



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

FACULDADE
DE
DIREITO

BRUNO FERNANDES CARVALHO

**UM CONTRIBUTO AO ESTUDO DO *CRIMINAL COMPLIANCE* NOS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS LUSO-BRASILEIRO**

A contribution to the study of the criminal compliance in the luso-brazilian legal orders

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na área de
especialização em Ciências Jurídico-
Criminais*

Orientadora: Dra. Maria João Antunes
Coimbra, 2018

A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparece.

Antonio Gramsci

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, devo agradecer às duas mulheres mais especiais da minha vida: minha mãe, Gilda, e minha tia, Célia. Embora seja um chavão dizer que “sem alguém” determinada conquista não seria possível, eu não posso encontrar maneira mais verdadeira do que dizer que, realmente, eu não teria alcançado nenhum objetivo na minha vida, desde sempre, sem elas. A elas devo tudo e por elas busco mais.

Agradeço, em seguida, aos amigos com quem tive o prazer de dividir um dos momentos mais felizes da minha vida, que foi minha temporada em Portugal. Não conseguirei ser justo porque, certamente, deixarei de citar algum. Por isso, apenas para representar a todos, cito o Pedro Henrique Cavalcanti da Silva, eterno amigo, com quem dividi um apartamento, muitas angústias e incontáveis risadas; o Tiago da Costa Andrade, amigo de primeira hora, com quem dividi os interesses pelo *compliance* e nem tanto pelo *crossfit*; o Gabriel Junqueira, meu promotor de justiça preferido, com quem dividi tantas discussões teóricas acerca do bem jurídico e inconclusivas discussões sobre a segurança suíça de Mococa; e o Pedro Bonelli, o irmão com quem dividi as melhores experiências que vivi na terrinha.

Ao meu grupo português, composto por Gonçalo Murta, Luiz Piauhyllino Neto, Roberto Monteiro, Carlos Martins, Duarte Froes, Francisco Murta, Luis Gulbenkian, Manoel Pinto, Tiago Quintas e Zé Veiga, minha eterna gratidão pelo acolhimento instantâneo.

Faço, como é óbvio, especial agradecimento à Professora Doutora Maria João Antunes, cujo gentil gesto de aceitar me orientar é pouco perto da simpatia e amabilidade com que trata a todos que têm o prazer de serem seus alunos. Aproveito o ensejo para agradecer à Professora Doutora Claudia Santos, ao Professor Doutor Pedro Caeiro e à Professora Doutora Anabela Rodrigues, cujos ensinamentos levarei para a vida.

Não posso deixar de agradecer, com efusividade, ao Professor Doutor Adan Nieto Martín, em grande parte responsável pelo meu interesse pelo tema. Sua cordialidade em atender minhas dúvidas acaba por me fazer esquecer, por vezes, de que se trata da maior autoridade do assunto no mundo.

Agradeço, por fim, ao Claudio Bidino, de quem tenho a honra de ser sócio e com quem tenho o privilégio de aprender todos os dias num mestrado permanente.

RESUMO

O estudo que ora se apresenta busca compreender a eclosão do fenômeno mundial denominado *criminal compliance*. Para tanto, lançar-se-á mão de uma análise inicial comparada do instituto nos países em que ele já se encontra mais desenvolvido, como os Estados Unidos, a Espanha, a Itália, o Reino Unido, o Chile e a Argentina. Intentando relaciona-lo à atual sociedade em que vivemos, chamada de “sociedade de risco”, demonstrar-se-á sua relação com a cada vez mais frequente autorregulação, que agora, finalmente, chega ao Direito Penal. Nesse sentido, o trabalho investiga as modalidades de atribuição de culpabilidade da pessoa jurídica e sua relação com o *compliance*, discutindo qual é o verdadeiro conceito deste instituto e quais são os seus verdadeiros elementos, criando-se indagações sobre seus aspectos mais controvertidos. No fim, buscar-se-á dar algumas sugestões para os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal, com vistas à evolução do *compliance* nesses países. Como se trata de um tema muito novo e relativamente pouco explorado, este estudo está mais interessado em criar bases para novas discussões do que, efetivamente, chegar a conclusões que, certamente, seriam inacabadas.

Palavras-Chave: direito penal econômico, *compliance*, *criminal compliance*, responsabilidade penal da pessoa jurídica, culpabilidade da empresa, heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade, corrupção, prevenção.

ABSTRACT

The present study seeks to understand the outbreak of the worldwide phenomenon called criminal compliance. To this end, an initial comparative analysis of the instrument will be undertaken in the countries where it is already most developed, such as the United States, Spain, Italy, the United Kingdom, Chile and Argentina. Trying to relate it to the present society in which we live, called "risk society", it will be demonstrated its relation with the increasingly frequent self-regulation, which now finally reaches the Criminal Law. In this sense, the work investigates the modalities of attribution of guilt of the legal entity and its relation with the compliance, discussing what is the true concept of this institute and what are its true elements, creating inquiries about its most controversial aspects. In the end, we will try to give some suggestions for the legal systems of Brazil and Portugal, with a view to the evolution of compliance in these countries. As this is a very new and relatively unexplored topic, this study is more interested in laying the groundwork for further discussion than in actually reaching conclusions that would certainly be unfinished.

Key words: economic, criminal law, compliance, criminal compliance, criminal liability of the legal entity, corporate culpability, heterorresponsibility, self-responsibility, corruption, prevention

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CGU	Controladoria Geral da União
DOJ	U.S. Department of Justice
EPA	U.S. Environmental Protection Agency
FCPA	U.S. Foreign Corrupt Practices Act
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OWiG	Ordnungswidrigkeiten
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
SOX	U.S. Sarbanes-Oxley Act
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UE	União Europeia

Um contributo ao estudo do *criminal compliance* nos ordenamentos jurídicos luso-brasileiro

I.	Introdução.....	p.8
II.	Contextualização do tema	
	II.1 – A evolução histórica: uma análise comparada	
	II.I.1 – O caso dos Estados Unidos.....	p.11
	II.I.2 – O caso da Espanha.....	p.28
	II.I.3 – O caso da Itália.....	p.18
	II.I.4 – O caso do Reino Unido.....	p.24
	II.1.5 – O Caso latino-americano: as experiências de Chile e Argentina.....	p.32
	II.2 – A ideia da autorregulação como estratégia político-criminal no Direito Penal Económico da “sociedade de risco”.....	p.34
	II.3 – O momento atual e sua relevância.....	p.42
III.	A responsabilidade penal da pessoa coletiva	
	III.1 – Breve excerto sobre o direito penal e o direito administrativo sancionador.....	p.44
	III.2 – A culpabilidade corporativa: os modelos de autorresponsabilidade, heterorresponsabilidade e misto.....	p.47
	III.3 – A relação entre o modelo adotado e o fundamento do <i>compliance</i>	p.52
IV.	Os programas de <i>compliance</i>	
	IV.1 – O seu conceito.....	p.54
	IV.2 – Os seus objetivos.....	p.62
	IV.3 – O seu conteúdo.....	p.64
	IV.4 – Aspectos controvertidos do <i>Whistleblowing</i>	p.82
	IV.5 – Aspectos controvertidos das <i>internal investigations</i>	p.85
V.	A conjuntura luso-brasileira	
	V.1 – Brasil: a lei de lavagem de dinheiro, o conjunto de leis anticorrupção e os crimes ambientais.....	p.90
	V.2 – A lacuna de Portugal: um esboço de sugestão.....	p.108
VI.	Conclusão.....	p.114

I – Introdução

A expressão *compliance* se tornou um grande “chavão” do direito moderno, em especial nos últimos anos, quando deixou de ser um instituto eminentemente norte-americano para tomar os demais continentes. Muito embora o Reino Unido, de certa maneira, já o conhecesse, foi a partir dos anos 2000 que o instituto se alastrou pela Europa e pela América Latina. Apesar disso, não parece ser indiscutível o seu real significado, o seu conteúdo e, até mesmo, as vantagens e desvantagens que acarreta.

Nesse contexto, o que se verifica é que, fato não tão raro, a prática se antecipou à teoria e, agora, vê-se a doutrina a tentar entender e explicar o fenômeno *compliance*. Fato incontroverso é que, como se buscará perceber, diversos escândalos financeiros ocorridos no seio das atuações empresariais acabaram por revelar a necessidade da criação de mecanismos de prevenção internos, natureza esta que pode ser atribuída ao *compliance*.

Dessa maneira, repetindo os motivos pelos quais Pedro Caeiro relatou ter escolhido um instituto da parte especial do Código Penal como tema a ser estudado em sua dissertação de mestrado, também porque pensamos que a “ciência jurídica tem por horizonte e fim último a tarefa prática da realização do direito”¹ se optou por dedicar o presente estudo ao *compliance*, exatamente pela realidade fática supra mencionada. Por isso, espera-se que, de alguma maneira, possa este trabalho contribuir para o aprofundamento das pesquisas sobre o instituto, as quais, no Brasil e em Portugal, ainda estão em fase inicial. É sobretudo para esses dois Estados que este estudo é dedicado; a uma, por se tratar de uma dissertação a ser apresentada em uma universidade portuguesa; a duas, pela nacionalidade de quem a escreve ser brasileira, assim como sua atuação profissional.

A fim de realizar essa tarefa com sucesso, a metodologia utilizada é, sob determinado aspecto, de natureza comparada – explicitamente no início do trabalho, mas também implicitamente ao longo de todo ele. Isso porque, como analisar-se-á doravante, o instituto do *compliance* não é exatamente uma novidade; ao contrário, em que pese somente há muito pouco tempo ele estar sendo observado no Brasil e em Portugal, de alguma forma ele é uma realidade na legislação dos Estados Unidos da América desde os anos setenta, até

¹ CAEIRO, Pedro. Sobre a natureza dos crimes falenciais (o patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela), Coimbra: Coimbra Editora, p.13.

mesmo pela tradição deste, ao contrário daqueles, de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Nesse sentido, o primeiro capítulo será dedicado à contextualização do tema, a fim de se entender “de onde veio” e “para onde está indo” o *compliance*. Para isso, importará comparar a evolução do instituto nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Espanha, na Itália, no Chile e na Argentina, verificando de que maneira as legislações desses países passaram a prever o instituto como uma ferramenta de política criminal. Aliás, exatamente por isso, far-se-á uma análise dessa escolha sob a ótica da autorregulação, tentando perceber de que maneira essa engrenagem se relaciona com o próprio Direito Penal Econômico na atual sociedade contemporânea, uma sociedade eminentemente de risco, como também se buscará demonstrar. Já aqui, vale notar que, apesar de poder estar relacionado a diversos ramos do direito, o presente estudo se voltará especialmente à relação entre direito penal e *compliance*, o que – por vezes – será tratado como aquilo que se optou por denominar *criminal compliance*.

A seguir, será necessário, tendo em vista a relação direta entre *compliance* e a responsabilização das pessoas jurídicas, estabelecer uma comparação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Isso porque, em tese, ambos serviriam como ferramenta de “reprovação” aos atos tidos como ilegais praticados por empresas² - mas, certamente, apresentam requisitos bastante diferentes no que diz respeito à culpa, bem como em relação à estigmatização e, eventualmente, até quanto às garantias processuais, razão por que o assunto precisa ser tratado com bastante atenção.

Em termos de culpabilidade da pessoa jurídica, a propósito, convirá analisar os modelos existentes. Com isso, estudar-se-ão os requisitos de imputação a depender da escolha realizada quanto à maneira de responsabilizar o ente coletivo, bem como as vantagens e desvantagens de cada opção. Em seguida, valerá relacionar os modelos com o próprio *compliance*, já que, desde agora, parece haver certa relação entre o modelo adotado e a maior ou menor funcionalidade de um programa de cumprimento³.

² Frise-se, desde logo, que, pela conveniência da não repetição de vocábulos, ao longo do trabalho será possível a utilização da palavra “empresa” como substitutiva de “pessoas jurídicas”, ainda que não seja, exatamente, uma atividade econômica voltada à produção de bens ou serviços pro mercado. Ou seja, estar-se-á desejando fazer referência a pessoas jurídicas, ainda que seja uma associação ou mesmo fundação, mas – por conveniência e também por na maior parte das vezes estarmos efetivamente falando de empresas – poderá ser utilizado o termo “empresa” ou o termo “corporação” ou o termo “organização”.

³ É, traduzido para o português, a maneira como os espanhóis costumam chamar o *compliance*, sendo certo que, ao longo do trabalho, utilizar-se-ão ambas as nomenclaturas.

Feitas essas análises introdutórias e inexoráveis ao estudo do *compliance*, será a vez de se aprofundar no próprio instituto. Dessa maneira, antes de mais, importará discutir o seu próprio conceito, o qual – embora muitas vezes “simplificado”, a nosso ver erroneamente – apresenta diversas faces e dificuldades. Definir o quê, afinal, pode ser chamado de *compliance* será tarefa árdua, mas absolutamente necessária.

Em seguida, porque totalmente ligado à própria incumbência de se buscar uma definição para o instituto, será oportuno examinar os objetivos que guiam a implementação de um programa de *compliance*. Isso porque, evidentemente, aquilo que é o *compliance* está estritamente relacionado aos fins que se pretende atingir com ele, tanto sob o ponto de vista do Estado quanto sob o ponto de vista da própria empresa. Nessa altura, já será hora de apreciar, com minúcia, o que constitui efetivamente um programa de cumprimento, isto é, quais são os elementos indispensáveis a fim de que se tenha um bom *compliance*, análise esta realizada não só pelo estudo das obras doutrinárias já escritas a respeito como também pelas previsões realizadas pelas legislações estrangeiras. Quando possível, será pertinente verificar a posição jurisprudencial a respeito dos pontos tratados, inobstante não seja exatamente descomplicado conseguir fazê-lo tendo em vista a ainda incipiente jurisprudência sobre o tema na maior parte dos países.

Dentre os elementos tratados, especial relevância fará jus a um tratamento mais acurado ao chamado *whistleblowing*, que, como se verá, é o sistema de denúncias internas da empresa e às *internal investigations*, que são as investigações decorrentes dessas ou outras denúncias, realizadas pela própria empresa. Com isso, certamente será válido estudar de que maneira essas investigações e essas denúncias podem ou não se coadunar com os princípios e as garantias processuais penais, bem como de que maneira devem ou não ser por estes informadas.

Finalmente, será a vez de se dedicar aos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Nesse ponto, será – quanto ao Brasil – oportuno examinar a chamada lei anticorrupção, a lei de lavagem de dinheiro e, ainda, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais. Quanto a Portugal, por seu turno, será importante verificar a maneira com que adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, nesse sentido, refletir sobre como o *compliance* poderia vir a ser útil à legislação lusitana.

Essa exposição inicial, ainda que curta, busca demonstrar qual o caminho escolhido para construir esta dissertação. É claro que com esta não se pretende, nem se poderia, esgotar

o tema, mas – isso sim – dar uma nova contribuição para o impulsionamento do *criminal compliance* enquanto objeto de estudo.

II – Contextualização do tema

II.1 – A evolução histórica: uma análise comparada

II.1.1 – O caso dos Estados Unidos

Indubitavelmente, o país no qual o mecanismo do *compliance* mais se desenvolveu com o decorrer dos anos foram os Estados Unidos da América. Assim, não é surpresa nenhuma que o seu próprio nome seja em inglês e os de várias de suas ferramentas também. Na realidade, várias foram as etapas do desenvolvimento do direito, da política e da atividade econômica nesse país que acabaram por, gradualmente, incentivar o desenvolvimento do *compliance*.

Na década de 30 do século passado, a então criada Securities and Exchanges Commission (SEC), agência federal norte-americana responsável por regular o setor de valores mobiliários, começou a exigir que as empresas criassem uma política interna que objetivasse evitar o abuso de informações privilegiadas. Assim, começaram a surgir os primeiros programas de *compliance*, voltados, naquela altura, para essa questão⁴.

