

## CRIMINAL COMPLIANCE

### PREVENÇÃO E MINIMIZAÇÃO DE RISCOS NA GESTÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

#### CRIMINAL COMPLIANCE PREVENTING AND MINIMIZING RISKS IN THE MANAGEMENT OF CORPORATE ACTIVITIES

**RODRIGO SÁNCHEZ RIOS**

Professor Doutor de Direito Penal da PUC-PR. Advogado Criminalista.

**CAIO ANTONIETTO**

Mestrando da PUC-PR. Advogado Criminalista.

#### ÁREA DO DIREITO: Penal

**RESUMO:** A necessidade de regulação e a mitigação de riscos da atividade econômica são as balizas nas quais se insere o fenômeno do *Compliance*. O Estado, incapaz de gerir a quantidade de riscos sociais a ele submetidos, impõe ao particular que se autorregule, a fim de evitar condutas lesivas à norma, reservando-se as prerrogativas de normatização e fiscalização. O presente artigo, nessa perspectiva, tem por objetivo abordar os chamados programas de conformidade, a partir da análise de sua finalidade e seus efeitos na prevenção de ilícitos penais, de cunho econômico-empresariais, bem como das consequências daí advindas. Merecerá especial destaque as disposições da Lei 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, que, apesar de não ser, propriamente, de caráter criminal, possui uma série de lógicas penais embutidas, introduzindo no Brasil, como critério de dosimetria de sanções

**ABSTRACT:** The need for regulation and the mitigation of risks from the economic activity are the circumscriptions in which the Compliance phenomenon is inserted. The State is incapable of managing the amount of social risks under its responsibility. In order to avoid unlawful behavior, it imposes self-regulation on the private sector and reserves to itself the prerogatives of ruling and supervising. This article aims to approach the programs of conformity throughout the analysis of its goals and effects in the prevention of financial crimes and its consequences. It will give special attention to the Law 12.846/2013, known as the Anti-Corruption Law, which does not typify crimes but has connections with criminal law. This new norm installs in Brazil the application of programs of integrity, auditory and incentive to the complaints of irregularities as well as the

desse cenário tem como cerne o papel representado pelo Estado na atividade econômica de caráter privado. Esta assertiva inicial poderá encontrar distintas configurações (política, econômica ou exclusivamente ideológica), pelas quais é deduzida a legitimidade do poder público. Quer nos parecer, optando por uma perspectiva pragmática, que a exigência de uma maior intervenção do Estado no mercado decorreu de situações concretas: os escândalos protagonizados por entidades financeiras denotando cumplicidade com a transferência ilícita de dinheiro (tanto na Europa, como nos Estados Unidos),<sup>12</sup> a manipulação de juros, as perdas vultosas ocultadas aos órgãos de controle<sup>13</sup> e as práticas de fraude e corrupção promovidas por empresas de atuação global como a Siemens e a Parmalat, entre outras, devidamente noticiadas.<sup>14</sup> O resultado não poderia ser diferente, qual seja, o estímulo a uma série de regulamentações almejando limitar a autonomia anteriormente usufruída pelo setor bancário e as grandes companhias.<sup>15</sup>

A crise da desregulação em diversos setores da economia, imperante nos anos noventa,<sup>16</sup> trouxe consigo a descrença no dogma da *mão invisível*,

12. Vide por exemplo a multa de US\$ 1,9 bilhão, imposta pelas autoridades federais da Justiça e do Tesouro americano no ano de 2012 ao Banco HSBC, por ter facilitado a transferência de centenas de milhões de dólares provenientes dos Cartéis Mexicanos do Tráfico de drogas. De forma idêntica, o Banco britânico *Standard Chartered* pagou uma multa de 325 milhões de dólares pela ocultação de transações com entidades iranianas sujeitas a sanções econômicas.
13. Inicialmente vide RAJAN, Raghuram G. *Grietas del Sistema. Por qué la Economía Mundial sigue amenazada*. p. 11 e ss. Também NAIM, Moises. *O fim do poder: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igreja ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?*, p. 231.
14. Cite-se ainda o conhecido caso *Enron*, no qual a empresa, entre outros fatos, usou de artifícios para alocar seus prejuízos, de forma que a mesma não os inseria nos seus balanços contábeis, o qual implicou numa falsa impressão a respeito da real situação financeira da empresa. Vide a respeito. GÓMEZ JARA, Carlos Diéz. *La culpabilidad penal de la empresa*. p. 38, nota 11; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 63-64. Também KUHLEN, Lohar. Op. cit., p. 52; BERMEJO, Mateo, G. PALERMO, Omar. Op. cit., p. 171.
15. NAIM, Moises. Op. cit.
16. Sachs aponta a origem da desregulação na economia nos governos Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (UK), ao lançarem um programa de redução do governo. De acordo com este autor: "O principal efeito da revolução Reagan não foram suas políticas específicas, mas sim a crescente antipatia pelo papel do governo, um novo desprezo aos pobres que dependiam do governo para seu apoio econômico e um insólito convite para que os ricos prescindissem de suas responsabilidades morais com o resto da sociedade", vide SACHS, Jeffrey. *El precio de la civilización*, p. 43. Conferindo numa

no qual o Estado se limita a esperar que os agentes econômicos obtenham autonomamente, em mercados competitivos, seus sistemas de contenção<sup>17</sup> como solução natural dos riscos. Tal fato demandou uma maior intervenção estatal, evidenciada no incremento das agências reguladoras e de normas administrativas. Para a compreensão das nefastas consequências advindas da ausência de regulação do mercado, propiciada no contexto das políticas neoliberais – fomentadoras de desigualdades abissais e de enriquecimentos estratosféricos de alguns agentes financeiros<sup>18</sup> isentos de qualquer comprometimento social – as reflexões do economista Jeffrey Sachs, além de objetivas e contundentes, apresentam propostas para a retomada de uma ativa e criativa interferência do poder público na economia privada. E esse papel é exercido ao regulamentar e fiscalizar a atuação dos atores do mercado em favor de uma economia mista, arraigada em objetivos da eficiência, justiça e sustentabilidade.<sup>19</sup>

Objetivando a compreensão desta mudança de perspectiva de intervenção estatal e de instrumentos normativos, no qual se insere a temática do *Compliance*, pode-se asseverar que o processo de globalização,<sup>20</sup> a internacionalização das empresas, a revolução tecnológica sem precedentes – afetando toda a atividade humana –, a abertura dos mercados financeiros, o acesso mais fácil ao capital, a maior transparência e disponibilidade de informações, a abertura

perspectiva histórica os resultados maléficos do esfacelamento do poder público pelas políticas neoliberais, e reivindicando a intervenção do Estado como ator econômico para superar as desigualdades na sociedade, vide JUDT, Toni. *Algo va mal*. p. 175 e ss.

17. Sobre a conhecida figura da "mão invisível" vide o Livro IV, cap. 2, da obra de SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. p. 567.
18. Para citar um exemplo, em 2007, o gestor de fundos de alto risco John Paulson ganhou 3.7 milhões de dólares, quase 74.000 vezes a renda média familiar nos Estados Unidos. Vide RAJAN, Raghuram G. Op. cit., p. 19.
19. SACHS, Jeffrey. Op. cit., p. 49. Mais recentemente, dissecando a origem da crise financeira com repercussão global, vide as críticas lançadas por Ferguson a respeito da elite financeira que assumiu o controle econômico nos EUA, levando esse país e outras nações à falência, com reflexos negativos ainda nos dias de hoje. FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. p. 31 e ss. Nessa senda, desenvolvendo a previsão da crise financeira de 2008, vide RAJAN, Raghuram. Op. cit., p. 16.
20. De qualquer modo, a observação lançada por Judt, de não ser verdade o fato de que uma economia cada vez mais globalizada tenda a nivelar a riqueza como pretendem os admiradores mais liberais da globalização, deve ser acatada *in totum*. Cfr. JUDT, Tony. Op. cit., p. 182-183.

comercial e de investimentos, entre outros fatores, desvelaram a problemática da regulação das atividades empresariais.

Por muito tempo se discutiu a presença de dois modelos regulatórios, um de forte interferência estatal, no qual cumpre ao Estado estabelecer as normas de prevenção da atividade empresarial, supervisionando sua implementação e sancionando eventual descumprimento, e outro modelo absolutamente liberal, no qual a empresa decide, em função dos seus benefícios econômicos e das exigências de mercado, incorporar as normas de prevenção para controlar e minimizar os riscos, denominado autorregulação.<sup>21</sup> O pensamento convencional da atuação reguladora dará ênfase a dois pontos de vista assaz opostos: liberalismo e estatismo.<sup>22</sup> No entanto, ambos modelos extremos se mostraram falhos, um porque o Estado com suas limitações estruturais não consegue regular e controlar as especificidades de cada empresa e o incremento do risco gerado no âmbito de suas atividades, e dois, porque as empresas possuem outros interesses econômicos que se sobressaem ao da autorregulação, não conferindo a atenção demandada pelos mecanismos de prevenção dos perigos provenientes de sua atividade.<sup>23</sup> Denota-se um consenso na doutrina, em apontar a impraticabilidade desses dois polos pela insuficiência dos mecanismos isolados ofertados por cada um.<sup>24</sup>

Assentados no estudo de Coca Vila e outros,<sup>25</sup> pode-se indicar modelos intermédios englobados sob o *topos* da autorregulação, por meio dos quais, hodiernamente, o *Leviathan* busca harmonizar os interesses privados empresariais com os da sociedade.<sup>26</sup> Cite-se a denominada *meta-regulação, autorregulação*

21. Especialmente no tocante a autorregulação do sistema financeiro vide LEÓN BERINI, Arturo Gonzales de. *Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa.* p. 78 e ss. Ainda sobre o tema vide GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 13; GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 266; NIETO MARTIN, Adán. *Introducción...*, cit., p. 55.
22. COCA VILA, Ivó. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* p. 44.
23. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15, COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 45 e ss.
24. COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 44, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15; LEÓN BERINI, Arturo Gonzales de. Op. cit., p. 78 e ss.
25. COCA VILA, Ivó. Op. cit., *ibidem*. Na literatura pátria, vide SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal.* Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. *Consultor Jurídico*, 05.02.2014.
26. COCA VILA, Ivó. Op. cit., *ibidem*.

