uma epidemia desenfreada, a ponto das instituições se tornarem insuficientes (em relação a equipe, tempo e dinheiro) para realizar o trabalho. Além disso, o sistema apresenta um problema paradoxal: a legalidade. Isso porque, ao mesmo tempo que a existência de lacunas na lei contribuem para a dificuldade de criminalizar os atos ilícitos, não há como prever absolutamente todos os crimes em lei.

8 CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.) Salvador: JusPODIVM. 2015, p. 39.

Em razão disso, as autoridades encontram-se de mãos atadas em razão dos atos criminosos serem constantemente aperfeiçoados para fugir da literalidade da lei. Apesar da dinâmica veloz em mudar a forma como o esquema é montado, há um objetivo comum em todos eles: corromper o sistema em busca da vantagem indevida

Se o combate posterior, tutelado pelo Estado, encontra as barreiras acima expostas, a solução é estabelecer que o controle interno das empresas tenha autonomia para exercer o papel da prevenção geral negativa e positiva. A implantação do sistema de *Compliance*, a partir do qual se realiza um controle prévio por meio da delimitação dos contornos da ética empresarial, foi a solução encontrada.

Além de diminuir exponencialmente os casos de corrupção, o *Compliance* empresarial resume os crimes em, basicamente, todo desvio de conduta que seja incompatível com atos que reflitam um agir ético, o que dificulta os desvios hermêuticos utilizado pela defesa para justificar a inadequação dos ilícitos com o diploma legal.⁹

3.2 Criminalidade Dourada e o problema da impunidade.

Mas a eterna sensação de impunidade no Brasil, encontra outros motivos além dos expostos alhures. De acordo com Carlos Versele Séverin, isso ocorre porque há alguns tipos de criminalidade que não integram as estatísticas criminais, nem sequer chegam ao conhecimento do Poder Judiciário. Trata-se de uma zona cinzenta, uma incongruência entre o número de crimes que ocorreram na prática e a quantidade de crimes registrados oficialmente nos dados oficiais.¹⁰ Esses crimes são comumente debatidos nas doutrinas de Política Criminal e são conhecidos como crimes de cifra negra (dark number ou *ciffre noir*).

Existe, no entanto, outro tipo de criminalidade que integra o rol de impunidade. É uma criminalidade privilegiada, realizada por aqueles que gozam de poder econômico e realizam ações visando vantagens próprias em detrimento do interesse coletivo-social. É o que Séverin intitula de “cifras douradas”¹¹ e inclui crimes contra a ordem tributária, o meio ambiente e o sistema financeiro.

9 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor” In: PUIG, Santiago Mir (Dir.). Derecho del siglo XXI. Cuadernos de Derecho Judicial VIII. Barcelona, 2007. p. 334

10 SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. Revista de Direito Penal, nº 27. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 6

11 Ibid. p 10

A criminalidade dourada, que diz respeito aos atos ilícitos cometidos pela cúpula política-econômica, garante uma imunidade baseada na manutenção de privilégios que são capazes até de alterar a ordem básica da persecução penal. Eventualmente, os grupos poderosos são descobertos, geralmente por embate “hegemônico” com outro grupo também poderoso. Nesse contexto, algumas pessoas podem até ser responsabilizadas pelos delitos cometidos, mas elas sempre serão pertencentes a uma camada inferior à cúpula.¹² O Direito não alcança a classe abastada porque encontra como empecilho os favorecimentos do poder judiciário, além de ser garantido a eles uma defesa experiente e muito bem relacionada, sendo quase uma das únicas ocasiões em que o direito penal é realmente garantista.

Com efeito, fica claro que o sistema jurídico-penal costuma reiterar privilégios e manter as desigualdades e injustiças da ordem estabelecida, inclusive amenizando estigmas de criminoso aos autores de crimes próprios da elite. É a materialização do ditado popular: quem rouba um pão, é ladrão; quem rouba um milhão, é barão.

Além disso, nas raras vezes que a investigação desses crimes chega em fase sentencial, a dosimetria da pena é manejada de forma branda, sequer sopesando os aspectos reais negativos das condutas. Trata-se de uma posição em completo desafino com a doutrina penal clássica, sobretudo Zaffaroni, que defende um exame de culpabilidade muito mais reprovável em caso de crimes cometidos fora das hipóteses de necessidade. Para ele, as pessoas que cometem crimes patrimoniais ou contra a ordem financeira e já são abastadas, devem sofrer uma ponderação muito mais severa na fase de culpabilidade da dosimetria, considerando a circunstância de desnecessidade.

Nesse contexto, programas de compliance surgem como remédio para a epidemia da corrupção, prometendo a erradicação de práticas irregulares através de ações coordenadas e mecanismo regulatórios. No entanto, o problema da corrupção não é resolvido por uma simples reação punitiva do Estado, na verdade, o aumento do rigor repressivo pouco tem a ver com a diminuição da impunidade; mais importando fazer funcionar o “punir” do que o “punir mais” de forma ineficiente.

3.3 Surgimento da legislação de anticorrupção mundial

O surgimento de legislação que regulasse os programas de compliance não foi uma coincidência, mas uma resposta à demanda do sistema friável capitalista. Trata-se de um

12 FELDENS, Luciano. Tutela penal de interesses difusos e os crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais.

conceito até mesmo paradoxal, considerando que a corrupção surge para alcançar mais vantagens (sobretudo financeira) e precisa frear os exageros da sociedade na busca insaciável pelo dinheiro. É que esse padrão comportamental encontrou atalho para o sucesso por meio de fraudes na competitividade e começou a impedir o crescimento exponencial do mercado capitalista, surgindo a urgência de combate a esse tipo de comportamento secular.

A corrupção não é uma exclusividade de um país ou continente; não se limita ao setor público ou privado; trata-se do mal dos séculos, pois gera ineficiência e prejudica a sociedade como um todo. Nesse diapasão, difundir a ideia de que a ética deve permanecer inabalável mesmo diante de ofertas contrárias é uma tarefa difícil. Assim surgiu os primeiros modelos de regulação do tema, sob forma de tratados internacionais, com a tentativa de inserir um novo modelo comportamental nos cidadãos e esperar que ele se reproduzisse e ganhasse maturidade e individualidade de cada nação.

Talvez em razão de não mais suportar a quantidade de penduricalhos que lhes eram colocados, o Sistema começou a dar sinais de falhas, a maioria deles revelados através de grandes escândalos dentro das maiores potências do mundo. A partir de então, percebeu-se a real necessidade da criação de políticas que combatessem veementemente a corrupção. Para tanto, reuniu-se esforços mundiais na tentativa de regulamentar o tema. A necessidade de uma cooperação mundial se dá pelo fato de que a corrupção é mesmo uma epidemia, não podendo ser barradas pelas fronteiras invisíveis e uma vez que a contaminação atinge determinado Estado, ela se espalha, reproduz e se perpetua.

O Reino Unido foi um dos pioneiros a legislar sobre a anticorrupção. O UKBA ou UB Bribery Act foi criado pelo parlamento britânico em 2010. Trata-se de uma das leis mais duras e eficazes do cenário mundial, não só pelo seu teor incisivo textual, mas também (e principalmente) por seus mecanismos de garantir a efetividade da norma. Precisam estar em consonância com a referida lei não só todas as empresas do Reino Unido, mas também empresas que estabeleça sede ou qualquer negociação com o território. Assim, garante-se que todas as pessoas jurídicas estejam alinhadas aos moldes de combate à corrupção.

No caso de descumprimento das diretrizes recomendadas pelas leis, o Serious Fraud Office tem competência para investigar e processar qualquer fraude, suborno ou corrupção.