Na década seguinte, o direito da concorrência ganhou ainda mais proeminência no foco dos programas de cumprimento. Isso porque, nesse período, o Departamento de Justiça Norte-Americano (DOJ) investigou e apurou a existência de um cartel no setor de fabricantes de componentes elétricos. Com isso, estabeleceu que tais empresas criassem programas de *compliance* para prevenir as condutas contrárias à concorrência. Deve-se dizer, a esse respeito, que nas décadas que se seguiram, até o fim dos anos de 80, a concorrência foi o setor no qual mais o *compliance* avançou⁵.

Também parece correto assinalar, como defende Debora Motta Cardoso, que não é coincidência que, na altura das décadas de 1930 e 1940, vários eventos político-econômicos importantes ocorreram nos Estados Unidos⁶. São os casos da quebra da bolsa de Nova York,

⁴ NIETO MARTÍN, Adan. El Cumplimiento Normativo *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.27.

⁵ Ibidem.

⁶ CARDOSO, Debora Motta, Criminal Compliance na Perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro, Liberars: São Paulo, 2015, p. 34 e ss.

em 1929; da criação da política intervencionista do New Deal, em 1932; da criação da Securities Exchange Commission (SEC), em 1934, da qual falou-se acima e o Acordo de Bretton Woods, em 1944. Percebe-se, portanto, que a própria evolução do *compliance* nessas duas décadas tem alguma relação com os esforços do governo norte-americano em propiciar uma maior regulação no mercado⁷.

As décadas que se seguiram também foram bastante importantes para o estudo do desenvolvimento do *compliance*, notadamente porque ele começou a ganhar mais notoriedade no setor financeiro e no combate à corrupção. Uma vez mais, os fatos históricos dos Estados Unidos acabaram por incentivar o seu desenvolvimento e sua expansão.

Em 1972, cinco pessoas foram presas tentando instalar escutas na sede do Partido Democrata, no complexo de edifícios chamado Watergate, em Washington. O que parecia ser apenas mais uma disputa eleitoral, já que se descobriu que havia uma ligação entre o fato e a campanha do então Presidente Richard Nixon, do Partido Republicano, acabou por desvendar um grave esquema de corrupção entre empresas norte-americanas e agentes de governos estrangeiros⁸.

Com a descoberta dessa prática adotada por diversas empresas, o Congresso norte-americano decidiu estabelecer uma legislação sobre o assunto e, no final de 1977, promulgou a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), que proíbe empresas norte-americanas e estrangeiras de oferecerem vantagens para funcionários públicos estrangeiros, estabelecendo diversas sanções em caso de descumprimento.

O FCPA é uma ferramenta muito relevante no estudo do *compliance* e da própria corrupção de modo geral porque, a partir dele, esta passou a ser um dos pontos centrais dos mais diversos programas de *compliance* ao redor do mundo. Por isso, a sua análise é fundamental, já que muitas legislações e muitos programas de cumprimento em outros países seguem a sua lógica⁹.

⁷ Para Renato Mello Jorge da Silveira e Eduardo Saad Diniz, uma “certa imposição de obediência a um certo padrão de comportamento, muito longe de uma autorregulação.” SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*, Editora Saraiva: São Paulo, 2015, p.115.

⁸ Uma investigação do Senado constatou que fundos de campanha foram utilizados para espionagem e, após o rastreamento do dinheiro de tais fundos, descobriu-se a existência de fundos não registrados das doadoras de campanha, os quais eram utilizados também para oferecer vantagens indevidas a governos estrangeiros em troca de benefícios comerciais, como sua contratação para determinado serviço. FERREIRA, Luciano Vaz, *A aplicação da legislação anticorrupção norte-americana contra o suborno transnacional (Foreign Corrupt Practices Act) e seus efeitos no Brasil* in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, *Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.177.

⁹ É interessante notar que, nas primeiras décadas de sua criação, conforme demonstra Maria Angeles Villegas Garcia, o FCPA foi pouco utilizado, em média aproximada de dois casos por ano. Contudo, a partir dos anos

Submetem-se ao FCPA indivíduos e empresas em quatro situações¹⁰: os emissores de qualquer empresa (ainda que estrangeira) que emita ações nos Estados Unidos ou possua a obrigação de se reportar à Securities and Exchanges Commission (SEC)¹¹; qualquer pessoa que seja cidadã, nacional ou residente nos Estados Unidos da América ou qualquer estabelecimento organizado em conformidade com a lei norte-americana ou que tenha esse país como principal local de negócio (ideia do interesse nacional); qualquer pessoa jurídica ou física, estrangeira, que – não se enquadrando nas hipóteses anteriores – pratica ato ligado à corrupção de agente público estrangeiro enquanto está em território norte-americano (ideia da jurisdição territorial) e, por fim, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, independentemente de sua nacionalidade, que pratique os atos proibidos pela FCPA agindo em benefício de qualquer das pessoas anteriormente descritas (inclusive terceiro prestador de serviço)¹².

Em apertada síntese, o FCPA foi aprovado com o objetivo de evitar que empresas e cidadãos norte-americanos utilizassem práticas corruptas para conseguir ou conservar empreendimentos em outros países bem como que sua contabilidade (no caso das empresas) refletissem fielmente sua situação financeira¹³. Assim, essa legislação proíbe o suborno a qualquer funcionário público estrangeiro, classificação esta interpretada da maneira mais ampla possível nos Estados Unidos, compreendendo inclusive candidatos a cargos públicos e entendendo-se por benefício tudo o que seja possível ser expresso em valor¹⁴.

Em relação propriamente ao *compliance*, o FCPA é absolutamente relevante porque prevê que a sua existência na empresa, se for efetivo, pode propiciar uma redução de até 95% da pena aplicada. Não é por acaso, portanto, que, desde então, as empresas tenham investido tanto nos programas de cumprimento¹⁵. O FCPA Resource Guide, que é um guia estabelecido pelo governo norte-americano para auxiliar as empresas a entenderem o que

2000, o número de investigações baseadas no FCPA aumenta vertiginosamente. Cfr. VILLEGAS GARCIA, Maria Angeles La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos, Pamplona: Editora Aranzadi, 2016, p.463.

¹⁰ FERREIRA, Luciano Vaz, nota 8, p.181.

¹¹ Os emissores possuem também a obrigação de registrar sua contabilidade de modo detalhado e de manter sob sua guarda para que seja possível, se necessário, sua entrega posterior para verificação de pagamentos ilegais bem como o dever de criar mecanismos de controle interno. Ibidem.

¹² MARTINS, José Alberto. E MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de., Compliance, concorrência e anticorrupção, p.40 e ss.

¹³ VILLEGAS GARCIA, Maria Angeles, nota 9, p.461.

¹⁴ FERREIRA, Luciano Vaz, nota 8, p.182.

¹⁵ FERREIRA, Luciano Vaz, nota 8, p.186.

será valorado na hora de avaliar os referidos programas, traz diversos elementos, os quais serão analisados detalhadamente *a posteriori* neste trabalho, no item IV.3.

Em 2010, uma importante alteração legislativa do FCPA foi realizada pelo Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. A mudança foi estabelecer recompensas para quem denunciar eventuais violações do FCPA às autoridades, com o prêmio de ganhar até 30% da multa eventualmente aplicada à empresa, tendo previsto, ainda, a proibição de as empresas punirem os funcionários que fizessem tais denúncias, com estabelecimento de sanções para aquelas que descumprissem essa proibição¹⁶. Além disso, a referida legislação, que buscou reformar a regulação financeira após a grave crise financeira de 2008, estabeleceu novos deveres governamentais de vigilância e supervisão das instituições que trabalham com recursos financeiros, criou uma agencia responsável pela aplicação e pelo cumprimento de modo efetivo das leis de proteção aos consumidores de tais serviços e, ainda, introduziu critérios regulatórios mais restritivos em relação à garantia de capital para instituições bancárias¹⁷.

Outra alteração notável em relação ao FCPA começou a se dar em 2015 com o chamado Yates Memo. Na realidade, trata-se de um novo direcionamento do Departamento de Justiça americano em relação às investigações de pessoas físicas pelo cometimento de ilícitos corporativos. Assim, exigiu, para a negociação de acordos de leniência com pessoas jurídicas, que estas se esforçassem em identificar as pessoas físicas eventualmente responsáveis pelo ilícito investigado¹⁸.

Logo depois, em abril de 2016, o Departamento de Justiça anunciou a criação de um programa piloto chamado “The Fraud Section’s Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Plan and Guidance”. O programa, cuja validade inicial estabelecida foi de um ano, criou outros mecanismos de cooperação com as autoridades, como a autodenúncia de forma voluntária, buscando uma cultura de maior responsabilidade das empresas e indivíduos com suas práticas¹⁹. Isso incentivou, ainda mais, a implementação de programas de *compliance* por parte das empresas.

¹⁶ Cfr. LEON BERINI, Arturo Gonzalez de., El Criminal Compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act, *In* SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Editora Atelier, 2013, p.133-136

¹⁷ *Ibidem*, p.133-136

¹⁸ FELDENS, Luciano; ARAUJO, Marcelo Azambuja *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.196.

¹⁹ *Ibidem*.

Mais um evento relevante em relação à evolução do *compliance* nos Estados Unidos da América foi o chamado Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct. Tal iniciativa, exclusivamente empresarial, sem participação do governo, foi relevante porque, organizada pelas maiores fornecedoras da indústria armamentista para o Departamento de Defesa norte-americano, buscou criar diversos mecanismos de controle interno para si mesmas, tais como os canais de denúncia, sanções disciplinares, estímulo à cooperação com as autoridades, entre outros²⁰.

Incentivado por isso, o próprio Ministério da Defesa passou a exigir como requisito imprescindível para a contratação de fornecedoras que estas possuíssem ferramentas de prevenção a fraudes. Mais uma vez, os programas de *compliance*, já nos anos 80, ganhavam protagonismo no bojo da organização empresarial.

Logo em seguida e, inclusive, bebendo da fonte do próprio *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct*, surgiram as chamadas *Sentencing Guidelines*. Em resumo, optou-se por estabelecer um sistema que adota uma “pontuação” para se chegar a pena a ser aplicada, limitando a discricionariedade do juiz. Dessa maneira, grupos de infrações são divididos de acordo com sua natureza, formando determinada escala em termos de pontos. As primeiras *sentencing guidelines* federais foram criadas no ano de 1987, destinada às pessoas físicas; em 1991, vieram as destinadas às pessoas jurídicas e, desde então, vem sendo atualizadas, o que também ocorreu nos estados federativos²¹.

É interessante assinalar que, em termos de fixação da pena de multa para as empresas, optou-se por utilizar dois fatores fundamentais: a gravidade do crime e a culpabilidade da organização. Isso é absolutamente relevante para o estudo do *compliance* porque se percebe, aqui, que se resolveu levar em conta o que a empresa havia feito antes da comissão de um delito, tanto no tocante à sua prevenção, quanto no tocante à sua detecção e sua punição²².

As razões disso podem ser expostas da seguinte maneira: a comissão que elaborou as *sentencing guidelines* entendeu que: i) não se poderia punir da mesma maneira uma organização que buscou prevenir a prática do crime e uma que não o fez; ii) as atitudes dos dirigentes das empresas seria capaz de diminuir de forma relevante a possibilidade da prática de delitos e incentivar as denúncias internas e iii) as *sentencing guidelines* seriam capazes

²⁰ Cfr. NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.28-29.

²¹ VILLEGAS GARCIA, Maria Angeles, nota 9, p.303-304.

²² Ibidem, p.305.

de servir como um incentivo para a criação da cultura do *good citizen*, ou seja, de fazer a coisa certa, já que valeria a pena, inclusive, pela recompensa de ter menor pena²³.

Com as reformas que sofreu em 2004 e em 2010, as guidelines passaram a prever quais mecanismos deveriam reunir os chamados códigos de autorregulação, os quais passaram a ser denominados *effective compliance and ethics programs*. Assim, as guidelines passaram a dedicar uma seção completa e atualizada (§2º, B2.1 do capítulo 8º) do que esses programas de cumprimento deveriam possuir²⁴. Tais elementos serão detalhadamente estudados no presente estudo na seção relativa ao conteúdo dos programas de *compliance*, (item IV.3). Fato incontroverso, então, é que, com a importância dada pelas *Guidelines* para tais programas, houve um vertiginoso aumento da implementação de programas de cumprimento por parte das pessoas jurídicas que queriam evitar a ocorrência de práticas criminosas ou, caso existentes, verem suas penas consideravelmente diminuídas²⁵.

Já no início da década de 2000, surgiu na legislação norte-americana o chamado Sarbanes-Oxley Act (SOX). A lei reformou profundamente o mercado de capitais desse país, tendo colocado a chamada governança corporativa num verdadeiro pedestal, de maneira que passou a exigir muito mais das empresas e de seus membros no que diz respeito ao funcionamento legal da empresa²⁶.

Muito incentivado pelos escândalos contábeis recentes pelas quais passaram enormes empresas, tais como World.Com, Arthur Andersen, Enron e Xerox, o Congresso Norte-Americano aprovou tal lei, determinando, entre muitas outras obrigações, a criação de mecanismos de controle internos permanentes e supervisionados, instituindo diversos procedimentos e regras. Estabeleceu-se um *compliance* obrigatório para as empresas que operam no mercado financeiro e o objetivo disso foi assegurar mais transparência nas empresas e informações de maior qualidade para o mercado²⁷. Como é óbvio, isso fez se desenvolver, ainda mais, a figura do *compliance*.

²³ Ibidem, p..311-312.

²⁴ Ibidem, p..319-ss.

²⁵ Para a autora espanhola, a eficácia dos programas de compliance previstos nas *guidelines*, contudo, é discutível. Isso porque com a crise econômica de 2008 e os escândalos financeiros a ela relacionados não estaria exatamente muito claro se tais programas teriam efetivamente promovido um ambiente mais ético e preocupado com a prevenção da comissão de delitos. Ibidem, p.326.

²⁶ GONSALES, Alessandra, O Caso Enron, a SOX e a Origem do *Compliance* Moderno in GONSALES, Alessandra (et al), *Compliance: a Nova Regra do Jogo*, São Paulo: LEC Editora e Organização de Eventos Ltda., 2016., p.5-ss.

²⁷ NIETO MARTIN, Adan, nota 4, p.28.

Por fim, é importante sublinhar que os Estados Unidos da América também utilizaram agências reguladoras como peça chave no desenvolvimento do *compliance*. Assim, por exemplo, nas áreas de saúde e meio ambiente, as agências HHS (*United States Department of Health and Human Services*) e EPA (*United States Environmental Protection Agency*) se basearam na ideia de que além da lei é necessária a existência de instrumentos dentro das organizações que garantam o cumprimento efetivo da lei. Assim, há um clima de confiança entre a agência e as empresas, porque se evita punir as que voluntariamente cumprem e colaboram e também porque a agência ajuda as empresa a criarem, cumprirem e desenvolverem seus próprios programas de *compliance*²⁸.

A face mais relevante dessa estratégia, segundo Nieto Martin, é a chamada Audit Policy da EPA. As iniciativas de *self policing* são: discovery, disclosure, correction and prevention of violations. Isso significa que as empresas descobrem determinada violação ao meio ambiente, comunicam a agência, corrigem seus efeitos e, com isso, podem obter uma relevante diminuição das sanções civis bem como uma recomendação da EPA ao Ministério Público para que não a processem criminalmente²⁹.

Em termos práticos, é possível perceber também que, uma vez que a acusação tem mais flexibilidade nos Estados Unidos da América, ou seja, que seus procuradores podem escolher quem vão processar, vindo a firmar um Deferred Prosecution Agreements (DPA) ou um Non Prosecution Agreements (NPA), o fato de a empresa possuir um programa de *compliance* pode servir, também, como requisito para a realização desse acordo. Exemplos são os casos das empresas Armour of America, Prudential Securities, ABB, Tidewater e Snamprogetti Netherlands BV³⁰. Então, o programa de *compliance* pode servir não apenas como um motivo para reduzir ou isentar a empresa de sanção penal como também livrá-la até mesmo de ser processada penalmente em razão da possibilidade da realização desses acordos.