*regulada e a autorregulação pura.*<sup>27</sup> Nota-se, preliminarmente, que a temática da *autorregulação* das estruturas empresariais, cada vez mais sofisticadas, torna-se tarefa árdua para o estudioso do Direito penal, pois não integra o rol de suas preocupações cotidianas e da prática forense. Deve-se frisar a notoriedade da complexidade incidente em matéria de criminalidade de empresa. E esta assertiva é devida às dificuldades em obter, nos casos concretos, soluções incontrovertidas por meio dos institutos da dogmática penal que estejam em compasso com as diretrizes de uma expansionista política criminal de prevenção.

Por outro lado, as explicações em torno da criminalidade econômico-empresarial e do seu reflexo na norma jurídico-penal não afeta apenas o campo da dogmática, chamada a rever suas categorias clássicas, direcionadas ao delito doloso de ação, em função de novos problemas de imputação decorrentes da organização do trabalho e das divisões vertical e horizontal dos seus órgãos,<sup>28</sup> mas também propiciam reflexões de matriz criminológica. Isto decorre das considerações tecidas por Edwin Sutherland de que a inclusão numa empresa aumenta a possibilidade do cometimento de um delito que, isoladamente, o indivíduo não realizaria de outro modo. Estudos teóricos têm alertado para este fator criminógeno determinado pela organização empresarial, constituindo uma característica real do *corporate crime*.<sup>29</sup> Tem se entendido, de forma complementar, que o delito de empresa é um *crime estrutural*,<sup>30</sup> no sentido de que uma reunião corporativa implicaria um maior risco de surgimento de condutas ilícitas.

Ainda ao refletir sobre estruturas corporativas de empresas descentralizadas – que aproveitam as oportunidades do mercado globalizado – cujas unidades de produção se localizam, e suas decisões são frequentemente tomadas, em países com tradição normativa diversa,<sup>31</sup> um outro argumento de política criminal deve ser aventado, pois expressa uma particularidade da criminalidade

27. *Idem*, p. 45. O aspecto principal dos processos de metarregulação é o de despertar o interesse nas empresas em autorregular-se, outorgando-lhes o incentivo para este fim. A autorregulação pura faz referência àqueles casos nos quais é a própria empresa que determina o sistema de regulação interna à margem dos poderes públicos, isto é, sem nenhum tipo de intervenção pública dirigida a fomentar ou completar a autorregulação interna.
28. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial.* p. 33 e ss.
29. NIETO MARTIN, Adán. *La responsabilidad penal...* cit., p. 38-42.
30. *Idem*, *ibidem*.
31. *Idem*, p. 57.

empresarial. Trata-se dos problemas de circulação dos fluxos e controle de informação dentro da empresa. Conforme leciona Nieto Martín, o dilema estará sempre em observar se o empregado (frente à direção da empresa) ou o diretor ou órgãos da corporação, diante do controle estatal, busque ocultar de terceiros as informações prejudiciais, do âmbito de sua competência, com a deliberada intenção de evitar uma responsabilidade penal.<sup>32</sup> Em recente manifestação envolvendo uma operação significativa de aquisição de uma unidade petrolífera no exterior, por parte de uma empresa nacional, e explicada “por cálculos iniciais mal feitos”, Barry Wolfe, de forma crítica, insiste “(...) na tese de que as falhas de comunicação formam buracos negros nas estruturas das corporações e que esses sugam irresistivelmente informações e as destroem”.<sup>33</sup> Demonstra-se, assim, que a separação em diversas unidades de gestão propiciam o surgimento de “silos” inerentes a estrutura profundamente fragmentada das chamadas megacompanhias.

Respectivos argumentos, seja de matriz criminológica ou de política criminal, deduzidos de estruturas empresariais complexas, inserem-se no Direito penal econômico-empresarial, revisando atualmente – sob um prisma normativista – os institutos da teoria do delito aplicáveis à resolução de diversos casos<sup>34</sup> e revitalizando as decisões dos tribunais.<sup>35</sup> Naturalmente, torna-se obrigatória uma especial referência às observações de Schunemann, ao distinguir o fenômeno da criminalidade empresarial, tanto dos comportamentos dirigidos contra os bens jurídicos da própria empresa (a chamada criminalidade intra-empresarial) bem como os delitos contra bens jurídicos de terceiros (criminalidade *ad extra*).<sup>36</sup> Estes fenômenos constituem verdadeiro núcleo central

32. Idem, p. 41.

33. WOLFE, Barry. Grandes corporações tem desafios para implantar o Compliance. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 07.08.2014.

34. Vide SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito..., cit., p. 34.

35. Vide, por exemplo, a crítica do Tribunal Supremo espanhol à teoria formal-objetiva na distinção entre a figura do autor e do partícipe, nos crimes empresariais, adotando no fim dos anos 90 a teoria do domínio do fato. Cf. MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) intervención delictiva. p. 325 e ss. Reivindicando um maior esclarecimento quanto ao potencial teórico do domínio do fato nos delitos de infração de dever, vide GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. p. 19-45.

36. SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. p. 17-19.

Rios, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance - Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

do direito penal econômico, com inúmeras pesquisas orientadas a desvendar a responsabilidade penal no âmbito da criminalidade empresarial (principalmente quando nos deparamos com as investigações voltadas à direção da empresa, *top-down*).<sup>37</sup>

## 2. O ALCANCE DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE

Entretanto, antes de incursionar no tratamento jurídico-penal ao fenômeno da criminalidade empresarial, delimitando o seu objeto de estudo em relação ao conteúdo de um programa de integridade incorporado como instrumento de prevenção e minimização de riscos, torna-se necessário, preliminarmente, compreender a transformação do papel exercido pelo Estado e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico diante do “policentrismo” da sociedade moderna.<sup>38</sup> Essa alteração de paradigma experimentada no poder público, e vista como “retirada estratégica” ou “desvinculação de responsabilidade”<sup>39</sup> das suas tradicionais funções, irá conferir um redimensionamento aos Programas de Compliance. Na acurada ponderação de Esteve Pardo, o atual estágio de relacionamento entre o Estado e a sociedade, passa por profundas modificações oriundas do condicionamento da economia. Em outras palavras, o mercado até então autorregulado, sem interferências externas – e com o irresponsável protagonismo do setor bancário e das entidades financeiras na origem da crise econômica – tem sido determinante nessa correlação de forças, possibilitando a criação de outros poderes não menos relevantes provenientes da órbita pública a setores sociais especializados. Os modelos de Estado vigentes entre os séculos XIX e XX – liberal e social – demandavam uma postura preponderantemente ativa do poder público, no primeiro caso garantindo a segurança e a ordem social e, no segundo, interferindo diretamente com ações prestacionais

37. MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Disponível em: [www.indret.com]. Barcelona, abr. 2007.

38. Por sociedade Policêntrica se entende aquela carente de um único centro organizador, na qual as empresas se convertem em unidades autônomas de organização, representando ao mesmo tempo um fator de risco e de produção de conhecimento. Afirme-se que o fator de risco e de conhecimento são características inerentes ao atual modelo social. Vide GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 264.

39. ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y Sociedad*. p. 24. Contrário à “evisceração” do poder público, e defendendo a responsabilidade moral do Estado, vide JUDT, Tony. Op. cit., p. 116-118.