Além do Reino Unido, os Estados Unidos também foram vanguardistas no que tange o estabelecimento de legislação própria voltada para o combate à corrupção. O Compliance Programs surgiu em razão da política financeira adotada pelo Banco Central dos EUA no

início do século XX. A intenção era promover um sistema financeiro estável e flexível ao mesmo tempo. A intenção do programa é, em síntese, organizar a atividade empresarial de acordo com as regras do Direito.¹³

Apesar das divergências sobre a sua origem, a ideia de um programa que estabeleça o agir conforme padrões pré-estabelecidos (leis, cartilhas etc) surgiu em 1907, na conferência de Haia, na qual instituiu-se o Bank for International Settlements (BIS), que tinha como objetivo principal conduzir as operações entre bancos centrais.

Em 1970, foi criado o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, no qual se reuniam os representantes dos bancos centrais dos países do G10, para definir procedimentos de boas práticas e controles. Entre os princípios veiculados pelo Comitê, incluía-se a orientação de programas de compliance nos bancos.

A eficácia do sistema na esfera bancária fez com que o programa fosse importado pelo sistema corporativo lato sensu, uma vez que perceberam que os grandes escândalos corporativos trazem consigo prejuízos econômicos, morais e éticos que marcam as empresas por toda sua vida. Sendo assim, para repassar a figura de que o mundo corporativo é confiável e passível de credibilidade, muitas empresas adotaram voluntariamente os programas de Governança Corporativa. Salienta-se que a intenção negocial não é apenas ética, mas econômica, uma vez que empresas estáveis e confiáveis angariam a maior quantidade de investidores.

Em verdade, ao longo da história, os Estados Unidos da América conheceram várias tentativas de regulação dos mercados,¹⁴ permanecendo em constante evolução e atualização de formas preventivas de controle. A Lei Sarbanes-Oxley (SOx), por exemplo, foi sancionada em 2002 visando a proteger investidores e stakeholders de práticas fraudulentas. Surgiu em resposta a uma série de escândalos financeiros que envolviam grandes empresas do cenário financeiro mundial como Xerox e WorldCom. O principal objetivo da SOx, assim como as demais leis que visam aprimorar a governança corporativa, é identificar, combater e prevenir fraudes que impactam o desempenho financeiro da empresa, garantindo o “dever de cumprir” proposto nos programas de compliance.

Por meio da SOx é proposta uma reestruturação dos processos empresariais, com a finalidade de reduzir os riscos e garantir a transparência na gestão empresarial. Sendo assim,

13 MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008.

14 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e a lei anticorrupção. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p 115.

são exigidos a criação de processos confiáveis de auditoria, incluindo declarações ao controle acionário – que traduzam o compromisso de retidão – feito por meio de diretores e administradores das empresas.

A legislação dos EUA chama atenção pelo fato de ser extremamente severa, por exemplo, a pena de responsabilização varia de multa à vinte anos de reclusão. Outro ponto muito importante é o fato de abranger inclusive as companhias que possuam ações a venda na Bolsa de Valores, não sendo necessário que elas possuam sede em território americano. Isso traduz uma rigidez de quem pretende levar à zero os casos de corrupção no país.

A ideia principal é solidificar a imagem de empresas, sobretudo afastando-as do seu histórico de fraudes ou envolvimento com atos negociais ilícitos. Adotar esse tipo de programa demonstra uma postura de comprometimento com a transparência dos atos e esse tipo de comportamento é valioso, não só no sentido figurado, mas na questão prática econômica também.

3.2 Compliance e o controle da criminalidade empresarial no Brasil

Apesar de ser um conceito que ganhou uma maior visibilidade nos últimos anos, com o advento das grandes operações contra os crimes de lavagem de dinheiro, trata-se de um recurso já presente no Direito brasileiro.

Em 1998, quando publicada no Brasil a Lei de Combate aos Crimes de “Lavagem” de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), órgão com a finalidade disciplinar, cujo objetivo era identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas e aplicar as penas administrativas respectivas.

Essa lei estimulou algumas empresas a criar estruturas e mecanismos efetivos de controles internos e risco, fazendo uso da criação de penalidades para coibir a prática de atividades ilícitas. Nos anos seguintes ao da publicação da lei, as empresas viram a necessidade de estabelecer, em seus organogramas, áreas específicas de compliance. A partir de então, foram elaborados mecanismos como cartilha de conduta no atendimento aos clientes, treinamentos em agências, emissão de código de ética interno, análise matricial de

risco operacional e de mercado, todos com o intuito de dinamizar a conduta da empresa e reduzir os riscos de desvios de conduta.¹⁵

Após 14 anos, a figura do Compliance permanece no ordenamento jurídico brasileiro, mas com um leque muito mais vasto e repleto de novas técnicas. Inegavelmente tornou-se uma figura mais popular nos últimos anos, quanto a isso, questiona-se se a popularização se deu em razão do aumento da corrupção ou do aumento da política de transparência. Segundo Oscar Pilagallo¹⁶, as duas perspectivas são sincrônicas. De um lado a corrupção brasileira está enraizada e, se depender do naufrágio ético, está longe de cessar; e por outro lado, observa-se o surgimento dos novos instrumentos jurídicos e normativos, em um claro esforço direcionado ao combate à corrupção, aliado ao show midiático que se faz a partir dele.

Por óbvio, o sistema de Compliance sofreu mutações ou adaptações ao longo dos anos, sendo aperfeiçoado para acompanhar as mudanças no plano ontológico. A principal mudança reside na concessão de benefícios em razão da implementação do sistema de controle interno e propagação da ética empresarial. O tema é problemático porque garante às pessoas jurídicas e seus titulares o bônus de serem premiados por agir em conformidade com as leis e ética, quando deveria ser uma premissa básica do Direito, firmada desde os pactos sociais. De qualquer forma, a benesse configurou um elemento necessário, pois desperta o interesse do empresariado em estabelecer regulamentos e manter os negócios nas vias lícitas.

Cumpra registrar, que o estabelecimento do programa de Compliance não é um indicativo de defesa absoluto, mas ele pode evitar ou, no pior dos casos, remediar da forma mais adequada possível. Da mesma forma, ensina Francisco Mendes e Vinícius Carvalho:

"Um programa de Compliance visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema."¹⁷

15 MARTINEZ, Andre Almeida Rodrigues. Compliance no Brasil e suas origens. 18 nov 2016. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>> acesso em: 08 de maio de 2019.

16 PILAGALLO, Oscar. Corrupção: Entrave ao desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2013. P. 83

17 MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31

Apesar de existir no Brasil diplomas legais que teciam considerações a respeito da corrupção, não havia um que o fizesse de forma específica. Assim surge a lei 12.846/13 como demonstração de que o Brasil estava em consonância com a tendência mundial. No entanto, em comparação as legislações estrangeiras, a brasileira é bastante branda. Um exemplo claro disso é que a lei não atinge as pessoas jurídicas estrangeiras que possuem sede ou filial no Brasil que cometerem crimes em outros países. Quanto aos crimes cometidos contra a administração pública nacional, a lei só terá condão de penalizá-las se a PJ estrangeira possuir a devida regularização como pessoa jurídica brasileira. Percebe-se que se trata de uma lei carente do dinamismo necessário para reger sobre política criminal econômica.

A lei brasileira, como as demais, incentiva a criação do programa de Compliance, frisando a importância do instituto na prevenção das práticas corruptivas.

No tocante à responsabilidade, na lei brasileira ela é objetiva, nos campos administrativo e cível, enquanto na lei americana ela é subjetiva. Tendo ainda outros pontos de divergência entre cada uma delas, isso porque, apesar de existir diretrizes globais acerca do tema, a soberania de cada Estado permitiu que eles legislassem diretamente para sua sociedade visando uma maior eficácia das normas legais.