É possível perceber, portanto, que os Estados Unidos da América desenvolveram gradualmente o instituto do *compliance* ao longo, pelo menos, dos últimos 90 anos. Como visto, foram vários os acontecimentos político-econômicos que contribuíram para isso e é

²⁸ Ibidem, p.30.

²⁹ Ibidem.

³⁰ MORALES ROMERO, Marta Muñoz, Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada in ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán, El Derecho Penal Económico en La Era Compliance, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p.220.

exatamente este contexto que faz do país o mais corpulento do mundo em termos de legislação acerca do tema.

II.1.2 – O caso da Espanha

Outro ordenamento jurídico que adotou, expressamente, o *compliance* foi o espanhol. Entretanto, isso foi fruto de um demorado processo de amadurecimento e discussão ao longo do tempo sobre a possibilidade de a pessoa jurídica responder penalmente por seus atos nesse país.

O Código Penal Espanhol de 1995 rechaçava a possibilidade de que houvesse responsabilidade penal da pessoa jurídica. Uma alteração posterior, contudo, em 2003, através da Lei Orgánica 15/2003, começou a trilhar outro caminho, porque passou a estabelecer uma espécie de responsabilidade solidária da pessoa jurídica, consistente no pagamento de uma multa, por aquele que supostamente atuou em seu nome³¹. Embora, em termos de natureza jurídica, não se possa dizer que se tratava de uma responsabilidade penal, parece correto afirmar que se passou a estar diante de uma responsabilidade administrativa da pessoa jurídica decorrente da reponsabilidade penal da pessoa física³².

Em 2010, a Lei Orgánica 5/2010 introduziu, expressamente, a possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, inserindo o artigo 31 bis no Código Penal Espanhol. A definição foi realizada em rol taxativo, ou seja, só poderia a pessoa jurídica

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello de; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.99. Isso era possível quando a pena aplicada à pessoa física tivesse sido o pagamento de uma multa.

³² No entendimento de Felipe Mrack Giacomolli, contudo, a discussão sobre a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica surgiu, sim, em 1995, já que o artigo 129 do Código Penal Espanhol daquele ano previa diversas consequências tidas como acessórias endereçadas aos entes coletivos, que, embora a natureza jurídica não fosse clara, tinha que obedecer aos princípios informadores do Direito Penal, sobretudo o da culpabilidade, de acordo com o Tribunal Constitucional espanhol. GIACOMOLLI, Felipe Mrack *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, *Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.96. Na realidade, para Silva Sánchez, o artigo 129 é destinado a entes não dotados de personalidade jurídica, tais como grupos da sociedade. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho Español. *In* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.15. Já Enrique Bacigalupo sublinha, além do referido art.129, que houve normas anteriores relativas aos deveres das pessoas jurídicas em relação a ilícitos, como a Ley 19/1993 sobre medidas de prevenção à lavagem de dinheiro, o art.84.ter da Ley 24/1988 sobre mercados de valores e o Projeto de Diretiva Comunitária de 10/07/2007 quanto à extensão ao ramo dos seguros de normas existentes para bancos e outras instituições financeiras. Previu-se, naquele momento, a exigência de as empresas contarem com uma função permanente de vigilância em relação aos deveres legais bem como o Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Coiadas, que trazia a ideia, já em 2006, de uma supervisão do cumprimento dos órgãos internos de conduta e regras de governança corporativa. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi: Thomson Reuters, 2011., p.96.

responder por determinados crimes³³³⁴. A razão apresentada pelo preâmbulo da referida lei para tal fato é a suposta existência de diversos instrumentos jurídicos internacionais que demandariam uma resposta penal para as pessoas jurídicas. Ocorre que, é interessante notar, são muitos os autores que defendem que essa resposta poderia muito bem administrativa³⁵. Aliás, sobre esse assunto, também é relevante expor a posição de Enrique Bacigalupo, para quem não há diferença substancial entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Para ele, pode até vir a existir pequena diferença quantitativa de sanção, mas os princípios gerais são os mesmos, como legalidade, culpabilidade e proporcionalidade³⁶.

O ordenamento jurídico espanhol passou, então, a prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica copiando, nas palavras de Jacobo Dopico, o Decreto Legislativo 231/2001 da Itália, que introduziu neste país tal responsabilidade. O autor, que denomina a lei de plágio legislativo e *Frankenstein* jurídico, acrescenta que, ao prever que é a empresa que deverá provar que possuía um modelo de gestão com medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir esses tipos de delitos a fim de se ver isenta de pena, o que não seria um problema no direito administrativo italiano, viola a Constituição espanhola já que inverte o ônus da prova para a defesa no processo penal, ferindo o princípio da presunção de inocência³⁷.

³³ São os crimes de: tráfico ilegal de órgãos (art.156.bis), tráfico de seres humanos (art.177.bis.7), crimes relativo à prostituição e corrupção de menores (art.189.bis), crimes contra a intimidade e invasão informática (art.197.3, §2º), estelionato e outras fraudes (art.251.bis), insolvências puníveis (art.261.bis), danos informáticos (art.264.4), crimes contra a propriedade intelectual e industrial, mercado, consumidores e corrupção privada (art.288.1 com arts.270 a 286.bis), lavagem de dinheiro (art.302.2), crimes contra a Fazenda Pública e Seguridade Social (art.310.bis), crimes contra os direitos dos cidadãos estrangeiros (art.318.bis.4), crimes contra a ordenação do território e urbanismo (art.319.4), crimes contra o meio ambiente (arts.327 e 328.6), crimes relativos a materiais e radiações ionizantes (art.343.3), crimes de risco por explosivos e outros agentes suscetíveis de causar estragos, assim como delitos relativos a substancias destruidoras da camada de ozônio (art.348.3), tráfico de drogas (art.369.bis), moeda falsa (art.399.bis), corrupção (art.427.2), trafico de influência (art.430), corrupção nas transações comerciais internacionais (art.445.2), organizações e grupos criminosos (art.570.quarter) e financiamento do terrorismo (art.576.bis.2). Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas em el Derecho Español, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p..74 e ss.

³⁴ O legislador excluiu o Estado, isto é, entidades de direito público, entidades mercantis estatais, partidos políticos e sindicatos em razão do seu papel constitucional, de sua função pública, de não serem passíveis de auto-organização em razão do princípio da legalidade e do prejuízo de uma eventual sanção em razão da sua relevância social. Cfr. SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, Editora Liberars: São Paulo, 2016, p.161.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho Español. In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.18; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de., Sanciones penales contra empresas en España (hispânica societas delinquere potest), in Compliance y Teoria del Derecho Penal, p.276; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.101.

³⁶ BACIGALUPO, Enrique, nota 32, p.96.

³⁷ DOPICO, Jacobo. Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013 in Informe de la Sección de Derechos Humanos del ilustre Colegio de

Concordando com Jacobo Dopico, o também espanhol Lascuraín Sanchez defende que cabe à acusação provar que houve a falta de um devido controle para que não fossem cometidos crimes no âmbito da atuação empresarial. Isso porque a culpabilidade a partir do defeito da organização, para o autor, não transfere a responsabilidade automática do indivíduo para a pessoa jurídica, razão por que deverá ser demonstrado o descontrole, doloso ou imprudente, por parte da empresa, tendo como base, também, o princípio da presunção de inocência³⁸. Esse pensamento, contudo, parece não ser seguido por maior parte da doutrina espanhola, que entende que é a empresa que possui a informação e, então, está em melhores condições de realizar a prova. Isso sem contar o fato de que será excepcional tal demonstração de um programa perfeitamente desenhado e implementado quando houve o cometimento do delito e que é pouco factível que possa a acusação realizar a prova de um elemento negativo, ou seja, de ausência de organização defeituosa. Ao revés: não se diferencia do caso em que uma pessoa física é acusada e alega uma excludente de responsabilidade, a qual deve ser provada por ela mesma³⁹.

O fato é, contudo, que a lei foi bastante vaga no sentido de oferecer os parâmetros da atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque, como se estudará mais detalhadamente adiante no presente estudo, não ficou claro se a responsabilidade da pessoa jurídica derivava da responsabilidade de seus membros ou se ela tinha uma responsabilidade própria, derivada de um defeito de organização, tendo ocorrido uma aparente mistura de conceitos opostos⁴⁰.

Em razão disso, a legislação espanhola sofreu uma alteração profunda em 2015, por meio da LO 1/2015. Ela deu nova redação ao art.31.bis e seus parágrafos, que passaram a ser cinco. Entre as inovações mais importantes, é possível citar os critérios de transferência da responsabilidade, os sujeitos ativos do fato de conexão, as referências das medidas de controle adotadas pela empresa para avaliar sua eficácia e a possibilidade de o modelo de organização e controle excluir ou atenuar a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁴¹.

Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del código penal, ley de seguridad privada y lo del poder judicial (jurisdicción universal), Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.22.

³⁸ LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los Programas de Cumplimiento como programas de prudência penal, RPCC 25, 2015, p.103-104.

³⁹ Por todos, TOMILLO, Manuel Gomez. Compliance Penal y Política Legislativa, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p.30 e ss.

⁴⁰ Cfr. SARCEDO, Leandro, nota 34, p.163 e ss.

⁴¹ GIACOMOLLI, Felipe Mrack, nota 32, p.89.

Dessa maneira, o Código passa a prever, com essa alteração, que a pessoa jurídica pode responder penalmente pelos a) delitos cometidos em nome ou por conta delas, em seu benefício direto ou indireto, por seus representantes legais ou por aqueles que atuando individualmente ou como integrante de um órgão dela, estão autorizados a tomar decisões em nome dela ou ostentam faculdades de organização e controles dentro da mesma e b) delitos cometidos, no exercício das atividades sociais e por conta ou benefício direto ou indireto das mesmas, por quem, estando submetido à autoridade das pessoas físicas mencionadas anteriormente, puderam realizar os fatos por terem descumprido gravemente aqueles deveres de supervisão, vigilância e controle de sua atividade atendidas às concretas circunstâncias do caso⁴².

O mais importante, contudo, para o objeto deste estudo são as disposições que se seguem e passam a regular a isenção ou diminuição da sanção penal das empresas tendo em vista a existência de um programa de *compliance*. Assim, a lei passa a prever as hipóteses em que isso será possível.

O parágrafo 2 do artigo 31.bis traz a disposição de que, em sendo o delito cometido pelas pessoas indicadas na alínea a do parágrafo anterior, será isenta de pena a pessoa jurídica se: (i) o órgão de administração tiver adotado e executado com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem as medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir os delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa o risco de seu cometimento; (ii) a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado tiver sido confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e de controle ou que tenha encomendada legalmente a função de supervisionar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica; (iii) os autores individuais que cometeram o delito terem-no feito iludindo de modo fraudulento os modelos de organização e prevenção e (iv) que não tenha o tal órgão descrito no item (ii) se omitido ou exercitado de maneira insuficiente de suas funções de supervisão, vigilância e controle. O parágrafo prevê ainda que, em caso de verificação apenas parcial desses requisitos, isso servirá para a diminuição da pena aplicada.

Já o parágrafo 4 do artigo 31.bis traz a disposição de que, em sendo o delito cometido pelas pessoas indicadas na letra b do parágrafo 1º, será isenta de pena a pessoa jurídica se, antes da comissão do delito, tiver adotado e executado eficazmente um modelo

⁴² Código Penal Espanhol, art.31.bis, parágrafo 1.

de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos da natureza do que foi cometido ou para reduzir de forma significativa o risco de seu cometimento. Aqui, também está prevista a situação em que, caso só haja verificação parcial desses requisitos, é atenuada a sanção penal imposta à empresa.

É relevante dizer, também, que o artigo 31.*quarter* trouxe as circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação a aquilo que ela pode fazer depois de cometido o delito. São elas: (a) ter confessado, antes de conhecer que estava sendo processada judicialmente, a infração às autoridades, (b) ter colaborado com a investigação do fato apontando provas, em qualquer momento do processo, que sejam novas e decisivas para esclarecer as responsabilidades penais derivadas do crime, (c) ter reparado ou diminuído o dano causado pelo delito em qualquer momento do procedimento e até o juízo oral⁴³ e (d) ter estabelecido, antes do começo do juízo oral, medidas eficazes para prevenir e descobrir os delitos que, no futuro, possam ser cometidos com os meios ou sob cobertura da pessoa jurídica⁴⁴.

É fácil perceber, então, que a legislação espanhola, a partir da mudança legislativa de 2015, passou a prever explicitamente o *compliance* como um instrumento necessário na organização empresarial, seja para prevenir que os delitos aconteçam, seja para isentar ou diminuir a pena da empresa caso acabem por acontecer em determinadas circunstâncias. Ficou mais clara a opção do legislador pela ideia de que a empresa tem que ser auto responsável pelos seus atos. Tanto é assim que, se demonstrar que fez tudo o que podia para prevenir o cometimento do delito, por meio de um eficaz programa de *compliance*, deverá ser isenta de pena ou ter a esta atenuada⁴⁵.

⁴³ Fase final do processo penal espanhol, depois de concluída a investigação. É quando se interpõe a acusação formalmente.

⁴⁴ Os autores Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz criticam o que chamam de “vagueza conceitual do dispositivo”, já que não seria exatamente preciso o que constituem medidas eficazes para prevenir e descobrir os delitos. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.103.

⁴⁵ GIACOMOLLI, Felipe Mrack, nota 32, p.94. Já Silva Sanchez possui entendimento diverso. Para o autor espanhol, o que há é uma posição intermediária. Assim, o critério do art.31.bis 1 seria uma regra de imputação de responsabilidade da pessoa jurídica por um delito cometido por uma pessoa física que opera nela, mas ele propõe uma redução teleológica desse artigo aos casos em que seja possível constatar na empresa um estado de coisas defeituoso objetivamente favorecedor da comissão de delitos por parte das pessoas individuais que a integram. Ou seja, acrescenta o critério do favorecimento ao critério do benefício para entender as “penas” das pessoas jurídicas como “quase penas”, não de retribuição, mas de correções preventivas, entre outras razões. SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. La Eximente de modelos de prevención de delitos – fundamentos y bases para una dogmatica, in SILVA SANCHEZ, Jesús Maria; LLINARES, Fernando Miró, *La teoría del delito en el Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013, p. 672.

Outro ponto importante é que essa lei se aplica também a empresas estrangeiras na medida em que operem na Espanha. Segundo a lição de Silva Sanchez, na realidade se trata do princípio da ubiquidade, já que a jurisdição espanhola é responsável por julgar todas as condutas ou resultados que ocorram no território espanhol com relevância para o direito espanhol⁴⁶. Dessa maneira, também empresas estrangeiras foram estimuladas a criar departamentos de *compliance*, já que sua ausência, como defende ainda o autor espanhol, torna previsível um estado de coisas de descontrole⁴⁷.

O parágrafo 5º do artigo 31.bis traz os elementos que deverão estar contidos nos programas de *compliance* aptos a gerarem os efeitos previstos na lei. Ele será objeto de estudo doravante neste trabalho, precisamente no item IV.3, quando se discutir o conteúdo desses programas. Já é válido, contudo, desde logo, entender que a lei espanhola não quis, nem poderia ter, a nosso juízo, exigido um programa de *compliance* absolutamente perfeito, sem nenhuma lacuna, sob pena de paralisar a própria atividade da empresa⁴⁸. Tampouco um programa de *compliance* de fachada serviria para conceder à empresa os benefícios da lei. O que o legislador desejou foi que a pessoa jurídica buscasse toda a forma possível de prevenir a ocorrência do delito, implementando de maneira correta um programa de integridade, sendo recompensada por esse fato ainda que, com todos esses esforços, o delito tenha vindo a acontecer. Caso isso não fosse possível, estar-se-ia diante de uma verdadeira responsabilidade objetiva, o que é inadmissível.