Rios, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance - Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

nos domínios social e econômico como forma de atenuar as desigualdades. Referidos modelos têm sido incapazes de abarcar e articular na sua totalidade a relação dialética entre Estado e sociedade.<sup>40</sup>

A transformação singular do Estado estaria retratada na formação de poderes fora do seu domínio, tais como econômico, financeiro, comunicações, infraestrutura etc. Consequentemente, a sociedade, de um papel passivo, passa a ser responsável por sua autogestão e, com isso, a autorregular-se em definitivo.<sup>41</sup> Essa realidade adquire especial configuração quando se trata dos controles de risco na sociedade moderna. Como resposta a esse cenário, abre-se a possibilidade de cooperação com as organizações privadas e neste ponto as formas de *autorregulação* possibilitam ao Estado o acesso aos problemas específicos dos setores de produção ou de prestação de serviços a serem regulados.<sup>42</sup> Associe-se a este argumento a constatação de que o desenvolvimento tecnológico e o irrefutável processo de globalização acabaram por retirar do Estado a capacidade de regular de forma adequada as estruturas empresariais.<sup>43</sup>

Pois bem, se o Estado é incapaz de regular desde fora a estrutura empresarial, a solução possível é o uso desta para conseguir seus objetivos de supervisão e controle, os quais não poderia ter se desvincilhado. A aceção da *autorregulação*, neste panorama, resulta definido: a delegação às empresas das funções de prevenção de ilícitos (vigilância em sentido amplo) próprias do Estado.<sup>44</sup> Delegação que implica em uma maior responsabilidade dos particulares no cumprimento dos objetivos de prevenção de delitos e controle de riscos. Segundo Coca Vila, o verdadeiro desafio do Estado estaria em aproveitar todo o potencial das empresas e dos mercados para cumprir com sua função regulatória, pois a eficácia da intervenção pública no mundo empresarial dependeria da autorregulação.<sup>45</sup> Esta delegação (de gestão e do controle do risco) concedida às empresas não implicaria em nenhuma hipótese a transferência da titularidade da potestade regulatória e sancionadora. A intervenção estatal estaria preservada com a faculdade de supervisionar e corrigir, mas contando com a

40. Cfr. ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 33 e ss.

41. Idem, p. 116 e ss.

42. GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 265.

43. Idem, *Ibidem*. A respeito da perda do controle e domínio do Estado no campo da ciência e da tecnologia, vide ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 81.

44. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia...* cit., p. 100.

45. COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 47; GÓMEZ-JARA, Carlos Diéz. Op. cit., p. 266.

colaboração do ente privado no processo regulatório. Este seria o significado da autorregulação regulada.<sup>46</sup>

García Cavero atestou que este modelo regulatório do setor empresarial incorpora as empresas no processo de regulação, mas de forma subordinada aos interesses predeterminados pelo Estado, e submete as mesmas à supervisão estatal.<sup>47</sup> Deste modo, é descabido apontar um suposto *laissez faire*, mas sim constitui a recuperação de parte do controle estatal sob a forma de uma delegação controlada normativamente, isto é, de uma autorregulação regulada.<sup>48</sup> Neste modelo as empresas devem desenvolver programas de controle de riscos de suas atividades em cooperação com o Estado, de acordo com as regras legais. A esta forma de controle da atividade empresarial se deu a denominação de *Compliance Programs*, *Corporate Governance* ou, simplesmente, políticas de cumprimento que descreve o marco regulatório para a direção e supervisão empresarial,<sup>49</sup> objetivando a superação do aspecto puramente lucrativo como valor da empresa, em favor da incorporação de valores éticos que muitas vezes se sobrepõem às exigências legais. Diversos organismos internacionais têm pugnado pela receptividade do conceito de *Business Ethics*<sup>50</sup> e da adoção do termo “responsabilidade social corporativa” (*corporate social responsibility*),<sup>51</sup> no âmbito da responsabilidade empresarial, que inclui a realização de tarefas em benefício do meio social, no qual a empresa desenvolve suas atividades.

De acordo com a bibliografia especializada, o *Compliance* constitui um mecanismo interno de supervisão na empresa, cuja finalidade é assegurar a observância da lei nas atividades corporativas, desenvolvido num âmbito de prevenção e outro de confirmação do Direito.<sup>52</sup> Sob o prisma preventivo se objetiva implementar medidas de organização e vigilância tendentes a evitar

46. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal...*, cit., p. 59; COCA VILA, Ivó. Op. cit., p. 51-52; ESTEVE PARDO, José. Op. cit., p. 121; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Deberes de vigilancia...*, cit.; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15 16; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 97-99.

47. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 15-16.

48. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 16; SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 99; GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derechos de los trabajadores*. p. 126.

49. Eis a lição de SIEBER, Ulrich. *Idem*, p. 65.

50. Vide as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

51. SIEBER, Ulrich. *Idem* p. 66, GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., *Ibidem*.

52. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 22; BOCK, Dennis. *Compliance y Deberes de vigilancia en la empresa*. p. 107.

que se constatem condutas ilícitas. No âmbito da confirmação ou fidelidade ao direito se desenvolve a implementação de mecanismos de verificação interna de irregularidades e denúncia às autoridades competentes.<sup>53</sup> Eis, com razão, que Bermejo-Palermo assinalam o desenvolvimento progressivo de uma vinculação entre a autorregulação empresarial e a heterorregulação jurídica (administrativa e penal) no contexto da adoção padronizada de regras técnicas de prevenção de riscos por parte da empresa.<sup>54</sup>

Nesta linha, pode-se identificar que os programas de cumprimento desenvolvidos nas grandes empresas estão ligados a três vertentes.<sup>55</sup> A primeira é a decorrente das obrigações legais, tais como as de políticas contra riscos laborais, lavagem de dinheiro, corrupção, abuso de mercado etc. Significa que as empresas devem adotar controles internos (programas de cumprimento de caráter específico) com o fim de prevenir tais modalidades delitivas, minimizando os riscos de responsabilidade penal da empresa, dos seus órgãos e empregados. Blanco Cordero assinala que no modelo criado para combate da reciclagem de ativos os procedimentos de prevenção, investigação e repressão são professados tanto pelo setor público como pelo setor privado. Ao setor público cabe a investigação e imposição de sanções pelos delitos de lavagem, enquanto do setor privado é exigido um grande empenho para prevenir e detectar operações suspeitas, numa convergência de atuação entre público e privado. Esta evolução resultou, inclusive, na criação de empresas especializadas na prestação de bens e serviços para o cumprimento das obrigações de *Compliance*, tais como treinamento de pessoal e programas de informática.<sup>56</sup>

Da mesma forma, em matéria de anticorrupção, tem se observado o papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção, inclusive com o advento de legislação própria estabelecendo responsabilidade direta a pessoa jurídica por atos praticados por seus prepostos e com a aplicação de consideráveis sanções administrativas. Ao ressaltar a importância do *Compliance* em matéria de anticorrupção, Maeda defende a tese de que as empresas preocupa-

53. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 23.

54. BERMEJO, Mateo G; PALERMO, Omar. Op. cit., p. 171 e ss.

55. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. p. 23 e ss. Este autor apresenta as vertentes dos programas de cumprimento na palavra figurada "afluentes", isto é, de distintas procedências que desembocam em um grande rio.

56. BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*Compliance*) desde una perspectiva criminológica. p. 118.

das e diligentes no cumprimento dos programas de prevenção devem receber tratamento diferenciado em relação àquelas que optam por negligenciar ou simplesmente não se engajar na implementação desse programa.<sup>57</sup>

Outra tendência dos programas de cumprimento vem da governança corporativa, voltada à limitação do abuso de poder dentro das corporações. Ou seja, a ideia nuclear desta diretriz é justamente a receptividade dos *stakeholders*<sup>58</sup> como instrumentos de controle sobre os administradores. Algumas legislações registram devidamente a conexão entre um bom governo corporativo e o sistema de cumprimentos, instituindo um órgão independente para a devida supervisão do funcionamento do modelo de organização.<sup>59</sup>

Por fim, há a vertente dos Códigos de Ética, existentes nas grandes empresas, de onde se extraem compromissos de luta contra a corrupção, e recriminação de práticas abusivas de mercado. Nesta terceira direção, conforme recorda Nieto Martín, merece destaque o impulso dado pelas organizações internacionais (desde a OCDE até as Nações Unidas) em favor de uma ética empresarial, "uma forma de *soft-law* como mecanismo de controle das formas de criminalidade de empresas globais".<sup>60</sup> O incremento do aceite dos códigos de conduta por parte de empresas de operação multinacional tem sido significativo. Dentre as causas desse aumento encontra-se a busca por melhorar a sua reputação no mercado bem como por estabelecer mecanismos internos de prevenção de delitos. Não obstante, também se deve registrar que a adoção dos códigos de conduta como instrumento de regulação responde não apenas a uma determinação voluntária por parte da empresa, mas às pressões provenientes das organizações não governamentais preocupadas com a responsabilidade social da empresa.<sup>61</sup> Ressalte-se, deste modo, a vinculação dos códigos de conduta

57. MAEDA, Bruno Carneiro. Op. cit., p. 201.

58. Vide NIETO MARTÍN, Adán., *La responsabilidad penal...*, cit., p. 24. No Brasil a respeito dos *Stakeholders*, que designa o grupo de pessoas ou entidades que são afetadas pela atividade de uma organização empresarial, ou seja: consumidores, investidores, meio ambiente, fornecedores, sindicatos etc., vide COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance*. p. 28-31.

59. NIETO MARTÍN, Adán. Op. cit., *Ibidem*.

60. Segundo Nieto Martín: "Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen carácter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código de ética". Op. cit., p. 24 e 25.