A realidade é que, independente da legislação pelo qual é regido, o programa de compliance traz maior perspectiva dentro de uma corporação e resguarda os valores empresariais, bem como os valores da sociedade. Além disso, o programa estimula a competitividade empresarial, uma vez que o “to comply” passa a ser mais um dos requisitos de uma empresa confiável e bem sucedida.

Por outro lado, ausência de uma cultura empresarial de respeito ao Direito, não prejudica somente a competitividade do mercado, mas causa uma deformidade na organização desse ente coletivo.¹⁸

4. DIREITOS MÁXIMOS E DEVERES MÍNIMOS

4.1 A responsabilidade da pessoa jurídica

A responsabilidade da pessoa jurídica e, portanto, a possibilidade da instauração de uma ação penal em face do ente coletivo, aparece como uma consequência necessária diante do comportamento empresarial na modernidade.

18 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. A responsabilidade Penal da pessoa jurídica e o dano ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 10

No Brasil, a responsabilização tornou-se possível quando a Constituição Federal de 1998 resolveu tentar minimizar os graves problemas ambientais, considerando sua importância para a coletividade e tutelou o meio ambiente elevando-o à categoria de bem jurídico constitucional. Diante disso, sendo a pessoa jurídica a maior responsável pela degradação ambiental, o diploma legal resolveu regulamentar os termos da sua possível punição.

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) inovou sobre o tema da efetividade de responsabilização penal da pessoa jurídica, o que ensejou uma discussão sobre a ampliação dessa responsabilização para além dos crimes ambientais, de forma a proteger outros bens jurídicos coletivos, como por exemplo os crimes econômicos.

O problema dessa responsabilização, que foi muito tempo motivo de divergência doutrinária, reside no fato de que não era possível observar dolo ou culpa das pessoas jurídicas. Dessa forma, não havia como estabelecer a responsabilidade subjetiva, o que se revelava incompatível com a teoria da culpabilidade. Por outro lado, assunção de uma responsabilidade penal objetiva violava diversos princípios penais basilares, quais sejam, individualização da pena, proporcionalidade, pessoalidade, entre outros. Sendo assim, a doutrina debatia-se para encontrar uma solução que garantisse a efetividade das normas sem ferir direitos e garantias básicas.

Em um primeiro momento, a Lei de Crimes Ambientais foi rejeitada por causa da teoria da ficção, que defendia que a pessoa jurídica era uma mera criação da lei, não existindo no mundo real e, conseqüentemente, não podendo ser punida. Chegou-se, inclusive, a suscitar que os crimes ambientais seriam inconstitucionais.

Mas apesar desse entendimento, a doutrina minoritária entende que o princípio da *societas delinquere non potest* não é absoluto e trata-se de um conceito analítico criado para beneficiar a burguesia. Portanto, a doutrina moderna pretende romper com esse sistema e a defender a responsabilização da pessoa jurídica.

4.2 Crítica ao modelo construtivista da culpabilidade

A dogmática clássica respalda seu entendimento no fato da pessoa jurídica não se encaixar perfeitamente no conceito analítico de crime no qual a dogmática criminal se baseia. Principalmente porque a ciência jurídica tem como agente-foco o ser humano e todas as suas

teorias se baseiam nisso, justamente por isso a dogmática penal tem dificuldades em criar teorias de infrações que possibilitem a responsabilização penal e ainda respeitem os princípios basilares do Direito. A teoria de maior relevância nesse sentido foi o modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica.

Em uma releitura do sistema social auto poietico de Niklas Luhmann,¹⁹ a pessoa jurídica se desenvolve e se reproduz a partir de suas próprias estruturas²⁰, ou seja, ela consegue produzir seus próprios elementos e a comunicação desses elementos constitui a sua identidade, sendo capaz não só de se auto constituir-se, mas de auto regulamentar-se.

Assim sendo, o sistema autorreferencial substitui a ideia de sujeito, bem como a ideia de auto-organização equivale à capacidade de ação da pessoa física²¹. Assim surge a responsabilização da pessoa jurídica: toda empresa que apresente um sistema complexo, pode ser responsabilizada de forma direta pelos seus atos.

É o que ensina Arnaldo Quirino Almeida²², quando explica o conceito da culpabilidade construtivista nas leis de crimes ambientais como a autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica que, para atuar em “nome próprio” e ser passível de imputação jurídico penal, precisa demonstrar que desenvolve uma capacidade de auto organização equivalente à capacidade de ação das pessoas físicas.

Desta feita, a culpabilidade do ente moral deve ser extraída da organização e auto sustentabilidade do ambiente corporativo. De acordo com a teoria construtivista de culpabilidade empresarial, uma organização defeituosa, com falhas estruturais, por não ter capacidade de se auto gerir/auto organizar, fomenta a prática delitiva no âmago empresarial, colocando a empresa fora do limite permitido pelo Direito Penal. Isso porque a motivação subjetiva (intenção) de prática do crime não se faz relevante na análise da culpabilidade da pessoa jurídica, mas tão somente a capacidade de prever comportamentos que gerem riscos.

19 LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 2009.

20 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Op. Cit.

21 LINHARES, Sólton Cícero; OLIVEIRA, Daniele Aparecida. O Conceito Construtivista de culpabilidade e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. Uma análise através da figura do compliance programns. FURB, Revista Jurídica - CCJ. Paraná, ISSN 1982-4858 v. 19, nº 40, p. 41 -60, set/dez 2015. P. 45

22 ALMEIDA, Arnaldo Quirino. Conceito construtivista de culpabilidade da empresa e teoria da dupla imputação na Lei 9.605/98 - Crimes Ambientais. Em: < <https://arnaldoquirino.wordpress.com/2013/04/15/conceito-construtivista-de-culpabilidade-da-empresa-e-teoria-da-dupla-imputacao-na-lei-9-60598-crimes-ambientais/> > Acesso em 23.10.2019

Dito isto, tem-se a necessidade do sistema de Compliance para identificar e prevenir qualquer irregularidade na estrutura empresarial. Do mesmo modo, a ausência do sistema considerar-se-ia uma omissão intencional, conduzindo ao reconhecimento da culpabilidade.

Considerando que a prática de qualquer ato ilícito revela uma infidelidade ao Direito²³, a assunção de um pacto como o sistema de Compliance revela justamente o contrário. Indica o desvelo de afastar os desvios de conduta na estrutura interna.

Nessa toada, grandes questões se formam a respeito da autoria dos crimes. Isso porque, apesar da pessoa jurídica possuir personalidade jurídica, não se vislumbrava o modo como ela poderia, sozinha, agir ou deixar de agir para combater as fissuras na sua organização interna. Sendo assim, a doutrina vinculava necessariamente a existência de culpa das pessoas jurídicas, às pessoas físicas a ela associadas.

Isso porque os institutos penais tinham como base a teoria finalista e suas estruturas lógicos-reais da natureza. Assim sendo, essas estruturas impositivas somente poderiam ser aplicadas aos homens, pois seria impossível o movimento do corpo dirigido a uma finalidade ser imputado a uma pessoa jurídica incapaz de ação. Para a doutrina clássica, a vontade de ação humana é um fenômeno psíquico, impossível de conceber-se em uma pessoa jurídica. Surge, portanto, a dupla imputação, na qual se usa a ação e culpabilidade da pessoa física para responsabilizar a pessoa jurídica.