Constata-se, então, que o ordenamento jurídico espanhol, pouco depois de prever a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, optou por incentivar que as empresas criassem mecanismos preventivos, como o programa de *compliance*, a fim de evitar o cometimento de crimes ou, uma vez cometidos, que fossem identificados e reportados. Assim, essa foi uma alteração recente que impulsionou, mais, o aumento dos programas de cumprimento.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho Español. In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.16.

⁴⁷ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria, nota 45, p.675.

⁴⁸ Nesse sentido, sobre isso e o que se segue a respeito, TOMILLO, Manuel Gomez, nota 39, p.45 e ss.

II.1.3 – O caso da Itália

Em verdade, a Constituição Italiana de 1947 veda, de forma cabal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque, em seu artigo 27, determina, expressamente, o caráter pessoal da responsabilidade penal – ou seja – de uma pessoa, responsável – individualmente – pela prática de determinado ato⁴⁹.

Ao longo do tempo, entretanto, o ordenamento jurídico italiano foi obrigado a buscar saídas para que as pessoas jurídicas pudessem vir a ser penalizadas por atos ilícitos. Dessa forma, o Código Penal Italiano, em seu artigo 197, previu, por exemplo, uma responsabilidade penal subsidiária para elas quanto às multas aplicadas a seus empregados insolventes⁵⁰. Isso até mesmo porque, ao longo desse período, a Itália se obrigou internacionalmente, através de diversos tratados internacionais, a coibir os delitos praticados por pessoas jurídicas, como, por exemplo, em relação aos crimes financeiros na Convenção de Bruxelas de 26 de julho de 1995 e em relação à corrupção de funcionários públicos nas operações econômicas e internacionais na Convenção de Paris de 17 de dezembro de 1997⁵¹.

Nesse contexto, surgiu o Decreto Legislativo 231 de 2001. O texto, bastante inspirado nas *Guidelines*, apresenta um modelo vicarial de critério de imputação e traz a ideia da culpabilidade da empresa⁵². Ocorre, contudo, que, como dito anteriormente, a Itália não toleraria, por força constitucional, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, de maneira que essa responsabilidade, então, se transformou numa responsabilidade praticamente *sui generis* ou mista.

A rigor, as sanções têm que ser consideradas administrativas para que não violem o disposto constitucionalmente. Acontece que esse ilícito administrativo é decorrente de uma infração penal anterior cometida por uma pessoa física e é processado por um juízo criminal, com parâmetros de imputação e até mesmo com garantias de natureza penal⁵³. Em outras palavras: não podendo atribuir responsabilidade penal aos atos da pessoa jurídica, o legislador italiano optou por, tendo como base o crime imputado a uma pessoa física integrante ou relacionada a aquela pessoa jurídica, classifica-lo como um ilícito administrativo para a pessoa jurídica, que é julgado pelo mesmo juiz criminal competente

⁴⁹ NIETO MARTÍN, Adan. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel: Madrid, 2008, p. 194-195

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.138.

⁵² NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p. 197-198.

⁵³ *Ibidem*.

para julgar o ato da pessoa física, bem como é merecedor das mesmas garantias penais (dentro do possível para uma pessoa jurídica).

Entre os autores italianos, há aqueles que defendem a natureza puramente administrativa ou puramente penal da norma em questão. Alessandro Traversi e Sara Gennai, por exemplo, defendem ser tal responsabilidade exclusivamente administrativa, basicamente por duas ordens de razão: a uma, porque seria impossível verificar uma vontade psíquica por parte da pessoa jurídica para cometer determinado crime e, a duas, porque a tradição italiana, confirmada pela própria Constituição, proíbe tal possibilidade⁵⁴.

Já do lado daqueles que defendem a natureza das sanções como penal, o fazem, como é o caso de Marinucci e Dolcini, basicamente por três motivos. A verificação de garantias materiais penais para a imputação de fatos às pessoas jurídicas, como o princípio da legalidade; a existência de uma auto responsabilidade da empresa, baseada na sua própria culpabilidade autônoma ou, ainda que ligada a alguém com alta posição no seu organograma, fruto da análise do esforço de auto-organização da empresa e, por fim, a existência de garantias processuais típicas das atribuídas às pessoas físicas no julgamento das pessoas jurídicas por tais ilícitos⁵⁵.

É interessante notar que, para criticar o enquadramento da responsabilidade como de natureza penal, o autor brasileiro Leandro Sarcedo utiliza dois argumentos: o primeiro de que a inversão do ônus da prova no parágrafo 1 do artigo 6º, hipótese na qual os atos ilícitos são cometidos por pessoas de alta hierarquia na empresa e, assim, a empresa só não responde se prova que adotou um modelo eficaz de organização e gestão (que será estudada mais detalhadamente adiante), não se coaduna com o princípio da presunção de não culpabilidade e, dessa forma, não poderia gerar responsabilidade penal, mas tão somente administrativa. O segundo argumento, por sua vez, é o de que a denominação das sanções são “sanções administrativas” e “sanções administrativas pecuniárias” e não “pena”⁵⁶.

Dessa maneira, preferimos seguir a linha de De Maglie, para quem a responsabilidade prevista no Decreto 231/2001 italiano é um *tertius genus*. Isso porque, defende a autora italiana, foi criado um regime de responsabilidade administrativo baseado em parâmetros penais, inclusive com suas garantias. Assim, o sistema do decreto ficou muito mais próximo do que é o sistema penal italiano do que é seu sistema administrativo clássico,

⁵⁴ TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. Apud SARCEDO, Leandro, nota 34, p.141.

⁵⁵ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Apud SARCEDO, Leandro, nota 34, p.141.

⁵⁶ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.142.

razão pela qual se pode dizer que se trata de um verdadeiro sistema misto⁵⁷. Aliás, não alheia à celeuma quanto ao assunto, a própria Corte de *Cassazione* italiana se pronunciou e afirmou se tratar de um hibridismo entre a responsabilidade administrativa e os princípios da esfera penal⁵⁸.

Feitos os esclarecimentos quanto à natureza dos ilícitos e de as sanções a ele cominadas, passemos a examinar o conteúdo do Decreto. Desde logo, é importante esclarecer que não é admitida a responsabilidade objetiva, de maneira que o princípio da culpabilidade⁵⁹ é plenamente observado e, assim, o critério de culpa é verificado através dos esforços empreendidos pela pessoa jurídica para prevenir e evitar o cometimento de delitos em seu seio, nomeadamente por meio da implementação de programas de *compliance*⁶⁰.

Os artigos 5, 6 e 7 do Decreto Legislativo 231/2001 trazem os conceitos mais fundamentais a respeito do tema deste trabalho. Em resumo, estabelecem os sujeitos ativos, o critério de transferência da responsabilidade e as hipóteses de isenção ou atenuação de pena para as pessoas jurídicas mediante a verificação da ocorrência de determinadas circunstâncias ligadas, diretamente, ao modelo de organização da empresa.

O artigo 5 do referido decreto traz duas hipóteses de transferência da responsabilidade pelo ato para a pessoa jurídica. Em ambos os casos, a simples leitura do ponto 5.1, reforçada pelo trazido no ponto 5.2, demonstra a exigência de que o ato tenha sido cometido no interesse da empresa ou que a ela tenha gerado vantagem, não sendo atribuível à pessoa jurídica o ato cometido no interesse exclusivo do agente ou de terceiro que não a própria pessoa jurídica. A primeira hipótese, prevista na alínea a do mesmo artigo, é a do ato cometido por pessoas que desempenhem função de representação, administração ou gestão da entidade ou de uma unidade organizacional com autonomia financeira e funcional, bem como pessoas que, na prática, exercem, de fato, a gestão e controle da mesma.

A segunda hipótese, por sua vez, presente na alínea b, se liga ao cometimento do crime por parte de uma pessoa subordinada à direção ou supervisão das pessoas descritas na alínea anterior. É interessante notar que, em relação a essa hipótese, o artigo 7, ponto 1, do referido decreto determina que só é responsável a empresa se essa infração só foi cometida

⁵⁷ DE MAGLIE, Cristina. Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.96.

⁵⁸ Cassazione Penale sez.II, 30/01/2006, n.3.615.

⁵⁹ Sobre a culpa como elemento fundamental da responsabilidade penal, Cfr. ROXIN, Claus. Culpa e Responsabilidade: Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. RPCC 4, 1991, p.503 e ss.

⁶⁰ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.144.

em razão da falha de gestão ou supervisão do referido subordinado, o que deverá ser provado pela acusação.

Em relação à primeira hipótese, isto é, ao artigo 5, ponto 1, alínea a, a disposição é diversa. Nesse caso, o legislador optou por inverter o ônus da prova, obrigando a empresa, a fim de querer se ver livre de responsabilidade, a demonstrar quatro circunstâncias, expostas pelo artigo 6, ponto 1, do Decreto. São elas: ter o órgão de administração adotado e efetivamente implementado, antes da comissão do delito, modelos organizacionais e de gestão adequados para prevenir crimes do tipo do que ocorreu; ter sido a tarefa de supervisionar o funcionamento dos modelos delegado a um corpo da empresa com poderes de iniciativa e controle autônomos; terem os agentes que cometeram o crime iludido de modo fraudulento a organização e os modelos de gestão e, por fim, não ter havido omissão ou supervisão insuficiente pelo órgão responsável pela supervisão⁶¹.

É de suma importância notar, ainda, o disposto pelo artigo 7, ponto 2 do decreto italiano. Ele dispõe que, em qualquer das duas hipóteses que geram a responsabilidade da pessoa jurídica tratada acima, o descumprimento das obrigações de gestão ou supervisão será excluído, ou seja, tido como não ocorrido, caso a instituição, antes do cometimento da infração, tenha adotado e efetivamente implantado um modelo de organização, gerenciamento e controle adequado para prevenção de crimes do gênero do que ocorreu. Isso revela a força dada ao instituto do *compliance* pela legislação italiana; afinal, a adoção de um programa efetivo exclui a possibilidade de a empresa vir a ser responsabilizada, o que demonstra a ênfase na culpa da organização⁶².

O artigo 6, ponto 2, traz as características que devem estar presentes nesses programas de integridade e serão estudados adiante, no item iv.3, destinado ao conteúdo dos *compliance programs*. Além disso, é interessante notar, conforme defende Adan Nieto Martín, que a legislação italiana possui duas características peculiares: a primeira é a de utiliza a culpabilidade da empresa de forma paralela a individual muito mais com o fim de

⁶¹ Segundo Adan Nieto Martín, essa inversão do ônus da prova revela que o modelo de organização é totalmente imprescindível para excluir a responsabilidade da pessoa jurídica se o agente for um superior e é bastante conveniente, embora não totalmente imprescindível, no caso de o agente ser um subordinado. Assim, a empresa, em sendo um funcionário subordinado o agente do crime, pode se ver livre de responsabilização ainda que não tenha um programa de integridade implantado eficazmente. Mas isso é absolutamente impossível se o agente tiver sido um funcionário de alto gabarito dentro da organização empresarial. NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.198

⁶² Sobre o assunto, FOFFANI, Luigi. Responsabilita degle enti da reato in Italia in FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium, Napoli: Jovene, 2012, p.99.

excluir ou fundamentar a responsabilidade do que para medir eventual sanção e a segunda é a de que incentiva muito mais as empresas a se preocuparem com a prevenção do cometimento do ilícito do que com a posterior colaboração com a investigação de um ilícito cometido. Isso porque essa colaboração se limita à reparação do dano causado e à implantação de um novo sistema de organização de vigilância e controle, antes da fase do júízo oral⁶³.

Sob o aspecto jurisprudencial, é interessante verificar que os tribunais reconhecem os programas de *compliance* como aptos para excluírem a responsabilidade das empresas. A primeira vez em que isso aconteceu foi no Tribunal de Milão, em 17 de novembro de 2009, com a *Sentenza Impregilo*, na qual se entendeu que a implementação efetiva de um modelo de organização, gestão e controle destinado a evitar a comissão de crimes do gênero do cometido (manipulação de mercado e falsas comunicações corporativas) havia sido realizada antes de tal cometimento e, por isso, excluiu-se a responsabilidade da empresa⁶⁴. Assim como no caso espanhol, o decreto italiano se dirige a empresas estrangeiras que operem na Itália, por força do princípio da territorialidade, conforme já reconhecido pelo Tribunal de Milão⁶⁵.

II.1.4 – O caso do Reino Unido

O Reino Unido foi palco da promulgação do primeiro instrumento jurídico na Europa que se amoldasse à ideia de um modelo de culpabilidade da empresa. Isso porque, em seguida a alguns trágicos acidentes em transportes públicos, ao fim da década de 1980, notadamente um acidente marítimo, o qual acabou por gerar a morte de quase duas centenas de pessoas, em relação ao qual os tribunais ingleses não conseguiram responsabilizar o diretor da companhia, intensificou-se a discussão acerca da responsabilidade empresarial⁶⁶.

Assim, foi estabelecida a chamada Law Commission Report n.237, responsável por discutir e implementar medidas mais eficazes contra as empresas que cometessem delitos, baseada na ideia da *organisational fault*. Essa comissão veio a propor um delito específico para as pessoas jurídicas, o tal homicídio da corporação, que, em verdade, veio entrar em

⁶³ NIETO MARTIN, Adan, nota 49, p.194-199.

⁶⁴ FOFFANI, Luigi, idem nota 62. Essa sentença, depois confirmada pela Corte d'appello de Milão, foi reformada pela Corte de *Cassazione* em 2014.

⁶⁵ Trib.Milano Uff.GIP, ord.4-27-2004, Est.Salvini.Siemens AG.

⁶⁶ NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.128.

vigor anos depois, precisamente em 6 de abril de 2008, como o *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*⁶⁷.

Em resumo, essa lei introduziu um novo crime imputável somente às pessoas jurídicas – chamado de *corporate manslaughter* na Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte e de *corporate homicide* na Escócia⁶⁸. Estabeleceu-se que a empresa é responsável por esse crime quando uma falha na direção é uma das causas da morte, sendo que a falha pode ser considerada uma atuação que não cumpre com o *standard* razoável que se pode exigir de uma empresa em circunstâncias semelhantes. Além disso, a falha é verificada quando a atividade é executada e organizada sem garantir a saúde e seguridade dos empregados, ainda que causa imediata esteja na ação ou omissão da pessoa física⁶⁹.

O fato é, portanto, que se passou a verificar um novo modelo de culpabilidade da empresa, sendo certo que o que importa para ser imputável é o chamado defeito ou falha de organização (*management failure*), rompendo com o modelo vicarial de imputação, consistente naquele que a empresa é passível de responsabilidade porque um integrante seu, sempre pessoa física, tenha cometido efetivamente o ilícito, no interesse ou vantagem daquela. Ocorre que, como bem pondera Adan Nieto Martín, esse novo modelo de culpabilidade, já nesse crime em análise, demonstra aquilo que é uma das maiores críticas contra a responsabilidade da pessoa jurídica, qual seja: a indeterminabilidade do conceito de defeito da organização, cuja definição, precisa e clara, não existe⁷⁰.

Alguns anos depois, em 1º de julho de 2011, entrou em vigor o chamado *UK Bribery Act*. Essa é uma importante alteração do sistema britânico e, em termos de *compliance*, mais um incentivo importante para sua implementação nas empresas que operam no Reino Unido. Isso porque, como se verá a seguir, a lei introduziu importantes inovações no tocante aos crimes de corrupção, cumprindo, finalmente, de forma mais satisfatória a obrigação que o país assumiu internacionalmente na Convenção da OCDE de Combate à Corrupção Internacional, a qual assinou em 17 de dezembro de 1997 e ratificou, internamente, em 14 de dezembro de 1998⁷¹.

⁶⁷ MONGILLO, Vincenzo, *New Statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 and the Bribery Act 2010*, in FIORELLA, Antonio, *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs – Vol I - Liability ‘Ex Crimine’ of Legal Entities in Member States*, Napoli: Jovene Editore, 2012, p.282.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.129.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ MONGILLO, Vincenzo, nota 67, p.305.