61. Vide NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. p. 112.

com os conceitos de responsabilidade social corporativa e os valores éticos da empresa constatáveis na declaração da atuação em fiel respeito ao meio ambiente, ao direito dos trabalhadores e a legalidade do país onde desenvolvem sua atividade produtiva.<sup>62</sup>

Indubitavelmente restam espaços abertos de discussão quanto ao alcance da autorregulação e da efetividade concreta das declarações de princípios assumidas pelas entidades corporativas na perspectiva da sua responsabilidade social. Isto porque, no tocante a temática alcançada pela autorregulação, deve-se evitar certos paradoxos na delegação da atividade de supervisão aos entes privados, quando se deparam com práticas irregulares do mercado. Faz-se esta ressalva por força do marco inaugurado pela lei de lavagem de capitais, quando da convocatória inicial para os agentes do sistema financeiro a atuarem como verdadeiros *gatekeepers* do sistema para, na sequência, convocarem um maior número de particulares relacionados com atividades sensíveis a ocultação ou a dissimulação do dinheiro de origem ilícita, entre eles os joalheiros, agentes do mercado imobiliário etc. Todavia, uma convocação desmedida poderá ser contraproducente com os objetivos de prevenção, criando-se, assim, uma certa perturbação nas relações sociais. Tal assertiva encontra amparo diante dos anseios em ampliar esse rol, alterando a própria essência de algumas profissões, entre elas a do advogado, ao impor obrigações de detectar e comunicar eventuais operações irregulares do seu cliente relacionadas com a lavagem de dinheiro.<sup>63</sup>

Quanto à efetividade das declarações de princípios em favor de uma ética empresarial, retratada na expansão dos códigos de conduta nos entes corporativos, para que estas não permaneçam apenas em um plano abstrato, de revestimento superficial da imagem da empresa com fins exclusivamente lucrativos, há de se gerir o desenvolvimento e a aplicação dessas diretrizes éticas e sociais, pois caso contrário, teremos um efeito negativo consistente nos desvios éticos da empresa e dos seus membros. Com razão, Navas Moncada tem destacado que os códigos de conduta seriam os antecessores imediatos dos atuais programas de *Compliance*.<sup>64</sup>

Uma vez implementado os procedimentos de *Compliance* – a serem desenvolvidos de acordo com o nível de risco da empresa – deverá se verificar se todos os destinatários estão cumprindo com as determinações impostas e

62. Idem, *ibidem*.

63. Por todos, vide BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de Blanqueo de capitales*, p. 549-551.

64. NAVAS MONCADA, Iván. Op. cit., p. 127.

comunicando as eventuais infrações ocorridas.<sup>65</sup> Seria inútil o esforço para a estruturação de procedimentos preventivos se, na prática, estes não forem adequadamente cumpridos, monitorados e auditados.<sup>66</sup> Os deveres empresariais advindos dos programas de cumprimento, nas palavras de Bacigalupo, não se limitam a observar mandamentos jurídicos, mas impõe a obrigação de instaurar um departamento especial de controle e vigilância.<sup>67</sup> No sistema corporativo este papel ficará a cargo do setor interno de *Compliance* operado por meio de esforços de orientação, divulgação, reforço de normativas internas, formação de empregados e investigação de atividades suspeitas, tudo sob a supervisão de uma pessoa responsável, identificada pelo termo inglês *Compliance officer*.<sup>68</sup> Esta função terá poderes definidos na estrutura organizacional e deverá conhecer os riscos específicos da empresa a fim de que possa exercer seu dever de controle e vigilância.

Também é frequente neste setor a adoção de procedimentos internos para que os próprios empregados ou terceiros (como provedores e clientes) possam denunciar condutas irregulares realizadas por diretores ou servidores da própria empresa. Este fenômeno conhecido como *Whistleblowing*<sup>69</sup> ou *denunciante cívico*<sup>70</sup> – com ampla tradição na legislação americana<sup>71</sup> – encontraria justificativa não apenas na conveniência de um bom governo corporativo visando con-

65. MAEDA, Bruno Carneiro, Op. cit., p. 197.

66. Idem, p. 198. Vide ainda especificamente COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Op. cit., especificamente o cap. 8, p. 107-114. A título ilustrativo, cite-se o “Guia das Boas Práticas sobre Controle Interno Ética e *Compliance*” da OCDE destinada às empresas, visando assegurar a eficácia dos seus procedimentos de controle interno para prevenir e detectar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais como diretriz não vinculante para o desenvolvimento e cumprimento dos programas de prevenção.

67. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. p. 106.

68. GÓMEZ-ATÍFR, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. p. 166. No Brasil, vide o texto de BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. p. 81-82.

69. RAGUES I VALLÈS, Ramón. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. p. 161 e ss. Aprofundando a temática, deste mesmo autor vide *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*. p. 19 e ss.

70. Segundo a denominação dada pela doutrina espanhola. Vide NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal...* cit., p. 254.

71. RAGUES I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos... cit., p. 163.

solidar uma verdadeira ética profissional, mas também em motivações de política criminal, segundo as quais esse instrumento facilitaria o descobrimento e a prevenção de um delito a ser praticado dentro de uma estrutura corporativa, a qual sabidamente revela uma dificuldade de acesso por parte da autoridade policial e judicial.<sup>72</sup>

Entretanto, a solução aos questionamentos a respeito dos destinatários nos procedimentos internos de denúncia, da impossibilidade do anonimato, dos canais de comunicação, assim como das providências para confirmar a veracidade dos fatos e, finalmente, a transferência dessas informações às autoridades, encontra seus limites nos direitos do empregado,<sup>73</sup> demandando-se um estudo alheio aos estreitos ditames desta reflexão. Isto porque é manifesto sua preliminar incidência na norma laboral (garantia da confidencialidade e do emprego do denunciante, além de inúmeras expressões relacionadas ao Direito da personalidade, tal qual expresso no inc. X do art. 5.º da CF), e eventualmente, na norma civil, caso se ateste a improcedência da notícia do fato delitivo, ensejando medidas reparatórias. Essa observação não inviabiliza apontar a existência de uma intrínseca relação do “denunciante cívico” com a auto-organização empresarial destinada à prevenção e ao esclarecimento de delitos.<sup>74</sup> Da mesma forma, não é demais assinalar que esse instrumento está inserido, sobretudo na experiência comparada, em um conjunto de medidas destinadas a contrarrestar os fatores criminógenos germinados na estrutura empresarial,<sup>75</sup> daí porque não poderá ter um emprego isolado nos programas de cumprimento. Frise-se, contudo, que na tradição brasileira não é comum o incentivo à figura do denunciante cívico, nem se promovem canais de recebimento de denúncias relativas a desvios de condutas, seja no âmbito público, seja no âmbito empresarial, valendo ressaltar, ainda, que a aplicação automática e sem filtros necessários de adaptação tornará a medida meramente simbólica, com alcance restrito a uma promoção publicitária. Quanto às investigações internas, todo *Compliance* que pretenda incorporar este mecanismo de averiguação de irregularidades ou de fatos delitivos deverá respeitar *escrupulosamente os direitos dos trabalhadores*.<sup>76</sup>

72. Idem, p. 162.

73. MASCHMANN, Frank. *Compliance y derechos del trabajador*. p. 147.

74. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal...*, cit. p. 257.

75. NIETO MARTÍN, Adán. *Idem*. p. 41.

76. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Op. cit.*, p. 146. No Brasil, a respeito da atuação do advogado nas investigações internas, vide os estudos de ROCHA JR., Francisco Monteiro; PEREIRA,

Rios, Rodrigo Sánchez; ANTONETTO, Caio. *Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

### 3. CRIMINAL COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL NA PREVENÇÃO DOS DELITOS ECONÔMICO-EMPRESARIAIS

Ao descrever os “afluentes” de distinta procedência,<sup>77</sup> que desembocam no grande rio do *Compliance*, indaga Nieto Martín, a respeito da contribuição do Direito penal à autorregulação empresarial e a forma como se deve coordenar o intrincado conjunto de normas internas que permeiam esses afluentes.<sup>78</sup> O primeiro passo, para elucidar o alcance de cada vertente, encontra-se na evidência de que o Direito penal “tem sido o último convidado a essa festa corporativa da autorregulação”.<sup>79</sup> E não poderia ser diferente, com a ressalva de não se tratar de um tópico da dogmática penal, mas sim de um instrumento da política criminal de prevenção. Portanto, o convite oficial foi primeiro direcionado a esta última.

Considere-se, ao mesmo tempo, a demanda da antecipação da responsabilidade como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas posteriormente, para resolver problemas relacionados à imputação. Diga-se a respeito: trata-se esta de um espaço de problematização concernente ao Direito penal econômico.<sup>80</sup> Dessa observação se presume a adoção de normas internas que nascem das “afluentes” incorporadas pela empresa (seja das normas de obrigações no âmbito da prevenção de riscos, das inerentes ao cumprimento normativo do governo corporativo e finalmente da execução dos códigos éticos comprometidos na luta contra a corrupção público/privada). Essa conclusão parte da premissa de que uma estrutura empresarial tenha necessariamente adotado tais vertentes, pois são verdadeiros alicerces sob os quais se assentará um sistema de prevenção de fatos delitivos e minimização de riscos. A partir daí se conclui pelo seu estrito caráter político-criminal.

Gustavo Alberini. O papel do criminalista nos programas de *compliance*. p. 5 e LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. p. 8.