Nesse cenário, Klaus Tiedemann²⁴ defendeu a tese nomeada de “culpabilidade por defeito na organização” na qual consegue apartar terminantemente o defeito estrutural de alguma reprovação de caráter pessoal. Para ele, a responsabilidade surge quando, por falta de organização, a empresa permite a atuação de pessoas na prática delitiva. No caso, o problema estaria no fato de não ter sido tomadas medidas preventivas que garantissem uma empresa salvaguardada dos ilícitos.

No entanto, apesar de uma tese muito aceita pela doutrina, há muitas incongruências e verdadeiros afrontes ao Direito Penal e Criminologia, que tornam insustentável defendê-la.

23 JAKOBS, Günter. Derecho penal – parte general. Fundamentos e teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14

24 TIEDEMANN, Klaus. Punibilidad y resaponsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos. In: Revista Jurídica de Buenos Aires, v. 2 Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 11 e ss. Apud BUSATO, Paulo César. (2015, p. 44)

O primeiro problema consiste na presunção absoluta de que uma empresa que adota o Compliance está isenta de qualquer falha (e punição por esta falha). Trata-se de uma causa de exclusão da culpabilidade criada com base em uma autoavaliação moral, uma anomalia do Direito, que não encontra respaldo em nenhuma vertente da teoria do delito.

Não há nenhuma relação direta entre a existência de um sistema de compliance e o afastamento da responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Isso porque, uma empresa pode ter o sistema e coexistir completamente à margem do limite permitido pelo Direito. O que pode existir é a implantação de regras legais a respeito da efetivação do sistema nas empresas, sendo que a falta de atendimento a elas pode conduzir a discussões penais quanto à violação de deveres.²⁵

Quanto à exclusão da culpabilidade, não há também qualquer conseqüência lógica que se aplique à pessoa física, fomentando a discussão acerca da proteção exacerbada às empresas. Justamente na ocasião em que o Direito Penal passa a tratá-las e encará-las como entes passíveis de sanções, surge um subterfúgio conveniente, um “superdireito” maior que todos os outros, capaz de afastar a responsabilidade da pessoa jurídica dessa forma.

Há, sem sombra de dúvidas, uma tentativa de macular o caráter principal do Direito penal: controlar condutas que representem afronta aos bens jurídicos importantes para o desenvolvimento da sociedade.

Outro problema consiste em afastar o dolo e a imprudência da pessoa jurídica, considerando-a incapaz de tê-los. Isso porque assume-se que as figuras do dolo e imprudência são antecedidas de uma face psicológica (pertencentes à culpabilidade). Hoje afasta-se quase que por completo o conteúdo subjetivo da imprudência, considerando ser a criação de um risco não permitido através da violação de um dever de cuidado. Nesse sentido, percebe-se que normatividade do delito imprudente é absoluta²⁶, não sendo necessária a busca por elementos subjetivos próprios, bastando a teoria da imputação objetiva para a constatação da imprudência. Quanto ao dolo, frisa-se que o que determina a intencionalidade da ação não são os processos mentais e os desejos profundos, mas estar ou não de acordo com os parâmetros normativos, revelando o compromisso de atuar por parte do autor²⁷. Sendo assim, não há

25 GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 55.

26 ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997, p. 999.

27 BUJAN PÉREZ, Carlos Martínez. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: Dolo e Direito Penal, modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25

óbice para que pessoa jurídica aja com dolo ou imprudentemente, não merecendo prosperar essa ideia.

No campo criminológico, o modelo construtivista dá azo a construção de um Direito Penal de duas faces: Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo.²⁸ Assim, há um tipo de punição para as empresas que não atendem às normas e outro tratamento jurídico diferenciado àquelas que atendem. Trata-se de um ordenamento jurídico que tem dois pesos e duas medidas: aos amigos os favores, aos inimigos, a lei. Revela-se, assim, uma insegurança jurídica enorme, primeiro porque não considera as hipóteses transitórias (aquelas empresas que não pertencem a nenhum extremo que a doutrina prevê, pois estão ainda em processo de implantação), segundo porque trata-se de um Direito Penal que não protege a sociedade do autoritarismo desmedido estatal, pelo contrário, a vincula a ele.

Por fim, fere a estrita legalidade e outras garantias jurídicas ao sugerir o Compliance como uma faculdade, um pacto de fidelidade ao Direito, não obrigacional, mas que enseja severas sanções. Se há a pretensão de impor a implantação dos sistemas, isso deve ser feito legislativamente, com a imposição de requisitos e um claro comando de que a violação do dever acarreta sanções. Não há como encarar a ausência de Compliance como um juízo de reprovação, trata-se de uma atividade imprudente.

De fato, o modelo de culpabilidade construtivista não logrou êxito em explicar a responsabilidade da pessoa jurídica.

A inconsistência é tamanha a ponto de a doutrina discutir, no plano da teoria do crime, se a discussão deve ser em torno do injusto ou da culpabilidade. A maior parte da doutrina assume que os defeitos organizacionais dizem respeito à imprudência e violação a um dever de cuidado, que tem relação com o injusto – seja no tocante à responsabilidade omissiva, seja quanto a imprudência – mas jamais sob o ângulo da culpabilidade.²⁹

De acordo com Paulo César Busato, trata-se de um desrespeito a uma diligência necessária ao atuar³⁰, o que podemos concluir por uma omissão voluntária por parte do agente.³¹ O resultado é previsível: uma afronta a bens jurídicos relevantes, causando um risco

28 Aceca do tema: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

29 GUARAGNI, Fábio André. BUSATO, Paulo César. Compliance e Direito Penal. Op Cit, p 55.

30 BUSATO, Paulo César. Direito Penal – parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 424.

31 KAUFMANN, Arthur. “Die bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”. In: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70 Geburtstag. Gottingen: Vandenhoeck, 1961, p. 2013

acima do permitido no Direito Penal, ensejando, obviamente, sanções. É o que Aury Lopes Junior chama de non-compliance.

Sendo assim, apesar de nomes relevantes da doutrina nacional entender que a responsabilização da pessoa jurídica seria um afronte aos princípios fundamentais do direito penal - como o princípio da culpabilidade, personalidade da pena e punibilidade – e, portanto, inconstitucional, o fato é que o instituto já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro no tocante aos crimes ambientais.

O ideal seria a criação de instrumentos jurídicos, apartados do Direito Penal clássico, capazes de atuar contra as pessoas jurídicas propriamente ditas, sem qualquer vinculação com pessoas naturais. Enquanto não há a criação dessa legislação direcionada, faz-se pertinente o uso de analogia das legislações já vigentes.

O fato é que a responsabilização da PJ no Brasil já alcança sanções como multas, penas restritivas de direitos e até a de paralisação das atividades quando se trata de delitos ambientais. Estender o alcance da norma para crimes de atividade financeira, nada mais é do que utilizar o Direito Penal de forma atual e em favor da sociedade.

Em decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal passou a aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica independentemente da pessoa física. Dessa forma, houve por parte do STF completa mitigação do princípio da culpabilidade para alcançar a pessoa jurídica somente por elementos objetivos. Do mesmo modo, o STJ tem caminhado para reconhecer a tendência de outros tribunais superiores. Assim, por mais que a tese contrarie o proposto pela doutrina majoritária, o fato é que a prática forense demonstra que a pessoa jurídica tem uma relação íntima com o ilícito de natureza penal, estando cada vez mais atrelada a ele.

Sendo assim, a solução mais nítida é de que as empresas devem ser obrigadas a implantar um sistema interno que aja de acordo com os preceitos éticos e jurídicos permitidos e quando não o fizerem, precisam ser punidas pela falta de agir, de forma a cumprir todas as formas de prevenção (positiva, negativa e especial) estabelecidas por Roxin.