Em síntese, os pontos iniciais da lei trazem os quatro crimes entendidos como *bribery*, ou seja, suborno. São eles: i) corrupção ativa (corromper), ou seja, oferecer, prometer ou dar uma vantagem indevida a alguém para induzir a, recompensá-la por ou porque sabe ou acredita que isso gerará uma execução impropria de suas funções; ii) corrupção passiva (ser corrompido), ou seja, solicitar ou aceitar receber vantagem, financeira ou não, que pretenda, em consequência, gerar uma execução impropria de suas funções; iii) corrupção ativa de oficial público estrangeiro (corromper funcionário de governo estrangeiro com o objetivo de influenciá-lo em sua função, de obter ou manter negócios ou ter alguma vantagem na condução dos negócios e iv) um crime imputável às organizações, qual seja: um associado seu subornar alguma pessoa para obter ou manter negócios para tal organização ou para obter ou manter vantagem na condução desses negócios⁷².

Nos dois primeiros casos, tem-se uma natureza geral. Vale dizer: aplicam-se tanto à chamada corrupção quanto à corrupção privada, ou seja, a corrupção pode ser de oficial público ou de um particular, em relação ao qual, por algum motivo, haja interesse por parte da organização empresarial⁷³.

Em relação a essa última hipótese, na qual o legislador se dirigiu com exclusividade às pessoas jurídicas, há algo imprescindível a ser examinado tendo em vista o objeto do presente estudo. Isso porque, em verdade, a legislação britânica acrescentou a esse crime a ideia aqui comentada de falha na organização.

Primeiramente, é importante notar que o conceito de “pessoa associada” é o mais elástico possível, trata-se de um conceito aberto. Isso faz com que diversas pessoas acabem por entrar nessa classificação, como provedores, fornecedores de serviço, subcontratados, enfim, alguém que tenha alguma vinculação com a empresa e possa realizar um ato como o descrito na lei.

Ademais, e isso é o mais relevante em termos de *compliance*, a legislação britânica estipula a exceção para a responsabilização por esse último crime cometido pela organização. Ela é aplicada quando se fazem presentes os requisitos trazidos pelo artigo 7.2 do *Bribery Act*.

Tal artigo, observado com atenção pelas empresas – inclusive estrangeiras, a quem a lei se aplica tendo em vista sua atuação no Reino Unido – determina que a defesa para a

⁷² Ibidem, p.306

⁷³ Ibidem.

empresa será provar que tinha implementado procedimentos adequados para prevenir que seus associados praticassem condutas como a praticada. Em outras palavras: o que pretende a lei conceder às empresas é a chance de mostrar que, inobstante um associado ter praticado tal ato violador, isso se deu de forma isolada e determinada, não de maneira sucessiva e múltipla, por ter a empresa, antes de seu cometimento, implementado e executado procedimentos de vigilância, supervisão e controle que prevenissem o cometimento de atos do gênero⁷⁴.

Trata-se, portanto, de uma outra legislação que atribui aos programas de *compliance* a capacidade de excluir a responsabilidade, especialmente penal no Reino Unido, da pessoa jurídica. Dessa forma, parece ser possível afirmar, como faz Mongillo, que essa quarta hipótese de crime praticado pelas organizações no *Bribery Act* é, na realidade, um crime de falha dessas organizações em prevenir a corrupção por parte de seus associados, já que, se demonstrar ter adotado todos os procedimentos adequados, não será responsabilizada⁷⁵.

Ocorre, contudo, que, mais uma vez, é vaga a ideia do que seriam “procedimentos adequados”. Não por outra razão, o Governo britânico achou por bem elaborar um Guia do UK *Bribery Act* no qual pudesse, entre outras recomendações, esclarecer um pouco mais o que seriam tais procedimentos. Dessa maneira, o Guia, embora não preveja um desenho específico de um programa de *compliance* tido como adequado, adota seis princípios a partir dos quais as pessoas jurídicas podem efetivamente desenhar os seus programas, de acordo com o que se adeque melhor, também, à sua atividade⁷⁶. Tais princípios serão estudados adiante, precisamente no item IV.3, quando se discutir o que deve ser o conteúdo de um programa de *compliance*.

Fato indiscutível, assim, é que a referida legislação veio a impulsionar a elaboração de programas de *compliance* nas empresas que atuam em território britânico. Até mesmo porque, embora possam implantar e não ter o seu programa classificado como adequado futuramente, as empresas que nem sequer o possuem permitem, desde logo, uma presunção

⁷⁴ Cfr. SANTANA VEGA, Dulce M., El Delito corporativo de incumplimiento em la prevencion de sobornos (bribery act 2010) in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Recpc 17-15, 2015,p.17.

⁷⁵ MONGILLO, Vincenzo, nota 67, p.306 e ss.

⁷⁶ SANTANA VEGA, Dulce M., nota 74, p.19.

de que não houve, mesmo, a preocupação com realizar procedimentos adequados para a prevenção de delitos⁷⁷.

II.1.5 – O caso latino-americano: as experiências de Chile e Argentina

A América Latina também experimentou o fenômeno *compliance*, sendo exemplos disso o Chile e a Argentina. Embora isso tenha se dado em momentos diferentes entre eles, fato é que também no hemisfério sul a preocupação com a responsabilidade penal das pessoas jurídicas começou a ganhar cada vez mais espaço.

No caso chileno, a lei 20.393/2009 previu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para os casos de financiamento ao terrorismo, lavagem de dinheiro e corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros. Disso resultou a inclusão do *compliance* como atenuante da pena eventualmente aplicada à empresa, sendo certo que a própria lei apresenta os requisitos necessários do programa para que ele possa gerar esse efeito⁷⁸.

Nesse sentido, muito embora a implementação do *compliance* seja facultativa segundo a lei, uma vez efetivamente não implementado, poderão existir consequências negativas. Isso porque, em razão disso, poderá o juiz entender, depois, que houve o descumprimento dos deveres de direção e supervisão da pessoa jurídica, hipótese em que os fatos praticados por gestores poderão ser imputados à empresa⁷⁹. Com isso, certamente será indicado possuir um programa de *compliance* a fim de aumentar a força argumentativa de defesa no tribunal, com vistas a fazer jus à atenuante de pena. Tal atenuante deverá ser aplicada na hipótese de a empresa colaborar, reportando às autoridades os fatos ocorridos bem como na hipótese de ser verificado um sistema de medidas aptas a fazerem com que atos do gênero não sejam novamente praticados.

Para tanto, a lei chilena praticamente reproduz como essenciais os elementos relativos a um programa *compliance* trazidos pelo ordenamento italiano. Assim, grosso modo, determina que haja um encarregado pelo cumprimento, que existam meios e materiais necessários para ele, que seja implementado um sistema de controle interno relativo à

⁷⁷ Ibidem, p.18. A autora comenta que, apesar dos mecanismos trazidos pelo guia, a análise precisa dos procedimentos adequados só pode ser feita pelos tribunais tendo em vista as circunstâncias concretas do caso.

⁷⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento in ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adan, El derecho Penal Economico en la era Compliance, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.145.

⁷⁹ Ibidem, p.146. Como defende Leandro Sarcedo, é exigido pela legislação chilena que o fato criminoso tenha se dado em razão de um defeito de organização. Cfr. SARCEDO, Leandro, nota 34, p.153.

identificação de riscos, procedimentos específicos de controle e sanções administrativas internas bem como que seja criado um método de verificação e monitoramento do programa, para detectar e corrigir suas eventuais falhas.

É de se notar, ainda, algo interessante previsto pela legislação chilena: a possibilidade de certificação do programa, algo que, a nosso sentir, deveria se espalhar pelos demais ordenamentos. Assim, entidades registradas perante a Superintendência de Valores e Seguros e de acordo com a Norma de Caráter Geral número 302/2011 desta instituição, poderão emitir certificados de “qualidade” dos programas implementados pela empresa. Assim, empresas de auditoria, sociedades classificadoras de risco e afins podem acabar auxiliando a pessoa jurídica em questão a possuir, de fato, um *compliance* efetivo.

A Argentina, por sua vez, também se deu conta de que a implementação de um programa de *compliance* sólido nas empresas é imprescindível para que elas possam concorrer adequadamente no mercado global⁸⁰. Nesse contexto, surge a Ley 27401, publicada em 2017 e que entrou em vigor neste ano de 2018. Com efeito, a lei criou um regime de responsabilidade penal aplicável às pessoas jurídicas privadas, sejam de capital nacional ou estrangeiro, com ou sem participação estatal. A recentíssima lei optou por definir os crimes que podem ser cometidos por essas pessoas, quais sejam: corrupção e tráfico de influência nacional e transnacional; negociações incompatíveis com o exercício de funções públicas; concussão; enriquecimento ilícito de funcionários e empregados bem como balanços e relatórios falsos para encobrir o cometimento de crimes.

É interessante verificar, como se depreende de seu artigo 2º, que a referida lei atribui responsabilidade à empresa sempre que um fato for realizado em benefício dela, mesmo que por parte de um terceiro sem atribuições para representa-la, se esta ratificar esse “agir” do terceiro. Com isso, só não terá responsabilidade caso a pessoa física que tenha praticado o delito o tenha feito em exclusivo benefício para si, sem gerar qualquer proveito para a empresa.

Dessa forma, o ordenamento jurídico argentino passou a prever as sanções, no artigo 7 de tal lei, a serem aplicadas para as pessoas jurídicas em caso de serem praticados tais delitos. São elas: multa de dois a cinco vezes o valor do benefício indevido obtido ou que pudesse ter sido obtido; a suspensão total ou parcial de atividades, que não poderá ser

⁸⁰ LEHTMAN, Jeffrey A.; MASSEY, David B., La Revolución de Compliance en Argentina, disponível em <https://www.rkollp.com/newsroom-publications-426.html>. Acesso realizado em 04 de julho de 2018.

superior a dez anos; a suspensão de participação em concurso ou licitações estatais de obras ou serviços públicos ou em qualquer outra atividade; a dissolução e liquidação da pessoa jurídica quando tiver sido criada apenas para a comissão de delitos ou caso esta seja sua principal atividade; a perda ou suspensão dos benefícios estatais que eventualmente tenha e, por fim, a publicação da sentença de condenação às expensas da empresa condenada.

É exatamente nesse enredo que surge o *compliance*. Isso porque, em seu artigo 9º, a lei argentina previu que será isenta de pena e de responsabilidade administrativa a empresa que espontaneamente tenha denunciado o delito como consequência de uma atividade própria de investigação interna, tenha implementado um sistema de controle e supervisão adequado antes do processo, cuja violação tenha exigido um esforço por parte dos autores do delito e, ainda, tenha devolvido o benefício obtido indevidamente.

Com efeito, os artigos 22 e 23 dessa importante lei traz os elementos necessários para um programa de *compliance* ser valorado como efetivo perante a justiça argentina. Dessa maneira, primeiramente estabelece que o programa a ser implementado deve guardar relação direta com os riscos próprios da atividade da empresa, bem como sua dimensão e capacidade econômica⁸¹. Além disso, estabelece os elementos que devem constar em um programa de *compliance*, os quais serão estudados detalhadamente adiante.

II.2 – A ideia da autorregulação como estratégica político-criminal no Direito Penal Econômico da “sociedade de risco”

Embora o escopo do trabalho não seja exatamente este, razão pela qual não será possível exaurir o assunto, é imprescindível, antes de abordar a estratégia de autorregulação, que se trate um pouco a respeito das bases do direito penal econômico, já que, segundo a análise que faremos, é neste contexto temático que se insere nosso objeto de estudo. Como se sabe, as divergências e discussões em relação a esse ramo são infundáveis, a começar pela sua própria autonomia enquanto ciência. Enquanto, para alguns, trata-se de uma área que é

⁸¹ LEHTMAN, Jeffrey A.; MASSEY, David B.; ORÍA, Jorge Ignacio; COLOMBRES, Gervasio; SARAVIA, Francisco. Argentina: Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresaria. Disponível em: <https://www.rkollp.com/assets/htmldocuments/11.17%20Argentina%20Nueva%20Ley%20de%20Responsabilidad%20Penal%20Empresaria%20-%20RKRdO%20and%20OCSA.pdf>. Acesso realizado em 04 de julho de 2018.

autônoma em relação ao direito penal, constituindo-se como uma outra ciência⁸², para outros se trata de um ramo submetido ao direito penal, informado pelos princípios deste último⁸³.

A rigor, o próprio conceito de direito penal econômico é variado, dependendo da perspectiva que se siga para estudá-lo. Dessa maneira, a seguir expomos as principais abordagens pelas quais é possível encarar o assunto.

Atento a essa questão, Klaus Tiedemann propôs quatro perspectivas para conceituar o direito penal econômico⁸⁴. A primeira, ligada a um aspecto processual, traz ideia de que os delitos econômicos são infrações patrimoniais que apresentam elevada complexidade probatória. Assim, os recursos materiais e de pessoal seriam os relevantes para o enfrentamento dessa criminalidade. A segunda perspectiva, por sua vez, é eminentemente criminológica. Segundo Tiedemann, são as abordagens que se preocupam com as qualidades do autor do crime (como Sutherland, em sua teoria sobre o crime de colarinho branco, ao propor o status social e alta respeitabilidade do indivíduo no exercício de sua profissão como parte da natureza do crime)⁸⁵ bem como com as consequências geradas por esse tipo de criminalidade e, até mesmo, a confiança institucionalizada das operações econômicas.

A terceira perspectiva apresentada pelo autor alemão se liga ao aspecto dogmático. Nesse sentido, o direito penal econômico estaria ligado ao bem jurídico a que visa tutelar, de natureza supra individual. Assim, a coletividade é que seria lesada com o cometimento deste tipo de delito. A questão que se põe, contudo, é que nem sempre que se viola um bem jurídico supra individual se está diante de um delito econômico. Por fim, a quarta

⁸² Por todos, COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra, 2003, p.15 e ss.

⁸³ Por todos, SILVEIRA, Renato Jorge de Mello, *Direito Penal Económico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: RT, 2006, p.177 e ss.

⁸⁴ Nisso e no que se segue sobre as abordagens do autor, TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico: Introducción y parte general*, Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2010, p.55-59.

⁸⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality in White-Collar Crime Classic and Contemporary Views*. 1995, p.29.

⁸⁶ Interessante notar a crítica de Eduardo Correia em relação ao assunto, ao defender que nem sempre as condutas desviadas dos “homens de colarinho branco” são crimes, enquanto algumas vezes as condutas desviantes dos “homens de colarinho azul” (pessoas cujo status social é menor do que os de colarinho branco) o são. Além disso, o autor defende que o direito penal não pode ser de agentes, mas dos bens jurídicos. CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Económico in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, volume I*. Coimbra, 1998, p.309-310. Outra crítica também relevante é a de Manheinn, que considera demasiado vaga a ideia de elevado status social, o que pode tornar a definição inútil. MANHEINN, Hermann. *Criminologia Comparada*. Tradução José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, 1985, p728.

perspectiva, que complementa a anterior, se prende à ideia de que os instrumentos utilizados nas atividades comerciais constituem certa proteção para a realização do delito.

De maneira bastante similar, Figueiredo Dias e Costa Andrade comentam que o conceito do direito penal econômico tem sido perseguido por três vieses: o que se liga à dogmática jurídico-penal, o que se liga à criminologia e o que se liga a uma perspectiva criminalística, embora apresentem também aquele que denominam por eclético⁸⁷.

O viés criminológico, que foi utilizado nas primeiras tentativas de conceituação do direito penal econômico e ainda hoje utilizado, guarda semelhança com o que expõe Tiedemann. Basicamente, os autores se centram na figura do agente, seguindo a conceituação exposta por Sutherland⁸⁸. Assim, o crime econômico estaria ligado a quem o comete, geralmente de alto extrato social, com determinada profissão ou praticado no domínio da empresa. O mesmo ocorre em relação à abordagem criminalística, a qual se relaciona à necessidade de, no direito penal econômico, os delitos serem alvo de processos especiais, cujos investigadores e julgadores tenham conhecimento específico quanto à realidade econômica em razão da complexidade desses delitos.