77. Leiam-se as três vertentes: (a) a legislação no âmbito da prevenção de riscos laborais, da lavagem de dinheiro, do mercado de valores, da corrupção público/privado etc., normativa que impõe às empresas a obrigação de adotar controles internos para prevenir infrações penais; (b) o governo corporativo, princípio reitor da atividade empresarial; (c) os códigos éticos adotados pelas grandes empresas, assumindo seu compromisso de prevenção do fenômeno da corrupção público/privado. Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales...* cit., p. 23-25.

78. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales...* cit., p. 26.

79. Idem, *Ibidem*.

80. ROTSCH, Thomas. *Op. cit.*, p. 4.

Rios, Rodrigo Sánchez; ANTONETTO, Caio. *Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 114. ano 23. p. 341-376. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.



Sob esta perspectiva, o *Criminal Compliance* seria fruto de um novo risco da atividade empresarial, de natureza normativa, o qual surge com a dificuldade do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio ambiente, consumidor, sistema tributário etc. Acrescente-se a essa necessária adaptação o seu compromisso de atuar na prevenção de práticas de corrupção, especialmente se sua atividade se relaciona com o poder público, e na adoção de específicas regras em favor da ética empresarial. Resulta claro, portanto, que o cumprimento normativo deva ser anterior à norma penal, evidenciando-se, claramente a incumbência para o empresário de novos ônus a serem computados em análises prévias acerca da viabilidade do empreendimento.

Deste modo, reafirme-se que o *Criminal Compliance* pode ser definido como prevenção de riscos da responsabilidade empresarial pelo descumprimento das regulamentações legais<sup>81</sup> extrapenais. Imperioso observar que cada ramo de atividade empresarial está sujeito a distintos riscos normativos inerentes à sua essência, de tal sorte que não existe um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo ser construído e analisado em cada caso concreto. Anota Sieber que os programas de *Compliance* variam em seu conteúdo, à luz dos diversos objetivos, pois abarcam interesses não restritos ao âmbito da empresa (como pode ser a regulação das expectativas dos sócios proprietários e dos empregados), interesses esses que não raramente podem entrar em conflito, mas também incluem anseios dos sócios comerciais, dos consumidores e, diga-se, inclusive, interesses sociais (por exemplo, a atuação de ONGs em prol da preservação do meio ambiente).<sup>82</sup>

Outrossim, importa destacar que a tarefa das empresas não é cumprir com normas específicas de Direito penal, mas contar com mecanismos de gestão e controle interno eficazes para uma atuação diligente perante as normas sob as quais se encontra submetida em razão do seu empreendimento, leia-se: laboral, societária, administrativa etc. Dessa constatação se deduz que o objetivo dos programas de *Compliance* não é evitar, imediatamente, a responsabilização criminal, mas sim efetivar o cumprimento de normas legais (extrapenais), já que neste tipo de regulação a norma penal é simplesmente acessória.<sup>83</sup> Assumindo essa diretriz, o poder público poderá impor programas de cumprimento de três formas, ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a

81. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 22.

82. SIEBER, Ulrich. Op. cit., p. 71.

83. NIETO MARTIN, Adán. *Problemas fundamentales...*, cit., p. 27.

cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos. Países como Chile<sup>84</sup> e Itália<sup>85</sup> já desenvolveram políticas rígidas de cumprimento atreladas à verificação estatal. Sem incorrer em redundâncias, é perceptível que o *Criminal Compliance* é um instrumento de prevenção, inerente à política criminal.

Há de se ter em conta o alcance destes programas com a formação de *Compliance-officers* e departamentos especializados dentro das organizações empresariais. Como destaca Rotsch, algumas empresas estão formando departamentos tão específicos e desproporcionais que necessitam eles mesmos de subsistemas, enquanto uma grande parte das empresas que teriam motivo para se preocupar, especialmente as de médio porte, não fazem nada a respeito.<sup>86</sup> Pontualmente uma distinção se faz necessária para não abandonar uma perspectiva realista sobre o alcance dos programas de integridade. Ora, não se possui dados estatísticos para auferir o grau de adesão das empresas.<sup>87</sup> Aliás, é crível que apenas aquelas corporações devidamente consolidadas possam se adaptar, não sem certos obstáculos, às novas demandas da autorregulação empresarial e da integração com o mercado. Conforme prognóstico de Estellita, além da sobrecarga de deveres à pessoa responsável, a organização do *Compliance* dentro da empresa implicará um gasto considerável, devido aos custos elevados de uma assessoria jurídica de qualidade nessa área. Ao mesmo tempo, dessume-se, assim, uma falta de visão da onerosidade dessa normativa (decorrentes das obrigações previstas na lei de lavagem e na recente lei de anticorrupção), principalmente para as empresas de pequeno e médio porte.<sup>88</sup>

A esta altura, a reflexão teórica acerca do *Compliance Officer*, com recorda Silva Sánchez, remete consequentemente a tensões no âmago das categorias dogmáticas tradicionais, dentre as quais a da posição de garantidor.<sup>89</sup> Uma dis-

84. A respeito da normativa Chilena (Ley 20.393/2009) vide MATUS ACUNA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. p. 145 e ss.

85. Vide MANNA A., La C.D. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 507.

86. ROTSCH, Thomas. Op. cit.

87. Aliás, pode-se asseverar que, na realidade pátria, os programas encontram ampla receptividade no setor financeiro e cambial.

88. Cf. ESTELLITA, Heloisa. Proibir autolavagem resolveria injustiças trazidas pela nova lei. Entrevista realizada por Marcos de Vasconcellos. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

89. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito...* cit., p. 56. Em relação ao *Compliance Officer* na posição de garantidor e desenvolvendo profunda análise desta figura na AP

cussão anterior sobre a eventual incumbência de deveres especiais à figura do advogado, interno ou externo da empresa, representava um indicativo da importância que veio a ser adquirida na atribuição do papel de garantidor dentro de sua estrutura organizacional, como é o caso da cúpula diretiva, dos administradores delegados, dos sócios e eventualmente de diretores setoriais ou gestores individuais. Anote-se, que a maior parte dos tipos penais econômico-empresariais exigem para sua configuração a violação de um dever extrapenal que resulta ser o elemento básico da autoria,<sup>90</sup> fato este a ressaltar a rigidez necessária na determinação dos critérios da obrigação do responsável por evitar a realização de uma lesão a um bem jurídico.

Vale dizer, a implementação de um programa de conformidade não implica – e nem poderia – na solução de questionamentos atrelados à decisão de um órgão tendente ao cometimento de um delito econômico, uma vez que esta preocupação a respeito de decisão colegiada, ou eventualmente de um representante com encargos expressos emanados pela norma societária e passíveis de confirmar a posição de garantidor, continuaram sendo objeto do Direito penal econômico.

Eis, com razão, que um dos maiores desafios desta criminalidade se encontra no campo da intervenção delitiva e na separação entre autor e partícipe, sobretudo em modelos organizativos descentralizados, nos quais se aumentam as dificuldades na apuração da responsabilidade penal. Tal estrutura de gestão, que permite o reparto de poder de decisão em uma pluralidade de sujeitos, acarreta uma fragmentação não só em relação à subsunção do tipo objetivo, mas também afeta a interação entre os órgãos de direção da empresa,

470, vide LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. p. 149. Ainda, vide as agudas reflexões de SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance: primeira abordagem*. No prelo.

90. Em relação aos delitos de infração de dever vide ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. p. 385 e ss. Sobre a evolução desta categoria, vide BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. p. 15 e ss. Os delitos de infração se caracterizam quando o tipo penal requer a infração de um dever extrapenal, o qual resulta ser o elemento básico da autoria. Este elemento seria o que permite caracterizar a *figura central do acontecer típico*. Isso determina que o domínio do fato não seja decisivo para configurar a autoria nesse caso e que a acessoriedade da ação não dependa do dolo de quem realiza a ação. Vide ROXIN, Claus. *Autoria...* cit., p. 387 e ss. 100. Na literatura penal pátria, recentemente, GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é... cit., p. 31 e ss.

repercutindo em seu elemento subjetivo.<sup>91</sup> Daí porque o surgimento desses “silos” criados entre os diversos órgãos possam ser evitados por um programa de *Compliance* diligente no controle da prevenção de riscos. No entanto, se o critério de imputação recair na ação de um indivíduo plenamente responsável, na autoria mediata ou na responsabilidade por um delito próprio de omissão, esse mecanismo de atribuição seguirá constituindo tópico inerente à dogmática penal, particularmente destinada à criminalidade de empresa.

Não se desconhece que o predomínio de uma concepção normativista da dogmática jurídico-penal, particularmente em delitos especiais, acabem por revisar outros institutos relacionados com a imputação da responsabilidade decorrente de um delito econômico empresarial. Cite-se, a título de exemplo, a temática da omissão imprudente, considerada pela doutrina como paradigma futuro da teoria do delito.<sup>92</sup> Nessa matéria é que tal proposição tem maior ressonância, ao revelar, em diversas tipologias específicas, elementos de dever incidentes para além da vontade consciente. Na citada seara, o caso concreto da lavagem de capitais, praticados no marco do “delito estrutural”, ressoam na fragilização do aspecto volitivo do dolo, favorecendo a concepção meramente cognoscitiva. A percepção é agravada pela conhecida escassez do fenômeno da imprudência nesta seara. Demanda-se, portanto, nos delitos especiais, novas técnicas de tipificação capazes de representar toda a dimensão dos riscos dessas condutas. Aceitar acriticamente resultados oriundos da denominada “cegueira deliberada”, favorecendo exclusivamente os elementos normativos do “devia saber”, é ser solícito a demasiada expansão do Direito penal.