No caso dessa estrutura não estar bem sedimentada, mergulha-se em um abismo das teorias penais ao criar ressalvas e “superdireitos” que protejam as pessoas jurídicas, dando-lhes muitos direitos e poucos deveres.

4.A ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL

O Direito não é filho do céu. É um produto criado a partir das necessidades do homem, de acordo com os fenômenos históricos.³² A atuação do Direito Penal não se distancia dessa ideia de ser uma resposta aos anseios da sociedade. Assim, cada vez que as práticas econômicas e financeiras de um agente sirvam para acobertar atividades ilícitas, o Criminal Compliance se revela como solução possível. O combate do crime é feito ex ante, de forma preventiva. Nesse sentido, são estabelecidos procedimentos que, quando cumpridos, asseguram a gestão de risco e o distanciamento entre a empresa (e seus responsáveis) e as atividades ilícitas.

O que a sociedade pretende com o programa de Compliance é que ele seja um mecanismo de controle para evitar abusos nas transações financeiras. Mas ele não pode tornar-se um elemento de responsabilização (jurídico penal por omissão) automática como forma de acalento aos ânimos revoltados com a extensão dos escândalos de corrupção. O Direito Penal deve assumir seu papel de produto da proteção estatal, de forma que não haja espaço para institutos que traduzam o clamor social por vingança coletiva. As falhas estruturais nesse sistema se dão, em regra, pela falta de definição clara da natureza jurídica do Criminal Compliance.

Isso porque se o Criminal Compliance for resumido a um instrumento de controle penal ou a uma justificativa para a expansão do domínio punitivo criminal, ele se desintegra por falta de razão de ser. Isso porque o rígido controle estatal, em sua face sancionatória, nada (ou muito pouco) acrescenta ao desenvolvimento de um sistema empresarial-financeiro em fase de amadurecimento. Qual o valor que uma empresa maculada tem para a sociedade? Qual a contribuição que líderes presos podem trazer para o desenvolvimento da empresa e do país? Muito mais valioso para a estrutura nacional que as empresas aprendam a estar em conformidade com normas éticas e nem cheguem a praticar delitos, pois a estrutura estabilizada evita o corrompimento do setor público, poupa desgastes processuais e atrai mais investimentos.

Trata-se, em verdade, de uma modalidade própria de autorregulação, feita através de uma coparticipação entre o Estado e o ente privado, o chamado sistema autorreferencial de

32 BEVILAQUA, Clóvis. História da Faculdade de Direito do Recife. 3ª Ed. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012. P. 542

autorregulação regulada³³. Na qual a empresa se compromete a seguir códigos de condutas empresariais que servem como uma autoimposição voluntária de tipos de conduta por parte daqueles que se comprometem.

Além de definir a natureza jurídica do Criminal Compliance, faz-se pertinente definir a extensão da atuação penal nesse âmbito, pois somente a partir do estabelecimento de diretrizes e limites jurídico-penal, é possível garantir o combate efetivo dos casos de corrupção, sem postergar direitos e garantias básicos.

A atuação do Direito Penal no enfrentamento dos crimes econômicos ainda é muito problemática. Primeiro por ser baseada em um tratamento perigosamente simplista, além de versar acerca de limites penais e não observar algumas lacunas e omissões que dão azo à inutilidade da lei. Por isso, o aprofundamento do tema é pertinente, pois na intenção de construir um ordenamento jurídico sólido, várias são as soluções legais apresentadas no tocante à repressão e prevenção dos crimes.

Nessa toada, a doutrina moderna tem sugerido algumas alterações legislativas com o intuito de solucionar as controvérsias e proporcionar uma maior efetividade na punição. No entanto, por vezes, a efetividade usada como sinônimo de punir com rigor excessivo, ocasiona a supressão de direitos básico na busca por um Direito Penal que funciona. Neste capítulo, serão tecidas algumas considerações críticas acerca das soluções jurídicas propostas.

4.1 Tipo penal específico

Parte da doutrina acredita que um dos empecilhos para que os programas de compliance funcionem em sua maior performance, se dá ao fato de que não há um tipo penal específico criminalizando o descumprimento das normas programáticas.

Apesar de as Leis versarem sobre as condutas criminosas que colocam em risco a integridade da empresa, não há qualquer menção nelas sobre a tipificação de condutas de descumprimento de regras legais de compliance. A Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) aprovou em 1992, em assembleia geral, o Regulamento

33SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle a criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra et all (org.). Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. P. 63

Modelo³⁴ sobre crimes de Lavagem de Capitais. Na ocasião, foi sugerida a tipificação da referida conduta. Trata-se da criação de um tipo penal de perigo abstrato, pois apenas discorre sobre a conduta, mas não sobre seu resultado específico.

Não há, nas leis brasileiras, qualquer menção sobre esse descumprimento. A ausência dessa previsão legal punição pelo descumprimento faz com que a violação desses deveres se sujeite apenas a sanções administrativas e acarrete alguns efeitos práticos negativos.

Por não haver previsão expressa nesse sentido, os aplicadores do Direito têm recorrido aos tipos penais presentes na lei de crimes contra o sistema financeiro, mas o uso de tal norma não é compatível com os demais crimes, pois tutela especificamente o bem jurídico do sistema financeiro e nem sempre os deveres de compliance se destinam diretamente à manutenção de sistema financeiro. Trata-se, pois, de uma lacuna normativa, a qual a analogia não é capaz de sanar sem que haja déficits em sua aplicação.

Portanto, alguns doutrinadores entendem que a criação de um tipo penal que verse especificamente sobre o descumprimento intencional de regras previstas no programa de compliance seria a solução para o combate mais efetivo à violação dos deveres éticos empresariais.

Por outro lado, a tese é rebatida com base no princípio da intervenção mínima.

Isso porque a criação de um tipo penal específico poderia infringir o preceito de ultima ratio do Direito Penal, pois transferiria para ele a obrigação de sancionar pessoas que descumprem os deveres de compliance, o que já é realizado em uma esfera administrativa (vide art. 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro).

A intervenção mínima do Direito Penal, apesar de não constar expressamente na Constituição, está presente na sociedade como um pressuposto político do estado democrático de Direito. De acordo com Fernando Galvão, trata-se da expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*³⁵. Ou seja, determina a intervenção penal apenas em caso de absoluta necessidade, pois essa intervenção é custosa (tanto para o estado, quanto para o cidadão).

34 Artículo 15 – Responsabilidades de las instituciones financieras. 3 – comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representates autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas em los artículos 11 a 14 del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos em los mencionados artículos.

35 ROCHA, Fernando Galvão da. Direito Penal – parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. P. 90

Para Régis Prado, a tutela penal só deve existir caso não existam outros métodos eficientes de assegurar as condições de vida, desenvolvimento e paz social.³⁶ Pois cada vez que o Direito Penal é acionado, o bem jurídico liberdade e dignidade da pessoa humana é colocado em cheque. Justamente por isso, há uma opção legislativa para que o assunto seja amparado pelo Direito Administrativo, já que ele oferece respostas satisfatórias e menos danosas que o sistema punitivo do Estado.³⁷

Essa corrente ainda se propõe a dizer que a atuação do Direito Penal seria contraproducente, já que a intervenção penal traria muito mais prejuízos punindo a empresa e seus membros, do que simplesmente os sancionando administrativamente. Tratar-se-ia da hipertrofia penal³⁸, na qual a dose da força intimidadora da lei é usada de forma desmedida, a ponto do organismo social não mais reagir positivamente a ela, mas envenenar-se “como um remédio administrado abusivamente”.³⁹

No entanto, se a justificativa capaz de afastar a intervenção penal for o prejuízo na “vida útil” da empresa, como se o Direito Penal fosse o culpado por destruí-la, nenhum crime empresarial seria punível. Além disso, o Estado assumiria a culpa do desmantelamento empresarial, o qual não cometeu. A função social da empresa é importante e deve ser preservada pelo Estado desde que haja uma convivência harmônica entre os setores. A partir do momento que o modos operandi de uma empresa e de seus dirigentes vai de encontro à integridade estrutural do Estado, não há sentido para evitar que sua punição atinja graus mais severos, pois o dever de manter-se continua sendo mais da empresa do que do Estado. Não há razão para conferi-lhe essa culpa.