Os autores ainda apresentam a perspectiva eclética, que caracteriza o delito econômico como uma violação da confiança necessária para as relações econômicas, constituindo-se tal confiança como o bem jurídico protegido. Há, ainda, a posição intermediária, que, para definir o delito econômico, acrescentam à violação da confiança a lesão de um bem jurídico que denominam ordem econômica.

Ocorre que os dois autores portugueses entendem que, embora compreendam a importância dos três critérios apresentados, é mais útil buscar uma definição na perspectiva jurídica. Dessa maneira, trazem a definição de Bauman que considera o Direito Penal econômico como a punição integrante do Direito Econômico, sendo este o conjunto de “normas que regulam a vida e as atividades econômicas e dos preceitos que de alguma forma se relacionam com a produção e distribuição dos bens econômicos”⁸⁹. Entretanto, Figueiredo

⁸⁷ Sobre as abordagens que fazem, Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional IN *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – volume 1*, 1998, p.332-336.

⁸⁸ Anabela Miranda Rodrigues explica que é no plano criminológico que se encontram as maiores zonas de consenso quanto aos crimes econômicos, tendo como elemento comum o agente com qualificação e status. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?* In *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* n.26, 2016, p.46-47.

⁸⁹ BAUMANN, apud DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional IN Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – volume 1*, 1998, p.335.

Dias e Costa Andrade chamam atenção para o fato de que, além de o conceito não trazer a devida autonomia que pensam deve possuir o Direito Penal, essa amplitude remete para um conceito “incerto, vago e polivalente”⁹⁰, que é o de Direito Económico.

Por essa razão, os autores defendem que, para que tal remissão ao Direito Económico fosse possível, este teria que se definir de forma precisa e de acordo com os valores fundamentais da coletividade. Assim, apresentam a definição que este último possui na doutrina alemã, na qual se o considera o ramo do direito relativo à intervenção do Estado na Economia, tanto em relação à sua direção quanto em relação à sua promoção. Nesse caso, ao Direito Penal económico estariam relacionadas as normas incriminadoras relativas a tal intervenção, como, apenas a título de exemplo, os investimentos estatais e a luta contra cartéis. Para eles, embora essa saída não solucione integralmente os problemas acerca da conceituação e da utilização do Direito Penal Económico, ao menos identificaria um núcleo fundamental deste último⁹¹.

Também se observam, por outro ângulo, conceitos mais amplos de direito penal económico. É o caso de Muñoz Conde, que entende que o ramo abarca todos os delitos que tenham relação com o mundo económico⁹².

Embora não haja uma conceituação precisa, parece que, independente da perspectiva que se siga, vislumbram-se algumas semelhanças no que diz respeito a um certo grau de sofisticação do cometimento do delito e, também, do contexto em que ele se dá, normalmente ligado a uma atividade empresarial e/ou económica. É nesse cenário que tem se desenvolvido o *compliance*.

Um tema geralmente conexo à discussão do *compliance* é o da autorregulação. Na realidade, a ligação entre eles, embora nos pareça evidente, não é exatamente pacífica para a doutrina e, por isso mesmo, vale a pena tecer algumas palavras a respeito.

Antes de mais nada, é importante se ter em mente que, por autorregulação, deve se entender a autoimposição de determinados padrões de comportamento pelas organizações⁹³.

⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática geral das infracções contra a economia nacional *in* Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – volume 1, 1998, p.335.

⁹¹ *Ibidem*, p.337

⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n.11, 1995, p.9.

⁹³ NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.35-37.

Ocorre que existem vários tipos de autorregulação, geralmente divididos em três grupos, os quais são detalhados a seguir.

O primeiro tipo de autorregulação é a chamada autorregulação voluntária ou autorregulação pura, na qual o sujeito (a organização, neste caso) se submete a regras determinadas por ele mesmo, sem que haja intervenção pública qualquer. Normas internas de empresas que não possuam conexão com a legislação colocada pelo Estado, por exemplo, podem ser encaixadas neste tipo⁹⁴.

O segundo tipo de autorregulação é a denominada autorregulação estimulada, autorregulação coacionada ou meta-regulação. Nesse caso, o Estado estimula o sujeito privado a se autorregular seja através de recompensas (estímulo positivo) seja através de sanções (estímulo negativo). É importante dizer que o Estado não cria especificamente as normas de comportamento, mas objetiva despertar a vontade do ente privado de fazê-lo⁹⁵.

O terceiro tipo de autorregulação é a dita autorregulação regulada ou correção. Nessa modalidade, o Estado estabelece um marco geral, isto é, estabelece normas gerais de como devem se comportar as organizações. Em outras palavras: o sujeito privado regula a si em sua atuação, mas de acordo com os fins e interesses públicos determinados previamente pelo Estado⁹⁶. Em verdade, o que se tem é uma inteiração das estruturas de autorregulação do ente privado com o normatizado pelo poder público⁹⁷. Ou, como explica o alemão Ulrich Sieber, tem-se uma forma intermediária, que se caracteriza por emprestar uma certa discricionariedade ao ente privado para concretizar seu programa e pelas fórmulas que utiliza para estimular sua implementação⁹⁸.

⁹⁴COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Editora Atelier, 2013, p.54 e ss.

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶Ibidem. O autor Ivo Coca Vila divide, ainda, essa autorregulação regulada em três subtipos, quais sejam: a autorregulação delegada, a autorregulação transferida e a correção pura. No primeiro caso, o Estado delegaria casuisticamente a faculdade de regulação para o ente privado mas conservaria seu poder de revisar, supervisionar ou sancionar, ou, ao contrário, o Estado regularia mas delegaria para o ente privado a capacidade de revisar, supervisionar e sancionar. No segundo caso, o Estado transferiria as funções de regulação, supervisão e sanção, mas conservaria a função de revisar o que foi normatizado e de como se levaria a cabo o cumprimento. No terceiro caso, o Estado elaboraria, em conjunto com o ente privado, cada detalhe do seu sistema de regulação, envolvendo os dois e ainda terceiros interessados, desde o início, na criação do sistema de regulação do ente privado.

⁹⁷ SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.69.

⁹⁸ SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidade econômica. In ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, ADAN NIETO. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2013, p.63 e ss. Da mesma forma, Artur Gueiros. Cfr. SOUZA, Artur de Brito Gueiros, Atribuição de responsabilidade na criminalidade

Na realidade, há uma ideia de fundo presente na questão que é a de que o Estado, por si só, através da sua justiça penal, não vem conseguindo controlar a criminalidade empresarial, ou seja, não vem conseguindo cumprir sua tarefa. Por isso, busca que o próprio ente privado regule e controle a si mesmo.

Essa ideia já houvera sido levantada por parte da doutrina penal alemã desde o fim dos anos setenta, que defendia a autorregulação na própria empresa como uma estratégia de política criminal⁹⁹ e, também, pelo próprio Conselho da Europa, que, em 1988, por meio do seu Comitê de Ministros, recomendou a isenção de responsabilidade penal da empresa quando ela não estivesse diretamente implicada no delito cometido e tivesse tomado as providências devidas para impedir que ele ocorresse¹⁰⁰. Basicamente, percebeu o mundo empresarial que melhor seria se antecipar à punição estatal orientando sua atuação com valores éticos e sob procedimentos internos especiais destinados a impedir o cometimento de crimes no âmbito da empresa¹⁰¹.

Como bem expõem Renato Melo Jorge e Silveira e Eduardo Saad-Diniz, há muito tempo o Direito Administrativo tem reconhecido a autorregulação como ferramenta de um novo estágio de relação entre o Estado e a sociedade. Tendo como base as premissas de um direito preventivo, dizem os autores, faz sentido que o Estado conceda determinados poderes aos entes privados para que eles possam auxiliar a prevenção de crimes, sobretudo quando o Estado demonstra sua evidente incapacidade para tanto. No caso da criminalidade econômica, então, isso é ainda mais claro, já que há uma dificuldade latente de determinar

empresarial : das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*, Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014, p.116 e ss.

⁹⁹ BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La Intervención Delictiva del compliance officer. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.171. Os autores citam Schünemann como um defensor da ideia de que, em razão de ser a utilização exclusiva do direito penal ineficaz, uma boa estratégia de prevenção, no âmbito da criminalidade empresarial, seria a chamada autorregulação. Além disso, Lothar Kulen também defende que o fenômeno não é algo completamente novo, tendo em vista as tarefas de normatização a entes privados ou semi-estatais na Alemanha, como o Instituto Alemão para o Ditado de Normas, que define a segurança dos produtos. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.70.

¹⁰⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho Español. In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 30 e 31.

¹⁰¹ SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, ADAN NIETO. *El derecho penal económico em la era de la compliance*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2013, p.63

as condutas individualizadas e os autores dos delitos¹⁰². Assim, defende Lothar Kuhlen, o Estado pretende, através do *compliance*, influir nas empresas estimulando que se comportem da maneira desejada¹⁰³.

A questão que se coloca, contudo, é a capacidade de haver autorregulação na esfera penal e, ainda, a discussão de até que ponto efetivamente um programa de *compliance* pode ser compreendido como autorregulação. A esse respeito, é interessante notar a existência de posições diferentes na doutrina estrangeira.

O espanhol Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno entende, ao contrário da maior parte da doutrina espanhola e alemã, que a autorregulação acrescenta muito pouco ao *compliance* – ao mesmo o criminal *compliance*. Isso porque a autorregulação, defende o autor, para ser algo efetivamente novo, teria que ir além da auto-organização, mas prever como consequência efeitos jurídicos peculiares da tal auto-organização. Apesar disso, entende que no caso da responsabilidade penal há, sim, uma espécie de autorregulação regulada quando a empresa se organiza através de um programa de *compliance*¹⁰⁴.

Por sua vez, o autor Ivo Coca Vila, também ao contrário da imensa maioria doutrinária, como ele mesmo reconhece, entende que o *compliance* exclui, necessariamente, a ideia de autorregulação. Isso porque, ao implementar um programa que visa minorar os riscos do cometimento de delitos de maneira preventiva, a empresa está assumindo que não possui nenhum poder de normatizar o dever jurídico. Em outras palavras: o que a empresa está fazendo é tão somente se organizando de acordo com o que o Estado definiu, com o que está dado¹⁰⁵.

Já Adan Nieto Martín, em consonância com a maior parte da doutrina, explica que no decorrer da evolução histórica do *compliance* se verifica que ele pode ser encaixado como uma hipótese de autorregulação, a rigor, diz o autor, como qualquer uma delas. Para ele, as normas do *compliance* destinado a evitar a responsabilização penal da empresa são, claramente, hipóteses de autorregulação estimulada, bem como, em determinadas ocasiões, uma autorregulação regulada, já que, em alguns ordenamentos, o Estado estabeleceu uma

¹⁰² SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.95 e ss. A respeito do risco existente na criminalidade econômica, o autor espanhol Silva Sanchez traz a ideia de que a liberdade da empresa é perigosa porque potencialmente favorecedora do cometimento de delitos por parte de seus integrantes, pela orientação ao lucro, complexidade técnica e humano e outras dinâmicas de grupo que geram desvios de cognição e vontade. SILVA SANCHEZ, Jesus Maria, nota 45, p.687.

¹⁰³ KULEN, Lothar, nota 99, p.68-69.

¹⁰⁴ URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz, nota 35, p.266-ss.

¹⁰⁵ idem nota 94.

série de parâmetros e princípios os quais as empresas deveriam ter em mente na elaboração de seu programa de cumprimento, como os anteriormente retratados sistemas britânico (Guia do *Bribery Act*), italiano (art.6º, ponto 2, do Decreto 231/2011) e americano (Sentencing Guidelines)¹⁰⁶.

Em relação a essa discussão, Anabela Miranda Rodrigues classifica o *compliance* como um elemento essencial do capitalismo regulatório. Assim, entende aquele como um produto misto, isto é, público e privado, na medida em que as normas são fruto da tipificação realizada obrigatoriamente pelo Estado, mas também impregnadas de standards do comportamento que se objetiva que a empresa tenha, muitas vezes a chamada *soft law*¹⁰⁷ originada pelos mais diversos organismos internacionais. Isso, completa a autora, é a base a partir da qual o ente privado vai criar o seu próprio programa de cumprimento¹⁰⁸.

Dessa maneira, parece-nos possível afirmar que o ente privado busca se adequar às normas estabelecidas pelo Estado através de uma obrigação ou um estímulo deste para que o faça. Assim, elabora seu próprio programa de *compliance*, a fim de evitar o cometimento de ilícitos, o que, para o próprio Estado, também é bastante útil, já que conta com um controle da própria empresa, internamente, para que suas leis sejam obedecidas.

Isso tudo ganha ainda maior importância porque vivemos em uma “sociedade de risco”¹⁰⁹. A rigor, para além de todas as questões eminentemente sociológicas colocadas, o que nos interessa aqui é o fato de toda atividade no mundo moderno ser arriscada, por assim dizer. E, com isso, uma mudança surge nas atividades produtivas relativas à análise dos riscos envolvidas, que, nessa conjuntura, passam a ter muito mais importância do que no passado¹¹⁰, de maneira a que passam a influir o próprio processo decisório negocial.

Ocorre que, em razão disso, é natural que passe a existir um “controle mais efetivo das atividades arriscadas”¹¹¹. Disso resulta, uma vez mais, um ambiente extremamente

¹⁰⁶ NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.35-37.

¹⁰⁷ Um exemplo disso são as várias recomendações da OCDE sobre o assunto, como, por exemplo, o *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*, de 2010. Cfr. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.121.

¹⁰⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, nota 88, p.48-50.

¹⁰⁹ O expoente dessa teoria é o sociólogo Ulrich Beck, que, em seu livro *La sociedad del riesgo*, publicado originalmente em 1986 na Alemanha, em síntese, nos avisou vivermos todos, sempre, em risco no que denominou de modernidade tardia, caracterizada pela incerteza.

¹¹⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, Buenos Aires: Editora Paidós, 1998, p.19 e ss.

¹¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.34. O mesmo se pode concluir das afirmações de Garland, quanto às pessoas se tornarem mais expostas e preocupadas com a criminalidade, buscando formas de evita-la. GARLAND, David W. *The culture of control*, *passim*.

propício para medidas de prevenção ao ilícito como se caracteriza o *compliance*¹¹², razão por que ele tem se expandido tanto na sociedade atual.

II.3 – O momento atual e sua relevância

Não parece ser ousado demais dizer que o *compliance* nunca esteve tão em voga como atualmente. Na realidade, há diversas razões para isso, sobretudo advindas do mundo econômico, que acabaram por popularizar mais o instituto.

Em que pese, como já retratado anteriormente, o *compliance* ser um fenômeno que vem se desenvolvendo há décadas, sobretudo nos Estados Unidos, ele só está sendo mais estudado na Europa continental e no território sul-americano há alguns poucos anos. Como dito, isso se deve, sobretudo, a alguns eventos político-econômicos recentes.

Na realidade, a sociedade contemporânea convive, já há algum tempo, com a emergência de um complexo fenômeno de globalização e o desenvolvimento de variadas tecnologias. Com isso, o chamado mundo empresarial vem se tornando cada vez mais multiforme, com fusões, aquisições e incorporações de pequenas, médias e grandes empresas, além de experimentar uma extensão nas atividades econômicas desempenhadas por elas¹¹³.

Ocorre que, nesse contexto, a experiência recente tem demonstrado também a eclosão de diversos escândalos envolvendo práticas criminosas em empresas¹¹⁴. Na maioria dos casos, o que está em questão são atos de má gestão por parte de seus próprios dirigentes, o que acaba por atingir a credibilidade e a liberação das empresas, não só as fazendo serem sancionadas gravemente pelos sistemas judiciários como, também, terem suas reputações maculadas. É o caso, por exemplo, de empresas como a Parmalat, Arthur Andersen, Lehman-Brothers, Siemens e Enron, fatos que acabam por demonstrar a pouca efetividade das

¹¹² Não exatamente escrevendo sobre *compliance*, mas sobre o princípio da precaução em uma sociedade de risco, Cfr. SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal – Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.80 e ss.