Essas considerações eminentemente teóricas refletem de forma idêntica no critério do risco permitido, nas condutas neutras de intervenção, na diminuição da importância do princípio da autorresponsabilidade como princípio válido para os delitos de domínio,<sup>93</sup> da restrita amplitude da teoria do domínio do fato para a determinação da responsabilidade dos membros superiores da empresa,<sup>94</sup> entre outros desafios adicionais impostos à dogmática jurídico-pe-

91. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito...*, cit, p. 49-50. No Brasil, vide: ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade econômica traz desafios para a dogmática penal*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 02.08.2014.

92. Vide, inicialmente: GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un “cambio de paradigma” en el Derecho Penal?* p. 502 e ss.

93. Vide GRECO, Luis. *Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade*. p. 209.

94. Cfr. GRECO, Luis; ASSIS, Augusto. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa*. p. 83.

nal.<sup>95</sup> Caberia a cada um desses institutos um estudo próprio, o qual é impossível nos limites deste artigo.

Diga-se, a título de complemento, que essas considerações de cunho eminentemente dogmático não se confundem com o conteúdo do *Criminal Compliance* vinculado aos interesses expansivos da política criminal. Como salienta Rotsch, tal instituto representa não o propósito de se estabelecer uma reação jurídico-penal, mas a intenção de se antecipar e evitar a responsabilidade criminal.<sup>96</sup> Vislumbra-se, portanto, que tal acautelamento não se encontra no rol de preocupações da teoria do delito, que está interessada, sobretudo, na imputação do injusto culpável e suas consequências. Antes disso, o objetivo de prevenir tem justamente a função de afastar uma possível futura incidência da norma penal.

Não é por acaso que se restringe, no alcance da assessoria jurídica da empresa, o conteúdo estrito de um programa de integridade na esfera criminal. Evidentemente não se está a tratar de um simples parecer sobre determinado empreendimento a ser realizado pela diretoria da organização empresarial. A literatura especializada tem alertado acerca do papel a ser desempenhado pelo corpo jurídico para balizar os instrumentos de prevenção e minimização de riscos.<sup>97</sup> Assim sendo, torna-se imperiosa uma visão total da atividade da empresa, principalmente da interação entre os diversos órgãos com a tarefa de não se desvirtuar seu viés preventivo. O êxito de um efetivo programa de *Compliance* servirá como instrumento de defesa, objetivando uma redução ou até a exclusão da responsabilidade penal. Ou seja, deve demonstrar a sua capacidade de “prevenir, detectar e remediar”<sup>98</sup> irregularidades no setor empresarial. Neste ponto, tem se reivindicado a atuação de especialistas de Direito penal. Inicialmente, o papel de uma assessoria legal nesta seara se restringia à

95. Vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito...*, cit., p. 61 e ss. Na lição de Greco e Assis: a teoria do domínio do fato não facilita a responsabilização do superior hierárquico no âmbito dos delitos empresariais. Op. cit., p. 83.

96. ROTSCH, Thomas, Op. cit., p. 7.

97. GONZÁLES FRANCO, J. A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. p. 155; SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. p. 245 e ss.

98. MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada. p. 215; MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralizaciones de riesgos penales. p. 224-225.

observância dos deveres concretos de informação sobre as regras da técnica e segurança da atividade da empresa, por parte dos administradores e altos diretores, principalmente em matéria de meio ambiente e de segurança laboral. Hodiernamente, essa atuação se ampliou, haja vista os deveres de diligência terem se reforçado, estendendo-se a outros âmbitos e a outros sujeitos, tal como o próprio ente corporativo.<sup>99</sup>

#### 4. DESAFIOS NORMATIVOS DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Conforme já devidamente assinalado, não há dúvidas de que na atualidade o *Criminal Compliance* constitui uma das formas de se evitar que a atividade empresarial conduza a realização de atos penalmente relevantes e que, caso venham a ocorrer, possam ser detectados e não repetidos.<sup>100</sup> A motivação, para tanto, decorreria da melhor posição da empresa, em face do Estado, para controlar e supervisionar a regularidade de suas atividades frente à norma penal. Assim, a preocupação com a implementação e o desenvolvimento de estudos sobre o *Criminal Compliance* acabam repercutindo na tradicional temática da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, pois estes programas, via de regra, apresentam-se como um conjunto de medidas para adoção de uma organização virtuosa com o escopo de evitar responsabilidade ou diminuir as sanções da empresa.<sup>101</sup>

Fato notório é que a responsabilização penal da pessoa jurídica se difundiu rapidamente na Europa e alcançou países como a Espanha, Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia e Suíça, sendo que a Alemanha e a Itália possuem sistemas administrativos que instituem sanções pecuniárias tão severas quanto às do remédio sancionador extremo.<sup>102</sup> Nesta linha, o Código Espanhol, por exemplo, estabelece a responsabilização criminal da pessoa jurídica em seu art. 31º bis, e no inc. 4.º, d, dispõe como circunstância

99. LASCURAIN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. p. 114. A respeito da atuação em âmbitos que possuem regramentos jurídicos especiais, com ênfase no dever concreto de informar sobre regras técnicas e segurança da atividade econômica, além de seu reflexo no erro de proibição evitável, nos casos de consultoria jurídica, vide por todos. LEITE, Alaor. Existem deveres gerais de informação no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. p. 228-231.

100. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit., p. 55.

101. NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales... cit., p. 30.

102. BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., p. 95-96.

atenuante o estabelecimento de medidas eficazes para prevenir e descobrir os delitos que possam ser cometidos por meio ou sob a cobertura da empresa, pouco esclarecendo sobre os elementos necessários à análise judicial destas medidas de cumprimento.<sup>103</sup> De outro lado, as legislações italiana e chilena estabelecem critérios para a avaliação da eficácia dos programas de *Compliance*.<sup>104</sup> A partir disso, a estrutura e os reflexos dos programas de cumprimento devem ser analisados de acordo com o sistema normativo no qual a empresa exerce suas atividades.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está limitada a casos de crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998, porém, a discussão entorno dos programas de cumprimento se consolidou com a introdução da Lei 12.843/2013, chamada lei anticorrupção, inspirada na Lei americana de práticas corruptas no exterior (FCPA na sigla em inglês) e nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).<sup>105</sup> Embora não seja uma Lei de conteúdo penal,<sup>106</sup> a forma de responsabilização adotada e a relevância das sanções previstas despertou a preocupação sobre os limites da responsabilidade empresarial.<sup>107</sup> Em seu art. 2.º estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas de forma objetiva, civil e administrativamente, pelos atos praticados em seu interesse ou benefício contra a administração pública. As penalidades aplicadas poderão chegar a valor equivalente a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto, ou, na impossibilidade deste cálculo, até o valor de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), nos termos do seu art. 6.º. Se antes a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de

103. A título exemplificativo, vide GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*. p. 15 e ss.

104. Vide notas 84 e 85, supra.

105. Cfr. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASOUSKAS, Igor. Nova Lei anticorrupção vai estimular *compliance*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

106. Pelo menos no plano formal a lei se apresenta como norma administrativa. Nesse sentido são procedentes as observações críticas de BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014. Vide ainda, FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.

107. Neste sentido, conferir as críticas de SIMANTOB, Fabio Tofic. Empresa não deve ser responsabilizada por crimes individuais. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 09.08.2014. Vide ainda: ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A criminalização das pessoas jurídicas no Brasil à luz da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). p. 1-3; BROTTTO, Julio. A Lei anticorrupção e a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. p. 9.

corrupção e de fraude em contratos públicos estava atrelada a demonstração de culpa e individualização de condutas, agora é definida de forma objetiva em processo administrativo, independente da imputação de pessoas físicas.<sup>108</sup>

Precisamente a respeito das “diversas lógicas penais embutidas”<sup>109</sup> nessa normativa, verifica-se que além da sanção pecuniária e a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.º, II), proferidas na seara administrativa, as medidas sancionatórias podem alcançar – conforme proclama o art. 19.º, III – até o fechamento da empresa, quando da apuração da responsabilização judicial, denominando-se “dissolução compulsória”. Na apreciação crítica de Simantob,<sup>110</sup> esta sanção extrapola o limite do razoável ferindo inclusive princípio constitucionalmente assegurado, qual seja o caráter individual da pena, possibilitando atingir terceiros alheios a eventual ato de corrupção a servidor público. Referida medida extrema vem sendo identificada pelo mercado como uma “pena de morte” empresarial.<sup>111</sup>

Em razão da ausência da regulamentação (parágrafo único do art. 7.º), não se conhecem os parâmetros a serem considerados para a efetivação dos programas de conformidade acolhidos expressamente no art. 7.º, VIII, como critério de dosimetria da sanção. Evidentemente a incorporação do *Compliance* por parte da empresa pressupõe a existência de assessoria jurídica que coloque em desenvolvimento os mecanismos internos de prevenção, auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades, além de um acompanhamento da instauração do código de ética e de conduta. Desde a aplicação isolada da sanção pecuniária nos seus valores mínimos (um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior, art. 6.º, I), até a imposição, como espécie de exculpante administrativa, quando da constatação da adoção dos controles internos, poderiam ser acolhidos no regulamento da normativa como critérios objetivos para a fixação da sanção. Enquanto não houver essa definição, permanecerá em um plano abstrato de reflexão, decorrente da singularidade imprecisa do caput do art. 7.º: “serão levados em consideração na aplicação das sanções”, o alcance dos Programas de *Compliance* e de suas verdadeiras consequências práticas. Convém observar que de todos os critérios eventualmente perquiridos

108. Recentemente vide os comentários a Lei 12.846/2013, elaboradas por SANTOS, José Anacleto Abduch et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. p. 186 e ss.

109. FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. Op. cit.

110. SIMANTOB, Fabio Tofic. Op. cit.

111. Cf. TOSTES, Sergio; GOMES TOSTES, Maria Hetilene. Brasil agora tem lei que trata da responsabilização objetiva. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: ago. 2014.

para a avaliação dos mecanismos de controle na quantificação da penalidade, mesmo diante da cogitação como exculpante a mesma não elide a reparação integral do dano causado (art. 6.º, § 3.º), nem exime de eventual responsabilidade penal.

Na experiência comparativa um dos pontos avançados de discussão é a submissão facultativa a um sistema de certificação às empresas que adotaram um modelo de prevenção. A obtenção de uma certidão, expedida por empresas de auditoria externa ou entidades registradas,<sup>112</sup> indicando que o *Compliance* adotado contempla todos os requisitos estabelecidos pela lei, em relação a "(...) situação tamanho, giro, nível de ingressos e complexidade da pessoa jurídica",<sup>113</sup> tem um efeito claro e delimitado no âmbito penal, o de servir em juízo como causa de redução de pena.<sup>114</sup> Dentre as diversas razões apresentadas para não conferir ao sistema de certificação o caráter de isenção *ex ante* de responsabilidade penal, ou melhor, conforme as palavras de Matus Acuña, uma espécie de *Bula papal*,<sup>115</sup> encontra-se a ideia de que o indivíduo não será eximido da pena por ter conduzido virtuosamente sua vida passada, mas sim pelo fato concreto praticado. Trata-se do imperativo do princípio da culpabilidade, ou seja, julga-se o fato concreto e não o modo de vida do acusado. Poderia se perquirir outras motivações que fundamentam a impossibilidade de conferir um tratamento de exculpante como efeito real pela adoção e implementação efetiva de modelos de prevenção devidamente "certificados", mas nesta sede se vislumbra apenas um papel a ser desempenhado no futuro como condições gerais para o desenvolvimento de certas atividades econômicas por parte das empresas, quase nos moldes das certificações sanitárias e técnicas exigidas para a participação em certos mercados e em atividades econômicas específicas.<sup>116</sup> Assinale-se, contudo, que esta última assertiva em nada desacredita o valor do *Criminal Compliance* como ferramenta de defesa, pois, mesmo para servir como circunstância atenuante ou de redução de pena quando da apuração de eventual responsabilidade penal, deverá funcionar corretamente desde o princípio, contando no programa com a intervenção de especialistas em matéria de direito penal.<sup>117</sup>

112. No Chile as entidades que emitem essa certidão estão registradas na Superintendência de Valores e Seguros, o equivalente funcional da SEC dos Estados Unidos da América. Vide MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 147.

113. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 147.

114. Idem, ibidem.

115. Idem. p. 151. Ainda nesse sentido, vide GONZÁLES FRANCO, J. A. et. al. Op. cit., p. 158

116. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Op. cit., p. 153.

117. GONZÁLES FRANCO, J.A. et al. Op. cit., p. 160-161.

No tocante, novamente, à normativa brasileira, um outro aspecto, amplamente questionado pela doutrina, é a iniciativa do poder de investigação conferida a entidades que tradicionalmente não têm essa cultura, nem possuem estrutura mínima para atuar como órgãos de fiscalização, ajuizando ações a fim de responsabilizar pessoas jurídicas infratoras. Ilustrativamente, pela leitura do art. 8.º, depreende-se que essa atribuição também é outorgada a esfera do poder municipal. Scaff-Silveira apresentam exemplo significativo da possibilidade de instrumentalização desta norma, como nos casos do seu exercício contra empresas financiadoras de campanha de adversários políticos, daqueles que detêm o poder.<sup>118</sup> O escopo da norma é prevenir a corrupção praticada por empresas que se relacionam com o poder público. Tal desiderato restará frustrado e poderá se tornar justamente um fator potencializador dos desvios que a *ratio* da lei pretende coibir.

O chamado acordo de leniência previsto no art. 16.º, mereceria um estudo à parte, sobretudo pelas implicações de uma lógica penal presente em uma norma de conteúdo eminentemente administrativo e civil. Não restam dúvidas que este tópico é o mais expressivo do traslado de um instituto de matriz jurídico-penal para a seara administrativa. Para a norma jurídico-penal, a relevância de comportamentos *post-delitivos* encontra legitimidade nos interesses de política criminal vinculados com a teoria dos fins da pena. Seguindo a lição de Roxin, a reparação do dano é intrínseca ao tratamento ressocializador da pena,<sup>119</sup> sendo que condutas *post-delitivas* positivas se inserem no marco do instituto da desistência voluntária, afetando especificamente a punibilidade do injusto cometido, sempre e quando se reúnam os requisitos impostos pela lei, seja de natureza objetiva (por exemplo, impossibilidade nos casos em que houver emprego de violência), seja de ordem subjetiva (quando exige espontaneidade antes do início do procedimento investigatório).

Torna-se evidente que o uso destes institutos: desistência voluntária, colaboração premiada entre outros, integram a realidade de um Direito penal de matriz funcionalista teleológica, que atrelam às categorias dogmáticas do delito aos critérios de prevenção geral e especial da pena. Os limites deste estudo não permitem fazer o respectivo contraponto entre os institutos de natureza penal e do alcance dos benefícios legais com a proposta assaz restrita do acordo de leniência. Em outras palavras, conceder a redução em at

118. FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. Op. cit. Vide ainda SOUZA, Luciano Anderson de. *Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos*. p. 11.

119. Vide ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones*. p. 21.

dois terços da multa (art. 16.º, § 2.º), isentar a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória, não proibir o recebimento de incentivos de entidades públicas, e ao mesmo tempo não eximir da reparação integral do dano (art. 16.º, § 3.º), representam medidas evidentemente desproporcionais, quando se observa o alto grau de exigências positivas de colaboracionismo em detrimento dos possíveis benefícios a serem concedidos por força de sua adoção.<sup>120</sup>

Uma consideração se faz necessária: não se ignora que, na hipótese de envolver companhias de grande prestígio e aceitação social, a eventual publicação extraordinária de uma decisão condenatória (art. 6.º, II) possa representar um dano irreversível a sua imagem e, portanto, o óbice a tal divulgação poderá ser satisfatório a seus interesses. Todavia, e a título de provocação, indaga-se a respeito das garantias que o poder público pode oferecer para impedir que os meios de comunicação efetivamente não divulguem o objeto do acordo. A lei parece desconhecer postulados de natureza constitucional que certamente seriam violados, hipótese que demandará o pronunciamento do Poder Judiciário. Advirta-se, por outro lado, não existir nenhum dispositivo específico das repercussões penais relacionadas com os fatos englobados no acordo, e que possam, eventualmente, recair sobre as pessoas físicas. Inere-se, deste modo, que o benefício contemplaria apenas a pessoa jurídica,<sup>121</sup> não excluindo a responsabilidade penal das pessoas físicas (Diretores da Empresa entre outros) pelo eventual crime de corrupção praticado. Afirma-se, neste sentido, ser controvertida sua vantagem ao não prever o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou a sua conversão em restritiva de direitos em razão da cooperação com o poder público.<sup>122</sup>

120. Diferentemente do enunciado na Lei 12.529/2011, “nova lei antitruste”, que em seu artigo 87, prevê, nas hipóteses dos crimes contra a ordem econômica, e nos demais relacionados à prática de Cartel, que a *celebração do acordo de leniência, determinará a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento ao oferecimento da denúncia em face do agente beneficiado*. Ainda, o parágrafo único desse artigo descreve que *uma vez cumprido o acordo de leniência extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes por ele abrangidos*. Recentemente, na doutrina nacional, estabelecendo um quadro comparativo entre a lei antitruste e lei 12.846/13 e os benefícios decorrentes de cada uma delas, vide COSTÓDIO FILHO, Ubirajara et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. p. 232 e ss.

121. Vide ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei anticorrupção “pegar”. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br]. Acesso em: 12.08.2014.