São teses muito bem fundamentadas pois, se de um lado tem-se a preservação do Direito Penal como ultima ratio e a ideia de que não faz sentido aplicar recursos mais gravosos/danosos quando se obtém o mesmo resultado através de um menos traumático;⁴⁰ por outro tem-se a comprovação de ineficiência das sanções administrativas como punição para os descumprimentos das regras de compliance;

36 PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constitucional. 2 ed. Rev. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 56-60.

37 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 6 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.21

38 LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002 P. 42

39 Idem, ibidem.

40 MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. Apud BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 86

Importante pontuar que a falta de um tipo penal específico não é a causa do descumprimento das regras de compliance, nem tampouco a solução para esse problema. Se assim o fosse, as sanções administrativas seriam necessárias para extinguir as transgressões. Mas a criação de um novo tipo penal pode ser pertinente para garantir até mesmo a lisura dos processos que, diante de uma norma penal clara, pode punir ou deixar de punir seus agentes conforme o princípio da legalidade. Não mais se recorreria aos tipos penais alheios por meio da analogia, nem mesmo permitiria que seus acusados estivessem eternamente à mercê das decisões discricionárias e possivelmente contraditórias entre os juízos.

Para que isso ocorra, no entanto, é necessário que haja o estabelecimento de parâmetros bem definidos para que a novidade legislativa não transfira os julgamentos administrativos para a seara penal, acarretando o número excessivo de condenações, descumprindo o caráter subsidiários da matéria penal.

4.2 Tipo culposo ou diminuição da pena

Outra solução jurídica se dá sobre a criação de tipos penais culposos.

A defesa dessa corrente não pretende atestar a ausência de gravidade dos crimes que encenarem a figura culposa, mas alcançar uma alternativa para canalizar ao tipo penal que conhecemos (doloso) apenas crimes que possuam punição mais gravosa. A inexistência de figuras tipicamente culposas, exige uma interpretação extremamente relativista na análise dos crimes, pois estariam todos inclusos no dolo sendo que, obviamente, possuem níveis de intenção diferentes.

A punição de crimes, como lavagem de dinheiro, na modalidade culposa à luz dos programas de compliance é exceção nos países. O normal é que se encare a figura na modalidade dolosa.

No caso da lavagem de dinheiro, por exemplo, o tipo subjetivo aparece na modalidade dolosa, de dolo eventual e (deveria aparecer) na culposa.

Na dolosa, aparece em sua literalidade prevista na lei 9.613/98 quando a origem ilícita do dinheiro é conhecida e há o agir para ocultar. No dolo eventual, também previsto em lei, há a assunção do risco de recebimento de valores, o qual desconfia-se que a origem seja ilícita. Trata-se do tipo penal da desconfiança, pois é isso que define sua eventualidade. A

modalidade culposa, por sua vez, ocorre quando o lavador de valores não tem como saber a ilicitude da origem daquele dinheiro, mas deveria presumir.

A ausência da modalidade culposa faz com que muitos dos crimes que deveriam ser encarados como culposos sejam processados por dolo eventual, ou deixem de ser processados por ausência de previsão legal.

No primeiro caso, há excesso punitivo, pois pune-se o crime como doloso (ainda que na modalidade eventual) e notadamente mais grave ao invés de encará-lo sob uma menor reprovabilidade que a negligência proporciona. No segundo caso, pontua-se como atípica uma das condutas de maior relevância e expressão quantitativa do ambiente das instituições financeiras.

Esse mesmo padrão se repete em outros crimes, devendo o poder público agir no sentido de evitar o alastramento de punições injustas por meio da incorporação da modalidade culposa nos crimes.

Caso não haja a criação de um tipo penal culposo, faz-se pertinente a realização de outros mecanismos capazes de garantir uma penalidade mais justa ao delito consumado pelo deixar de agir.

A doutrina, de forma geral, reconhece os crimes omissivos como menos graves do que os comissivos.

Para quase uma totalidade da comunidade afigura-se líquido que, por exemplo, o homicídio levado a cabo por acção, se comparado com o perpetrado por omissão, deve ser mais fortemente punido. Há no “facere”, um potencial, um transporte de energia e uma realização que se cristalizam em alterações do real verdadeiro e que determinam que o valor ou desvalor que geram ganhem uma densidade que o “omittere” não pode beneficiar ou sequer reinvidicar.⁴¹

Com efeito, esse menor grau de reprovabilidade deve vir demonstrado na pena. Na ausência de um tipo penal culposo que traga uma carga punitiva mais leve, cabe defender a presença de atenuante específica para tal hipótese.

Apesar de não haver uma atenuante expressa para condutas omissivas impróprias, como em outros ordenamentos jurídicos internacionais, há na legislação pátria a hipótese de atenuante inominada, prevista pelo art. 66 do Código Penal. De acordo com o referido artigo,

41 FARIA COSTA, Jorge. O perigo no direito penal: contributo com a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, Coimbra: Coimbra. Ed. 1992 p. 392.

caso haja circunstância relevante – anterior ou posterior ao crime – ainda que não esteja prevista em lei, a pena pode ser atenuada. No entanto, por se tratar de uma atenuante genérica, sua aplicação vai depender da construção argumentativa que o advogado apresentará e da discricionariedade do juiz em entendê-la cabível nesse contexto. Em efeitos práticos, essa atenuante é pouco significativa para o nosso tema.

A regularização de uma atenuante específica para os crimes praticados por omissão imprópria traduz respeito ao princípio da individualização da pena e segurança jurídica. A partir disso seriam garantidas punições mais justas e uma maior celeridade no âmbito judiciário que se pouparia da vasta discussão acerca da aplicabilidade da atenuante genérica.

4.3 Privatização do processo punitivo

Outro problema estrutural do criminal compliance é que o Poder Público, diante da sua incapacidade de fiscalizar todos os atos ocorridos dentro das empresas, passa a incentivar que as entidades privadas e seus funcionários o auxiliem nessa tarefa.⁴² Assim, com a intenção de controlar as relações econômicas por meio de uma autorregulação, caminha-se para o desmonte de aparelhos formais do Estado. É a privatização do direito de punir, uma vez que os programas de compliance pretendem suprir a ineficiência da persecução penal⁴³ e por conciliar vários modelos de intervenção punitiva (administrativo, penal e a autocomposição)⁴⁴ acabam negligenciando o modelo básico de Estado de Direito.

Antes de aprofundarmos no tema, é importante entender que a privatização aqui discutida se refere a terceirização de um serviço público para que terceiros executem.

Isso ocorre porque o Estado se reconhece incapaz de regular sozinho as relações empresariais. Essas, cada vez mais complexas, geridas por si próprias no modelo de autogestão, faz com que o Estado revele-se insuficiente.

Essa “privatização” do processo punitivo, por ocorrer como forma de auditoria no seio da empresa, tende a criar regramentos próprios e, eventualmente, renegar alguns direitos

42 CAMARGO, Rodrigo Oliveira. Compliance Empresarial e Investigação Preliminar. In: Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

43 MATIS, Klaus. Effizienz statt Gerechtigkeit: Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen des ökonomischen Analyse des Rechts. 3. Ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 213 e s.