¹¹³ Em relação à globalização como contexto do surgimento da criminalidade organizada, cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade Organizada – que política criminal? In CORREIA, EDUARDO. Et al. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários* – Vol.3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.184.

¹¹⁴ Apontando como causas da eclosão do fenômeno do *compliance* os escândalos Word-Com, Parmalat, Enron, Merck & Company, Riggs Bank e Siemens AG, Cfr. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: *compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales* In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013., p.221.

legislações penais para prevenir a ocorrência desses crimes¹¹⁵. Fossem casos de fraudes contábeis, fossem casos de corrupção, até mesmo estrangeiros, o fato é que grandes empresas foram descobertas praticando uma série de crimes graves.

Outro acontecimento recente e importante é, indubitavelmente, a crise financeira de 2008¹¹⁶. Como bem explica Anabela Miranda Rodrigues, a crise – em síntese – se originou a partir da bolha imobiliária norte-americana, que desencadeou operações especulativas consistentes na compra de valores fixados em hipotecas subavaliadas. Assim, prestamistas passaram a emprestar dinheiro a quem não poderia, em tese, ter um crédito hipotecário para comprar uma casa, atividade a que se deu o nome de *subprime* e, depois, com a elevação exponencial das taxas deste, aqueles que pegaram o empréstimo não puderam pagar suas dívidas. Com isso, instaurou-se um clima de desespero e, diante da negativa dos bancos de emprestarem mais dinheiro, a crise de crédito surgiu e a perda das instituições financeiras foi de muitos milhões de dólares¹¹⁷.

Essa crise fez com que houvesse, por parte do próprio mercado, um pedido de mais regulação estatal no âmbito econômico. Isso, sem dúvida, contribuiu para um certo “estado de regulação”, que acabou por se ver nas próprias empresas privadas estimulado pelo Estado¹¹⁸.

No Brasil, especificamente, episódios recentes como os casos Mensalão e Lava-Jato têm também impulsionado o desenvolvimento de áreas de *compliance* criminal nas grandes empresas. Isso porque, grosso modo, ambos os casos revelaram esquemas de corrupção no seio das grandes fornecedoras de serviço para o Estado, tais como as maiores empreiteiras em operação no país. Assim, buscando se adequar às normas legais e, sobretudo, reconstruir sua imagem sob a cobertura de cuidados éticos, tais empresas começaram a implantar programas de *compliance* na sua atividade.

¹¹⁵ Sobre os casos citados e sua relação com a pouca efetividade da legislação penal, cfr. SOUSA, Susana Aires de. *Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial*. Revista Systemas, Vol.2, número 1, 2010, p.3; BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La Intervención Delictiva del compliance officer. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.171 e KUHLEN, LOTHAR, nota 99, p.52 e ss.

¹¹⁶ Cfr. FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.103,v.21,2013, p.145 e ss.

¹¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, nota 88, p.37-40.

¹¹⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda, nota 88, p.48 e ss.

Por fim, como explana Débora Motta Cardoso, a imprescindibilidade de maior confiança e transparência na realização dos negócios, sobretudo os feitos à distância, em razão dos avanços tecnológicos e da própria globalização, geraram uma demanda cada vez maior pelo chamado *compliance*¹¹⁹¹²⁰.

III. A responsabilidade penal da pessoa coletiva

III.1 – Breve excerto sobre o direito penal e o direito administrativo sancionador

Em verdade, a responsabilidade da pessoa jurídica é um tema sobre o qual diversos autores já se debruçaram e em relação ao qual diversos instrumentos internacionais já dispuseram. Isso porque, gradativamente, começou-se a perceber que era necessário, de alguma maneira, sancionar os atos da própria corporação. A esse respeito, em alguma medida, tecemos alguns comentários no item I deste trabalho, quando abordamos a própria evolução histórica comparada do instituto do *compliance*.

De qualquer forma, tais instrumentos jurídicos internacionais, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE e a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, chamada Convenção de Mérida, mencionavam a imprescindibilidade da sanção às corporações, sem, no entanto, definir a sua natureza, isto é, se civil, administrativa ou penal. Mas, independentemente disso, o fato é que tal responsabilidade provavelmente seria impregnada de conceitos penais, ou, ao menos, das garantias tipicamente penais¹²¹.

Como vimos, enquanto nos países pertencentes ao sistema da *common law*, como Estados Unidos da América e Inglaterra, foi, desde cedo, mais fácil a aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica; nos Estados filiados ao sistema do *civil law*, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi, em geral, rechaçada, nomeadamente pela falta

¹¹⁹ CARDOSO, Débora Motta, nota 6. p. 15. Especificamente sobre a relação entre o princípio da confiança e a implementação de um programa de *compliance*, Cfr. GUARAGNI, Fabio Andre, Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades, in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.), Compliance e Direito Penal, São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2015. , p.86 e ss.

¹²⁰ Para Fabio Augusto Tamborlin e Vinicius Cruz Santana, o fato se liga à democratização da gestão de riscos a segmentos particulares numa sociedade de risco, embora pontuem certa preocupação com a “privatização” desse risco. Cfr. TAMBORLIN, Fabio Augusto; SANTANA, Vinicius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos, in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.), Compliance e Direito Penal, São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2015, p.15.

¹²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.80.

de capacidade da pessoa jurídica de praticar uma ação, uma conduta – algo imprescindível para a responsabilização penal¹²².

Como anteriormente comentado, quando da análise comparada da evolução do instituto do *compliance*, verifica-se uma discussão sobre a real necessidade da responsabilização da pessoa jurídica se dar por meio do direito penal, já que pode se dar, também, por meio do direito administrativo sancionador¹²³.

Podem-se apontar três possíveis linhas de distinção entre o ilícito penal e administrativos, as quais se constituem em teorias a serem seguidas¹²⁴. Nesse sentido, a tese qualitativa estaria ligada a uma diferença entre esses dois tipos de ilícitos ligado à ontologia, razão pela qual os crimes seriam eticamente reprováveis, ao contrário do ilícito administrativo, sem valor ético. À primeira tese opor-se-ia a segunda, quantitativa, para quem a diferença está no princípio da proporcionalidade e escolha de política criminal feita pelo legislador, uma vez que ambos estariam ligados à proteção de bens jurídicos e estabeleceriam padrões de conduta. Por fim, a teoria mista apresenta dois extremos, nos quais estão presentes os chamados núcleos duros do direito penal (bens jurídicos individuais) e do direito administrativo sancionador (bens jurídicos supraindividuais), sendo que, entre eles, existiriam todas as outras infrações, em escalas diversas de gravidade, sendo que sua classificação como ilícito administrativo ou penal já seria feito, neste caso, por escolha do legislador e não segundo critérios ontológicos, como os tais extremos.

A rigor, como bem salienta Leandro Sarcedo, na prática não se vislumbram grandes diferenças entre a aplicação do direito penal e o direito administrativo sancionador¹²⁵. Ocorre, contudo, que o direito penal – como relembra Helena Regina Lobo da Costa, trazida pelo próprio autor – gera maior estigmatização para o acusado¹²⁶. Dessa maneira, optamos por seguir o princípio da *ultima ratio*, na medida em que entendemos que o direito administrativo sancionador seria plenamente capaz de resolver os ilícitos cometidos por

¹²² *Ibidem*, p.81 e ss.

¹²³ São diversos os autores, como já exposto, que entendem que as obrigações internacionais de combate às ilegalidades de empresas poderiam ser cumpridas por meio do direito administrativo sancionador. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho Español. In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.18; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de., nota 35, p.276; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.81 e ss.

¹²⁴ Sobre essa distinção, Cfr. TOSI, Gabriel S. A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, p.218-220.

¹²⁵ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.78 e ss.

¹²⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Apud SARCEDO, Leandro, nota 34, p.82. A autora também defende que, por outro lado, o direito penal traz garantias maiores do que o direito administrativo.

corporações, mesmo porque as afeta no que diz respeito à parte financeira como no que diz respeito a possíveis restrições sobre a manutenção de suas atividades, embora devam ter totalmente respeitadas suas garantias processuais, tal qual fosse um processo penal¹²⁷.

Contudo, uma questão interessante que se põe é o fato de que, no direito administrativo sancionador, é possível que haja o estabelecimento de uma responsabilidade objetiva. É dizer: a nós parece que não há vedação, ao menos na Constituição Brasileira, para que a responsabilidade administrativa possa ser aferida inclusive de modo objetivo, o que é totalmente vedado para a responsabilidade penal¹²⁸. Isso, portanto, pode se revelar um verdadeiro pesadelo para as pessoas jurídicas, as quais, uma vez implicadas com um funcionário acusado do cometimento de determinado crime, podem vir a ser responsabilizadas de forma administrativa sem qualquer responsabilidade efetiva, isto é, sem intenção tampouco sem violar qualquer dever de cuidado.

Por sua vez, Sergio Salomão Schecaira aponta, sinteticamente, quatro críticas relevantes à responsabilização penal da pessoa jurídica, com as quais concordamos, algumas das quais já indicadas anteriormente. São elas: i) a impossibilidade de se atribuir culpa à pessoa jurídica uma vez que elas não possuem inteligência e vontade; ii) a impossibilidade da sanção tradicional do direito penal, que é a privativa de liberdade; iii) diante dessa impossibilidade a chance de acabar por vir a ser sancionada uma pessoa física sem relação com o ato praticado e iv) a impossibilidade de arrependimento da pessoa jurídica, ainda de acordo com a ideia de que não possui vontade, razão pela qual a pena, em si, não teria caráter preventivo¹²⁹. Parece-nos, ainda, que a aplicação de uma pena pressupõe a culpabilidade do apenado, na medida em que deve ser personalissimamente reprovável, o que parece distante de uma pessoa jurídica, a qual aparenta não ter, efetivamente, uma capacidade própria para se comportar de acordo com o dela esperado pela sociedade, mas sempre através de pessoas físicas que a compõem¹³⁰.

¹²⁷ Essa não é a posição de Leandro Sarcedo, que entende que o poder comunicativo ou simbólico do direito penal é mais indicado para resolver os ilícitos das pessoas jurídicas. SARCEDO, Leandro, nota 34, p.85-94.

¹²⁸ Nas palavras de Edis Milaré, e Paulo José da Costa Jr., essa possibilidade foi efetivamente banida dos sistemas penais contemporâneos. COSTA JUNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. *Direito Penal Ambiental: comentários à Lei 9.605/98*, Campinas: Millenium, 2002, p.7.

¹²⁹ SHECAIRA, Sergio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, p. 52 e ss.

¹³⁰ Assim, GLEIZER, Orlandino. *Culpabilidade e Pessoa Jurídica* in LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, *Direito Penal Econômico Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido p.403-405.

Fato é que, tradicionalmente, a doutrina penal dos países da família romano-germânica rechaçou a ideia da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, expresso pelo princípio *societas delinquere non potest*. A ideia central trata de afastar a possibilidade de responsabilidade coletiva¹³¹, tida como praticamente impossível de ser aferida e muito propensa a injustiças e perseguições. O que se observa, no entanto, é que, há pouco tempo (em termos de historicidade), os Estados vêm começando a flexibilizar essa regra, notando que as corporações passaram a ser protagonistas de todo o sistema econômico mundial. Assim, somente a título de exemplo, a Espanha passou a reconhecer a possibilidade da responsabilização penal em 2010; Portugal expandiu as possibilidades da admissão de tal responsabilização em 2007 e o Chile passou a prever essa possibilidade em 2009. Parece possível prever que, em breve, esse tema será largamente discutido no Brasil, onde a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é admitida, embora as mesmas estejam no centro dos maiores escândalos criminosos recentemente ocorridos no país.

III.2 – A culpabilidade corporativa: os modelos de autorresponsabilidade, heterorresponsabilidade e misto

A principal questão que se põe em relação à responsabilização penal das pessoas jurídicas é de que maneira se pode verificar a sua culpabilidade. Ou seja: até que ponto é possível aferir que a pessoa jurídica é efetivamente responsável pela prática de determinado ato se ela, em tese, não possui vontade psicológica^{132133?}

Na realidade, os ordenamentos jurídicos que já preveem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas o fazem de maneiras muito diversas, mas podem ser divididos, em sua essência, em dois modelos. São eles o modelo de heterorresponsabilidade (também chamado de responsabilidade indireta ou por substituição ou vicarial ou por transferência ou por

¹³¹ SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes, p.113-114.

¹³² Germano Marques da Silva explica – seguindo a teoria da realidade jurídica – que se trata, na realidade, de uma vontade funcional, ou seja, própria, complexa e peculiar, diferente da que possuem os seus próprios integrantes. Ibidem, p.133.

¹³³ Nas palavras de Nilo Batista, a culpabilidade está ligada à impossibilidade de uma responsabilidade objetiva bem como uma exigência de que a pena só seja aplicada quando a conduta seja reprovável. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro, Rio de Janeiro: Revan, p.103. Essa ideia de reprovabilidade é originária do precursor da teoria normativa da culpabilidade, o alemão Reinhard Frank. FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbe-gruffs In FRANK, Reinhard Festsschrift für die Juristische Fakultät in GieSSEN zum Universitäts-Jubi-läum, p. 579.

empréstimo ou por ricochete) e o modelo de autorresponsabilidade (também chamado de responsabilidade direta ou por defeito da organização).

O modelo de heterorresponsabilidade, historicamente mais utilizado, já que parte, como logo se verá, das bases da tradicional responsabilidade individual, apresenta a responsabilidade da pessoa jurídica como uma consequência da conduta de uma ou mais pessoas físicas que tenham atuado em seu nome. Na realidade, a atuação e a culpa dessa pessoa física é transferida para a própria pessoa jurídica. Assim, o que o modelo da responsabilidade indireta faz é, exatamente, verificar a conduta e a culpa de uma pessoa física representante da sociedade e, em seguida, transferir as mesmas para esta, de maneira que a própria corporação passa a responder pela prática daquele fato criminoso¹³⁴.

Antes de mais nada, a legislação, caso opte por esse modelo, terá que determinar quais são os agentes cujos atos e cuja culpa podem vir a ser transferidos para a pessoa jurídica. Em geral, estabelecem os padrões de transferência da responsabilidade para o caso em que a pessoa em questão ostenta alto cargo na hierarquia da organização e para o caso em que se trata de uma pessoa subordinada qualquer, ou seja, um mero funcionário da empresa¹³⁵.

Em regra, é transferida para a pessoa jurídica a responsabilidade pelo ato cometido por algum de seus integrantes, no exercício de suas funções, com o objetivo de favorece-la¹³⁶. Ocorre, contudo, que esse modelo apresenta alguns problemas, os quais passamos a expor.

A criminalidade econômica é complexa e bem estruturada. Normalmente, os procedimentos internos e a tomada de decisão e/ou execução descentralizadas somados ao desconhecimento que a autoridade investigativa provavelmente detém em relação a eles acabam por gerar muitas dificuldades para a imputação individual. Ou seja: é difícil atribuir responsabilidade penal para um indivíduo no seio de uma organização pela prática de determinado fato¹³⁷. Assim, na hipótese de a responsabilidade da pessoa jurídica depender

¹³⁴ Ibidem, p.177.

¹³⁵ Ibidem, p.179.

¹³⁶ SARCEDO, Leandro, nota 34, p. 107.

¹³⁷ TIEDEMANN, Klaus. Derecho penal económico: Introducción y parte general, p.175-178. Também nesse sentido SCHÜNEMANN, Bernard. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht. In Bausteine des europäischen Wirtschafts-strafrchts, p. 267-269. Também nesse sentido discorre Claudia Maria Cruz Santos, que, caracterizando a criminalidade do colarinho branco, aponta como uma delas a dispersão da responsabilidade. Assim, a autora relaciona à dificuldade de se determinar uma responsabilidade individual a divisão de tarefas na empresa, de maneira que se partilham responsabilidades até que se chegue ao produto ou serviço final. A autora também aponta como outra característica, ainda relacionada com o que

da responsabilidade da própria pessoa física a quem deve ser imputado o ato, uma vez que esta não é definida fica impossível realizar a transferência da responsabilização¹³⁸.