122. SALES, Luis Otávio. Lei anticorrupção: a confissão de prática de crime e acordo de leniência. p. 7.

Esta ponderação, sobre a dimensão do acordo de leniência, comprova mais uma vez a lógica penal inserida nessa normativa, sem, contudo, trazer consigo princípios e garantias próprias da *ultima ratio* do ordenamento. Consciente de que a análise ofertada se restringe apenas a aspectos formais da denominada Lei anticorrupção, com ênfase no seu revestimento sancionador e nas consequências advindas de uma responsabilidade objetiva, se augura, com a sua plena vigência e execução, uma maior conscientização da necessidade de transparência no relacionamento entre o gestor público e o ente privado,<sup>123</sup> inobstante a falta de credibilidade das instituições às quais se confere a iniciativa para apuração de responsabilidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma refletida incursão na temática do *Compliance* comprova sua abrangência e importância como instrumento de prevenção de práticas delitivas e minimização dos riscos da atividade empresarial. Refletir sobre os programas de conformidade normativa é revelar concretamente a delegação às empresas da função de prevenção de ilícitos, a qual era, anteriormente, submetida ao Estado. Não sem razão se deduz uma certa privatização do controle da criminalidade e da prevenção do delito de empresa: Essa perspectiva vai ao encontro da reconfiguração das relações entre o Estado e a sociedade. Neste cenário, é nítida a transferência de meios e de funções do poder público para o campo privado. Em diversos setores, e em especial no âmbito das empresas, constata-se a incumbência dessa delegação, mediante a adoção de medidas de *autorregulação regulada*, como fórmula adequada para superar os problemas na execução de normas jurídicas.

Também resta evidente que o *Compliance* não se resume a um mero programa de controle e de vigilância incorporado pelas empresas, mas se insere numa proposta de ações positivas destinadas a consolidar uma cultura de transparência e de legalidade dentro da estrutura empresarial, reforçando, assim, a partir da efetiva execução dos Códigos Éticos, uma maior fidelidade ao ordenamento jurídico. Daí porque a assunção concreta de programas de integridade impõe deveres normativos, sobretudo os decorrentes da legislação de prevenção de riscos laborais, da corrupção público-privada, da lavagem de dinheiro e do abuso do poder econômico.

O âmbito dessas obrigações legais, albergadas nos programas de *Compliance*, denota seu caráter eminentemente preventivo no controle de riscos e na an-

123. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASASKAS, Igor. Op. cit., *ibid*.

tecipação de uma eventual responsabilidade penal. Essa feição, consequentemente, revela a natureza do instituto ora analisado: trata-se de um instrumento atrelado às finalidades expansivas da Política Criminal. Qualquer vínculo com a dogmática jurídico-penal encontra sentido apenas quando o *Criminal Compliance* não detecta as transgressões, e isto poderá se dar eventualmente de forma deliberada, propiciando a configuração de um fato punível atinente à criminalidade empresarial. Não pairam dúvidas que nesta seara a ocorrência delitiva enseja a constante revisão das categorias de imputação, bem como da sistemática do injusto culpável.

A guisa de conclusão, no tocante à Lei anticorrupção, esta inaugura, na realidade pátria, um novo marco nas relações entre o poder público e a iniciativa privada. Em que pese a declarada natureza administrativo-civil, as lógicas penais são claramente perceptíveis nessa normativa. Ao acolher a responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos à administração pública, assim o fez sem atentar para as garantias próprias do processo penal. Igualmente, uma análise sumária permite inferir que o quadro sancionador, especificamente no tocante ao alcance de um efetivo programa de *Compliance*, demanda necessária regulamentação, apta a definir os efeitos jurídico-penais desse instrumento. Vale dizer, a sua utilidade para a defesa poderá se constituir, diante de uma persecução criminal, em uma verdadeira exculpante ou, ainda, em uma causa de diminuição de pena, conforme se depreende da experiência comparativa. De maneira similar, o acordo de leniência, nos moldes propostos especificamente para as pessoas físicas, representantes da empresa, não se coaduna com os benefícios penais presentes nos comportamentos positivos pós-delitivos. Além de demandar diversas ações de colaboração por parte da empresa, deixa a descoberto a possibilidade de uma ação penal em face de seus dirigentes, dificultando uma concreta adesão aos termos e efetiva aplicação desse instituto.

Muito embora a pretensão dessa normativa direcione o *Compliance* como instrumento de prevenção de práticas corruptivas vinculadas à administração pública, não esgota aí todo seu potencial teórico e prático, já irradiado na Lei de lavagem e na Lei Antitruste.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALBINO, Emerson. Há chances de a Lei anticorrupção “pegar”. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br]. Acesso em: 12.08.2014.

ARNS DE OLIVEIRA, Marlus H. A criminalização das pessoas jurídicas no Brasil à luz da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

BACIGALUPO, Silvina. *Autoria y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance. Instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del Compliance Oficcer. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. n. 23. p. 118. San Sebastian, 2009.

\_\_\_\_\_. *El delito de Blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

BOCK, Dennis. Compliance y Deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.

\_\_\_\_\_; TAMASASKAS, Igor. Nova Lei anticorrupção vai estimular *compliance*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

BROTTO, Julio. A Lei anticorrupção e a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. ano. 9. Curitiba, abr.-maio-jun. 2014.

COCA VILA, Ivó. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (COORD.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28-31.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

ESTELLITA, Heloisa. Criminalidade econômica traz desafios para a dogmática penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 02.08.2014.

\_\_\_\_\_. Proibir autolavagem resolveria injustiças trazidas pela nova lei. Entrevista realizada por Marcos de Vasconcellos. Disponível em: [www.consultor-juridico.com.br]. Acesso em: 08.08.2014.

ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y Sociedad*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

- FACURY SCAFF, Fernando; JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 10.08.2014.
- FERGUSON, Charles H. *O sequestro da América. Como as corporações financeiras corromperam os Estados Unidos*. São Paulo: Zahar, 2014.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014.
- GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.
- GÓMEZ-JARA, Carlos Díez. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- GONZÁLES FRANCO, J. A.; SCHEMEL, A.; BLUMENBERG, A. La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.
- GRECO, Luis. Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. et al. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e participe no direito penal. In: \_\_\_\_\_. et al. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_; ASSIS, Augusto. O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. Un “cambio de paradigma” en el Derecho Penal? In: \_\_\_\_\_. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
- JUDT, Toni. *Algo va mal*. Trad. Belén Urrutia. Madrid: Taurus, 2010.
- KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: \_\_\_\_\_. et al. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

- LASCURAIN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.
- LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e participe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. *Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_. Existem deveres gerais de informação no direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 23. Coimbra, abr.-jun. 2013.
- LEÓN BERINI, Arturo Gonzales de. Autorregulación empresarial, ordenamento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al (coord.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MANDEL, Gabriel. Departamento jurídico é fonte de recursos para empresas. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. Acesso em: 06.08.2014.
- MANNA A., La C.D. Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 2002.
- MANSDÖRFER, Marco. Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en un grupo. Disponível em: [www.indret.com]. Barcelona, abr. 2007.
- MARTÍN, Adán. *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- MASCHMANN, Frank. Compliance y derechos del trabajador. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Banch, 2013.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. (III) intervención delictiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.



- MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralizaciones de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. València: Tirant lo Blanch, 2013.
- NAIM, Moises. *O fim do poder: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igreja ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?* São Paulo: LeYa, 2013.
- NAVAS MONDACA, Iván. Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- \_\_\_\_\_. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- \_\_\_\_\_. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RAGUES I VALLES, Ramón. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RAJAN, Raghuram G. *Grietas del Sistema. Por qué la Economía Mundial sigue amenazada*. Trad. Blanca Ribera. Barcelona: Deusto, 2011.
- ROCHA JR., Francisco Monteiro; PEREIRA, Gustavo Alberini. O papel do criminalista nos programas de compliance. *Cadernos Jurídicos*. n. 50. abr. 2014.
- ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. *Revista para el análisis del Derecho*. p. 2 e ss. Barcelona, jan. 2012. Disponível em: [www.indret.com]. Acesso em: 04.08.2014.
- ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- \_\_\_\_\_. *La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992.

- SACHS, Jeffrey. *El precio de la civilización*. Trad. Estrella Trincado. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2012.
- SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo et al (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- SALES, Luis Otávio. Lei anticorrupção: a confissão de prática de crime e acordo de leniência. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. ano. 9. Curitiba, abr.-maio-jun. 2014.
- SANTOS, José Anacleto Abduch et al. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Lei anticorrupção é substancialmente de caráter penal. Disponível em: [www.consultorjuridico.com.br]. *Consultor Jurídico*, 05.02.2014.
- SCANDELARI, Gustavo Britta. *As posições de garante na empresa e o criminal compliance: primeira abordagem*. No prelo.
- SCHUNEMANN, Bernd. *Delincuencia empresarial: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004.
- SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (orgs.). *El derecho penal económico en la era compliance*. València: Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: \_\_\_\_\_. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- \_\_\_\_\_. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MIRÓ LLINARES, Fernando (dirs.). *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Madrid: La Ley, 2013.
- SIMANTOB, Fabio Tofic. Empresa não deve ser responsabilizada por crimes individuais. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 09.08.2014.
- SMITH, Adam. *A riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SOUZA, Luciano Anderson de. Lei Anticorrupção: balanço de um semestre de muitos desacertos. *Boletim do IBCCrim*. n. 260, jul. 2014.
- TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- TOSTES, Sergio; GOMES TOSTES, Maria Hetilene. Brasil agora tem lei que trata da responsabilização objetiva. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: ago. 2014.
- WOLFE, Barry. Grandes corporações tem desafios para implantar o Compliance. *Conjur*. Disponível em: [www.conjur.com.br]. Acesso em: 07.08.2014.