44 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Op cit. P 259.

fundamentais básicos. Isso ocorre porque quando a função punitiva está sob o domínio de outro ente – que não o Estado – não há como garantir que o devido processo legal está estabelecido, nem que está sendo assegurada a ampla defesa e o contraditório, por exemplo.

Flagrantemente, princípios como a presunção da inocência e a não incriminação são renegados para dar lugar a teorias, a exemplo da cegueira deliberada, que atendam a expectativa inquisitorial da aplicação penal. A transferência da responsabilização persecutória ao particular não agrada boa parte da doutrina e jurisprudência, sendo chamado inclusive de “descentralização perversa/dissimulada”⁴⁵.

Com efeito, a cooperação entre setores aumenta a probabilidade de sucesso das investigações, mas a eficiência não pode ser atestada quando se negligencia direitos básicos. Portanto, para que o criminal compliance esteja em acordo com o Estado Democrático de Direito, devem ser observados os limites constitucionais.

Ademais, a privatização da investigação sugere que as condutas podem ser solucionadas através de acordos no âmbito interno da própria empresa, o que faz sentido considerando a potencialidade da estrutura penal e que evitá-la causa eventos menos traumáticos. No entanto, para justificar a ausência da intervenção Estatal, é necessário que o método alternativo de investigação seja mais eficaz que o aparelho público, senão a substituição perde o próprio sentido de ser.

Apesar das grandes expectativas acerca dos acordos privados, eles decepcionam, já que muitas vezes são forjados, não cumprindo o regulamento necessário para uma espécie de ressocialização da empresa. Isso justifica o porquê de muitas companhias simplesmente modificarem a forma de atuação ilícita, jamais a abandonando, deixando a taxa de insucesso dos programas de compliance cada vez maior.

Quem defende essa cooperação entre os setores, fundamenta sua posição na maior celeridade e efetividade dos processos acerca da integridade empresarial. No entanto, além de não haver comprovação fática de que há uma relação entre a privatização e uma maior efetividade na investigação, tem-se que a renúncia de direitos básicos é um preço muito alto a pagar para garantir efetividade.

Nessa toada, a cooperação entre o setor público e privado pode até ser positivo, desde que seja usado para que a empresa, como maior conhecedora de sua realidade complexa e seu

45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malhiers. 2017. P. 153

corpo braçal, auxilie o poder público nutrindo-o de informações personalizadas, para que o tratamento seja direcionado para aquele ente privado especificamente. Não há espaço, portanto, para que o particular assuma a posição de investigador própria do Estado, sob pena de infringir a própria origem do Estado Democrático de Direito.

4.4 Breves comentários acerca da atuação jurídico penal

Em suma, não há dados concretos sobre a efetividade dos programas de governança corporativa. Então, por vezes, se questiona se o investimento na implantação e manutenção deles tem valido a pena tanto para as empresas, quanto para o setor público.

O fato é que independentemente de o numerário indicar o compliance como um instrumento efetivo (ou não) de prevenção de condutas danosas, tem-se a necessidade de regular sua aplicação e a aplicação do Direito Penal sobre sua existência. Isso porque a efetividade trata-se de uma realidade que não pode coexistir com abusos de Direito, excessos punitivos e falta de regulação que garanta uma correta individualização da pena. A preocupação do Direito Penal é coibir ultrajes, sobretudo considerando a análise de crimes tão caros para o ordenamento jurídico e sociedade, pois os afeta em larga escala.

Nessa toada, a busca por uma atuação jurídico-penal efetiva muito tem a ver com o estabelecimento de limites dessa atuação, pois somente assim é possível vislumbrar as vantagens de estar em consonância com os regramentos propostos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no decorrer dos capítulos do presente trabalho, foram traçadas algumas linhas acerca da importância de instituir os programas de Compliance para uma estabilização moral e econômica da sociedade; além disso, discutiu-se o papel do Direito Penal como resposta aos desvios de conduta que contrariam o Compliance, sobretudo seus benefícios e o impacto nos direitos e garantias dos investigados, permitindo o alcance das seguintes conclusões:

A partir de uma contextualização histórica foi possível perceber que os desvios de conduta encontram raízes na ausência da virtude ética. Para Aristóteles, essa virtude ética é

palpável para uma sociedade que se preocupa em disseminá-la por meio de educação, ensinando constantemente o respeito ao espaço do outro e ao espaço coletivo. A crise-ética atual se materializa por meio da corrupção, fenômeno que não coexiste com o Direito e que tem engendrado uma estrutura social caótica.

Tal contexto fez com que os setores público e privado fossem minados pelos desvios de conduta, de forma a causar danos irreparáveis à sociedade. As práticas ilícitas raramente punidas geraram certa insegurança nas leis e mecanismos de justiça que deveriam fiscalizar e punir os abusos ocorridos, mas, atônitos, faziam perpetuar a impunidade.

Além disso, o crime de corrupção é próprio de agentes que possuem domínio político e econômico e que, por participarem da cúpula social, geralmente se esquivam das punições. A corrupção tem se modulado com o passar dos anos e a vantagem a que se refere seu tipo penal tem sido muito mais imaterial (favores) do que vantagens econômicas. Portanto, seja por ter recursos para contratar uma defesa adequada, seja por possuir influência no sistema judiciário, os poderosos são raramente punidos pelos atos ilícitos que praticam.

Isso demonstra que a impunidade da qual o país está refém pouco tem a ver com o rigor das normas, mas com a pouca efetividade delas.

Considerando a função social da empresa, sobretudo aquelas que possuem relação direta com o poder público, a atuação do Direito revelou-se imprescindível. No entanto, em que pese a urgência no combate às atividades ilícitas, cumpre registrar que o Direito Penal obedece a sua natureza subsidiária. Além disso, o Estado não possui aparatos necessários para fiscalizar e punir todas as empresas presentes no território nacional. Diante disso, começa a existir a possibilidade de delegação das funções de gerenciamento de risco aos particulares.

As ideias iniciais sobre Compliance ao redor do mundo surgiram no século XX. No Brasil, sendo algo relativamente novo, as leis foram desenvolvidas somente a partir de 1998 com a Lei de Lavagem de Capitais. Atualmente, o aparato normativo que temos é a Lei 12.683/12 (que alterou sensivelmente a lei 9.613/98), o Decreto 8.420/15 e a Lei 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção. Todos os aparatos normativos tentam fortalecer as instituições e minimizar os riscos inerentes à atividade empresarial.

O maior problema encontrado no sistema de Compliance é a responsabilização da pessoa jurídica para efetivar sua punição. Isso porque, o direito penal clássico, criado para punir pessoas, apenas enxerga a culpabilidade como forma de respaldo para a

responsabilização de alguém. O fato de uma pessoa jurídica não ter como agir com dolo ou culpa, afastando a possibilidade de responsabilidade subjetiva, fez com que fossem criadas teorias para tentar justificar a responsabilização da pessoa jurídica sob outra ótica, assim surge o modelo construtivista de culpabilidade.

Apesar de ter sido muito apoiado, o referido modelo falhou por vários motivos. O primeiro deles por presumir de forma absoluta que a empresa que adota o programa de Compliance está isenta de qualquer falha e punição por esta falha. Além disso, busca afastar o dolo e a imprudência da pessoa jurídica, considerando-a incapaz de tê-los. Fere a estrita legalidade e outras garantias jurídicas ao sugerir o Compliance como uma faculdade, mas que enseja várias sanções. E, por fim, no âmbito criminológico, dá azo a construção de um Direito Penal de duas faces: do cidadão e do inimigo.

Justamente por isso o modelo construtivista não prosperou no ordenamento jurídico brasileiro, que continua utilizando analogicamente o regramento geral para aplicar aos casos em que se faz necessária a responsabilização penal do ente jurídico. O fato é que enquanto não for criado um mecanismo próprio de regulamentação dessa responsabilidade, o uso de analogia da teoria do delito clássica vai funcionar com algumas ranhuras. De qualquer forma, a responsabilidade da pessoa jurídica é uma tese aceita pelos Tribunais Superiores e tem sido aplicada pelo ordenamento jurídico pátrio a partir das leis que temos à disposição hoje em dia.

No entanto, a própria aplicação Direito Penal é problemática e tem sido questionada quanto à violação de garantias ou direitos básicos. Assim, a atuação jurídico penal é alvo de duros embates doutrinários acerca de sua extensão. Um dos maiores embates surge em torno da necessidade de criação de um tipo penal específico que verse sobre o descumprimento de normas de compliance. Por um lado, defende-se a estrita legalidade e tem-se a problematização do uso de outras Leis que tutelam bens jurídicos diferentes. Por outro lado, tem-se o Direito Penal como ultima ratio e o problema da criação de um tipo penal que cause excesso de punição e transfira à tutela jurídico-penal os problemas que estão sendo solucionados pelo âmbito administrativo.

Além disso, outro embate necessário na construção de um processo efetivo e garantidor de Direito no âmbito do criminal compliance sugere a necessidade de haver a criação do tipo penal culposo ou até mesmo a criação de uma atenuante específica no tocante à consumação por negligência. Isso porque, a doutrina é pacífica em compreender que os crimes omissivos são dotados de menor reprovabilidade dos crimes comissivos e devem ser

punidos como tais. Assim, a criação da modalidade culposa pode evitar excessos punitivos e contribuir para a construção de uma justa dosimetria da pena.

Outra problemática discutida é se a cooperação entre o setor público e privado, que acarreta a transferência de algumas fases do procedimento de compliance para o particular, pode ser considerado privatização de um dever estatal.

A intenção é, obviamente, ajudar na construção de um Direito Penal que defenda os programas de compliance, ajude a combater os abusos e desvios de conduta, mas não viole prerrogativas legais, nem tampouco garantias básicas

Importante salientar que as críticas tecidas contra o programa de *compliance* e seu combate na esfera penal merecem ser levadas em consideração para futuras regulamentações que venham delimitar a matéria, mas não são suficientes (e nem pretendem) para deslegitimar o referido instituto.

Por fim, através do presente estudo, restou evidenciado que os programas de Compliance são de extrema relevância para a sociedade, mas por ser um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, carece de uma maior atenção, sobretudo quanto à reação punitiva do Direito Penal e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Afinal de contas, os desvios de conduta precisam ser combatidos, pois trazem prejuízos irremediáveis à sociedade, mas não podem ser caçados a custo de ferir direitos e garantias previstas nos ordenamentos Constitucional, Penal e Processual Penal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino. **Conceito construtivista de culpabilidade da empresa e teoria da dupla imputação na Lei 9.605/98 – Crimes Ambientais.** Em: < <https://arnaldoquirino.wordpress.com/2013/04/15/conceito-construtivista-de-culpabilidade-da-empresa-e-teoria-da-dupla-imputacao-na-lei-9-60598-crimes-ambientais/>> Acesso em 23.10.2019

ARENDT, Hannah. Traduzido por José Rubens Siqueira. **Eichmann em Jerusalém**. Companhia das letras 2006

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. In: Os pensadores. 4 ed. Nova Cultural, SP: 1991

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990

BATISTI, Beatriz Miranda. **Compliance e corrupção: análise de risco e prevenção nas empresas em face dos negócios públicos**. Curitiba: Juruá, 2017

BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. Journal of Political Economy, v. 76 march/april. Disponível em: <http://journal.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394> . Acesso em: 19 março de 2019.

BUJAN PÉREZ, Carlos Martínez. **O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo**. In: Dolo e Direito Penal, modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal – parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013

CAMARGO, Rodrigo Oliveira. **Compliance Empresarial e Investigação Preliminar**. In: **Ciências Criminais em Debate: perspectivas interdisciplinares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 6 ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1, p.21

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido**. Lei Anticorrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.) Salvador: JusPODIVM. 2015

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética.** Mario Sergio Cortella. 6 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FARIA COSTA, Jorge de . **O perigo no direito penal: contributo com a sua fundamentação e compreensão dogmáticas,** Coimbra: Coimbra. Ed. 1992.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e os crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais.**

FILGUEIRAS, Fernando. **Comunicação Política e corrupção.** Revista de Estudos da Comunicação, Curitiba, v. 9 n. 19, p. 78, maio/ago. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/05.pdf> , Acesso em 06 jan 2019.

FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de Empresas com problemas de compliance: o caso siemens.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15500/O%20caso%20SIEMENS%20Ltda%2009-01-2016%20revisada%20final.pdf;jsessionid=D2D92A338E4BB4BF98A68E4495A3E375?sequence=2>> acesso em: 12 jun 2019.

FURTADO, Regina Helena. **A importância do compliance no novo direito penal espanhol.** BIBCCRIM, ano 20, n. 235, junho/2012

GARCIA, Emerson. **A fissura moral da Administração Pública Brasileira.** Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/coluna-direito-em-debate/item/1058-a-fissura-moral-da-administracao-publica-brasileira.html>> Acesso em: 17 de março de 2019. apud Arnold Heidenheimer em: Perspectives on the Perception of Corruption. In Political Corruption. A handbook, org. por Arnold Heidenheimer et alii.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade Penal da pessoa jurídica e o dano ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015

JAKOBS, Günter. **Derecho penal – parte general. Fundamentos e teoria de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1997

LINHARES, Sólon Cícero; OLIVEIRA, Daniele Aparecida. **O Conceito Construtivista de culpabilidade e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais. Uma análise através da figura do compliance programns**. FURB, Revista Jurídica - CCJ. Paraná, ISSN 1982-4858 v. 19, nº 40, p. 41 -60, set/dez 2015.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARTINEZ, Andre Almeida Rodrigues. **Compliance no Brasil e suas origens**. 18 nov 2016. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>> acesso em: 08 de maio de 2019.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31

MONTEIRO, Pedro Meira. **Sérgio Buarque de Holanda e a compreensão dos nexos do debate político brasileiro**. Revista Cult. 26 abril 2017. Entrevista concedida a Paulo Henrique Pompermaier. Disponível em <<https://revistacult.uol.com.br/home/entrevista-pedro-meira-monteiro/>> visto em: 04/10/2019

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 2 ed. Rev. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

PILAGALLO, Oscar. **Corrupção: Entrave ao desenvolvimento do Brasil**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2013.

ROCHA, Fernando Galvão da. **Direito Penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas, 1997

SANAGUSTÍN FONS, María Victoria. **Valores y ética empresarial. Um enfoque sociológico**. Madrid: Trotta, 2011

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”** In: PUIG, Santiago Mir (Dir.). **Derecho del siglo XXI. Cuadernos de Derecho Judicial VIII**. Barcelona, 2007.

SÉVERIN, Carlos Versele. **A cifra dourada da delinquência**. Revista de Direito Penal, nº 27. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 6

SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle a criminalidade econômica**. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra et all (org.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e a lei anticorrupção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015

TIEDEMANN, Klaus. **Punibilidad y resaponsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos**. In: Revista Jurídica de Buenos Aires, v. 2 Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 11 e ss. Apud BUSATO, Paulo César.