Outro problema que surge é a possibilidade de que o ato criminoso cometido pelo agente seja um ato isolado, isto é, um ato que não guarda relação com os preceitos e ideais da organização. Do mesmo modo, traz discussões o caso em que o agente realizou algum ato exacerbando suas funções na pessoa jurídica¹³⁹.

apresentamos, a complexidade das condutas e a opacidade que disso resulta, na medida em que os delitos pressupõem certo nível de fluxo de informações e são praticadas, em regra, segundo suas palavras, “entre quatro paredes”. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. O crime de colarinho branco – Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal, p. 100-101 e 105-106. No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Susana Aires de Sousa apontam os processos complexos e técnicos como motivos da difícil responsabilização individual no âmbito empresarial. DIAS, Jorge de Figueiredo; SOUSA, Susana Aires de. Manda quem pode, obedece quem deve? Sobre o sentido e limites da teoria do domínio do facto no contexto empresarial. In FRANCO, Alberto Silva. *Et al. Quase Noventa Anos. Homenagem a Ranulfo de Melo Freire*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 231. Da mesma forma, aponta Antonio Luis Chaves Camargo. Cfr. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes econômicos e imputação objetiva. In COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.26.

¹³⁸ SILVA, Germano Marques da., nota 131, p.181-182. O autor expõe as soluções a que alguns ordenamentos têm tentado chegar para conseguir responsabilizar a sociedade mesmo sem a identificação pessoal da pessoa física responsável pelo ato criminoso cometido. Uma delas é a previsão desta possibilidade em lei quando o fato em se tiver satisfatoriamente estabelecido. Outro exemplo trazido pelo autor, que é por ele duramente criticado, é o modelo suíço previsto no Código Penal de responsabilidade alternativa, punindo-se a pessoa jurídica se for cometido determinado crime e impossível a descoberta de seu autor, atribuindo-se essa impossibilidade a um defeito de organização da própria pessoa jurídica. Na realidade, diz o autor se tratar de responsabilidade puramente objetiva.

¹³⁹ SILVA, Germano Marques da, nota 131, p.182-183. Para Leandro Sarcedo, outro problema desse modelo é que seria basicamente igual ao direito administrativo sancionador, na medida em que não há critérios claros para aferir a culpabilidade corporativa, sendo mera transferência de responsabilidade individual para a coletiva. SARCEDO, Leandro, nota 34, p.108. Para Adán Nieto Martín, o modelo é desaconselhável porque, em resumo, apresenta quatro erros: segue o direito penal tradicional na necessidade de identificar e culpar uma pessoa física; a teoria da identificação põe em perigo o resto dos objetivos da responsabilidade coletiva e não demonstra, mesmo em delimitando os agentes responsáveis por essa transferência, tanto sentido em a empresa assumir sozinha o custo social dos comportamentos delitivos realizados pelos detentores de altos cargos; o próprio conceito estrito de agente capaz de gerar a transferência é perigoso para o processo penal porque incentiva a busca por bodes expiatórios dentro da própria empresa, o que gera ainda mais custos para o processo penal a fim de que se evitem erros judiciais e, ainda, o sistema se demonstra injusto porque beneficia as maiores empresas. Isso porque, ao contrário das pequenas e médias empresas, nesse tipo de organização é mais difícil demonstrar a responsabilidade dos superiores dada sua complexidade, sobretudo nas empresas transnacionais. Apesar disso, o autor depois aponta algumas vantagens desse sistema caso opte por uma definição mais ampla de seus elementos, embora, ainda assim, acabe por se demonstrar inconsistente e gerador de insegurança jurídica. NIETO MARTÍN, Adán, nota 49, p.120-126. Para Lascuraín Sanchez o modelo é institucional, porque a interpretação de que os delitos dos diretores automaticamente responsabilizam a empresa viola o principio da culpabilidade, que exige a ocorrência de dolo ou culpa (nomenclatura brasileira) para que alguém possa ser responsabilizado penalmente, ainda que esse alguém seja uma pessoa jurídica. Assim, diz o autor, a responsabilidade penal não se pode transferir, ainda que isso pudesse ser útil. Como exemplo, diz o autor que não se prendem as mães de terroristas para combater o terrorismo e que, em matéria de responsabilidade penal da pessoa jurídica, não poderia ser diferente. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento como programas de prudência penal; RPPC 25, 2015, p.100 e p.104.

O modelo de autorresponsabilidade, por sua vez, repousa na ideia de a culpabilidade da pessoa jurídica estar diretamente relacionada ao seu próprio comportamento e à sua própria organização, tanto em termos preventivos quanto em termos repressivos. Em outras palavras: o que importa neste modelo para a responsabilização corporativa é o grau de organização interno da própria pessoa jurídica para prevenir, identificar e sancionar um possível ato criminoso cometido em seu seio.

Em termos doutrinários, é possível apontar Klaus Tiedemann como um dos maiores representantes desse modelo. Isso porque o autor alemão sustenta que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está relacionada à falta de organização interna, que gera sua culpa. Na verdade, entende que a pessoa jurídica é responsável pelo comportamento de seus órgãos, razão por que deve ser diligente em tomar medidas preventivas para garantir que esteja agindo de acordo com a lei¹⁴⁰.

Na autorresponsabilidade, pode até haver a responsabilização penal da pessoa física que atua na empresa, mas é autônoma em relação à responsabilização penal desta última. Assim, os problemas acima referidos, por exemplo quanto à identificação da pessoa física, podem ser afastados nesse modelo¹⁴¹.

Como bem expõe Adán Nieto Martín, o que está em questão na autorresponsabilidade é o comportamento social da pessoa jurídica, antes e depois do cometimento do crime. O que se verifica é se a empresa implementou medidas preventivas

¹⁴⁰ TIEDEMANN, Klaus, Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado, p. 30-31. O autor parte da ideia de que se são capazes de celebrar contratos e serem responsabilizadas por seu inadimplemento, as pessoas jurídicas podem agir de forma contrária ao direito; não de modo físico, mas de modo disruptivo às expectativas a elas direcionadas, o que permitiria sua responsabilização penal. Em sentido parecido, Heine apresenta a teoria do domínio de organização funcional-sistemático, ancorado na premissa de que o risco das atividades empresariais são diversos e potencialmente graves. Assim, a empresa não providenciar medidas necessárias para minorar os riscos de sua atividade é um defeito de sua organização. Isso porque não se trata de uma vontade individual em relação ao cometimento do ato, mas a complexidade de um processo defeituoso, um grupo de situações de risco não tolerável. Dessa forma, a empresa que não busca criar mecanismos capazes de prevenir esses riscos tem um domínio defeituoso, de maneira que deve ser responsabilizada. HEINE apud SILVA, Germano Marques da, nota 131, p.185-186. Em sentido parecido, verifica-se a construção de Lampe, na medida em que os delitos no âmbito da empresa são aqueles que ocorrem de acordo com uma dimensão sistêmica fruto de uma organização empresarial deficiente ou da própria filosofia criminosa da empresa. LAMPE, Ernst. Systemunrecht und Unrechtssysteme In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 106, p. 684-709. Também se colocando contrários à heterorresponsabilidade, em razão da sua necessária conexão com a responsabilidade individual, Braitwhaite e Fisse trazem a ideia do *corporate blameworthiness*, imputando a responsabilidade penal à organização pela sua falta de organização interna tanto para prevenir quanto, sobretudo, para sancionar e se reorganizar após a ocorrência do delito, a fim de impedir que novos delitos do gênero venham a ocorrer. FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. The allocation of responsibility for corporate crime: individualismo, collectivism and accountability, Sidney Law Review vol.11,1988,p.494-513 e FISSE, Brent, The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model, Sidney Law Review, 1991, p.279-290.

¹⁴¹ SILVA, Germano marques da, nota 131, p. 189.

para que o fato não ocorresse, bem como se identificou e sancionou adequadamente o responsável por sua prática, o que, inexistindo, demonstra, segundo o autor, um déficit na sua autorregulação¹⁴².

O autor espanhol apresenta, ainda, o chamado modelo misto, o qual buscaria reunir as melhores características de cada modelo. Assim, diz o autor, pretende-se unir a facilidade da conexão do ato da pessoa física com a sociedade, impondo a esta os custos provenientes do delito com o incentivo à adoção de mecanismos de prevenção e controle no âmbito das empresas¹⁴³.

Assim, o modelo misto se caracteriza pela transferência para a pessoa jurídica de um ato criminoso realizado pela pessoa física, que pode nem sequer estar identificada, mas, para que o ente coletivo seja de fato responsabilizado (ou, ao menos, para fins de dosimetria da pena que eventualmente venha a ser aplicada), é necessário aferir, independentemente dessa transferência, se ele tomou as medidas necessárias e que estavam a seu alcance para que o fato não ocorresse. Dessa maneira, utilizam-se premissas dos dois modelos anteriormente apresentados. Um exemplo desse tipo de modelo, já apresentado no primeiro capítulo, é o italiano – embora a responsabilidade seja dita administrativa, como demonstrado¹⁴⁴.

Já Leandro Sarcedo, por sua vez, defende que os modelos mistos são os mais adequados para o controle social da criminalidade empresarial. Isso porque, além de permitir a transferência da responsabilidade do ato individual, o que facilita, sem olvidar da culpabilidade relativa ao defeito da própria organização, a responsabilização mesmo quando não se define a pessoa física responsável pelo ato e, quando se define, que seja também devidamente processado. Assim, para o autor, é uma possibilidade eficaz em termos de política-criminal para o Estado e gera um ambiente de cooperação na empresa, já que a sua organização interna será levada em conta¹⁴⁵.

¹⁴² NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.325.

¹⁴³ Ibidem, p.86. O autor português Germano Marques da Silva já tratava dessa possibilidade em sua obra, ao dispor que “estes diversos modelos não se excluem necessariamente, antes se podem complementar e, por isso, podem ter aplicação no mesmo sistema jurídico”. SILVA, Germano Marques da, nota 131, p.175.

¹⁴⁴ Também são exemplos os Estados Unidos da América e a Austria. Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, nota 49, p.177.

¹⁴⁵ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.110. Em posição contrária, o autor espanhol Lascaraín Sanchez apenas admite a autorresponsabilidade, porque entende que a empresa só pode responder penalmente se através de seus mecanismos de decisão optou por cometer o delito ou se, por imprudência, não foi cuidadosa na medida em que houve um defeito de organização seu consistente na falta do devido controle para que não fossem cometidos delitos em sua atividade. Dessa maneira, o delito individual seria uma condição objetiva de punibilidade, mas seria absolutamente inegociável que a responsabilidade da pessoa jurídica se desse pela sal

III.3 – A relação entre o modelo adotado e o fundamento do *compliance*

Agora que já expusemos os modelos de culpabilidade adotados pelos ordenamentos que admitem a responsabilização penal da pessoa jurídica, torna-se possível estabelecer uma relação deles para com o instituto do *compliance*. Embora só passemos a discutir a definição desse termo no próximo capítulo, opta-se, por ora, por ficar com um entendimento provisório de que *compliance* é o sistema de gestão empresarial cujo objetivo é prevenir e, se for necessário, identificar e sancionar as infrações de leis, regulamentos, códigos ou procedimentos internos da empresa, promovendo uma cultura de cumprimento¹⁴⁶.

Parece-nos natural que a efetividade da implementação de um programa de *compliance* será tão maior quanto mais o ordenamento jurídico em questão se aproximar do modelo de culpabilidade empresarial baseado na autorresponsabilidade¹⁴⁷. Isso porque, neste modelo, como visto, o que está em questão é a organização interna da pessoa jurídica a fim de prevenir, identificar e sancionar a prática de delitos, de maneira que a existência de um programa de cumprimento aparenta ser fundamental para que sua responsabilidade possa vir a ser excluída ou, ao menos, atenuada.

Entretanto, em modelos de heterorresponsabilidade que não sejam puros, ou seja, que não se contentem com a mera transferência de responsabilidade individual para coletiva, mas necessitem, também, de uma postura omissa da empresa no que diz respeito à sua organização, aproximando-se de ou efetivamente se configurando como um modelo misto, também parece extremamente indicado a implementação do programa de *compliance*. Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica, em que pese se dar pela transferência da responsabilidade individual gerada pelo ato de uma pessoa física que ela integra, dependerá, também, de que haja um defeito de organização dessa empresa.

Já nos modelos de heterorresponsabilidade pura, não nos parece que seja totalmente imprescindível a implementação do programa de *compliance*, já que a responsabilidade dar-se-á por mera transferência, bastando a infração ser cometida pelo agente integrante da

própria falha e não pela mera transferência da culpabilidade de uma das pessoas físicas que a integram, sob pena de ferir de morte o princípio da culpabilidade e o princípio da personalidade das penas. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los Programas de Cumplimiento como programas de prudência penal, RPCC 25, 2015, p.100-106.

¹⁴⁶ É a maneira como o define Adán Nieto Martín, utilizando-se da definição australiana de *compliance*. NIETO MARTÍN, Adán, nota 4, p.26.

¹⁴⁷ Nesse sentido, SILVA SANCHEZ, Jesús-María, La responsabilidade penal de las personas jurídicas em Derecho español, in SILVA SANCHEZ, Jesús-María (dir.), Criminalidad de empresa y Compliance, p.31.

empresa. Contudo, ainda assim, tendo-se em vista que o programa de *compliance* busca gerar um ambiente de comportamento ético e lícito nas empresas, também nesse modelo parece indicado, embora não indispensável, que haja a implementação de um programa de cumprimento, o que poderá vir a minorar a possibilidade de ser cometido um ato infracional individual que dê azo à responsabilidade penal do ente coletivo. Assim, parece que os programas de *compliance* se coadunam com qualquer dos modelos adotados pelos ordenamentos jurídicos no que diz respeito à forma de responsabilização da pessoa jurídica¹⁴⁸.

Em relação a essa questão, é interessante conhecer a posição de Urbina Gimeno. Para ele, a relação entre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e o *compliance* é meramente contingente, não decisiva, na medida em que o *compliance* pode existir em um ordenamento que reconheça ou não a responsabilidade penal dos entes coletivos. Como exemplo, o autor espanhol cita o caso da Alemanha, onde, apesar de não haver a responsabilidade penal para pessoas jurídicas, o *compliance* é mais desenvolvido do que na Espanha, onde há tal modalidade de responsabilidade¹⁴⁹. Igualmente, no Brasil, em que pese ainda não se verificar a responsabilização penal da pessoa jurídica, exceto em casos ambientais, diversas empresas estão lançando mão de departamentos de *compliance*.

Na realidade, na esteira do doutrinador ibérico, o que nos parece é que o *compliance lato sensu* é, mesmo, aplicável a qualquer empresa que deseje criar um ambiente de estímulo ao comportamento ético e de acordo com as disposições legais (sejam estatais sejam internas da companhia), independente da previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas existir ou não no ordenamento jurídico do Estado de que faz parte. Dessa maneira, se o direito administrativo proíbe determinada conduta e prevê a sanção a ser imposta para uma empresa pelo cometimento de determinado ato ilícito por parte dela ou de seus integrantes, será tanto melhor que essa empresa seja dotada de um programa de cumprimento, o que, por vezes, poderá até mesmo vir a excluir sua responsabilidade ou atenuá-la, caso previsto nessa legislação administrativa¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Nesse sentido, TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Culpabilidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, Revista Logos Ciencia & Tecnologia, número 11, 2011, p.196.

¹⁴⁹ URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz, nota 35, p.264.

¹⁵⁰ Nesse sentido, TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Pessoa Jurídica e Culpabilidade no Direito Penal Econômico, in LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, Direito Penal Econômico Brasileiro, p.371.

Ocorre, contudo, que o *criminal compliance*, este sim, é específico para os casos em que o que se visa a evitar é o cometimento de um crime, não de um ilícito qualquer. Nessa hipótese, parece que o *compliance* é exponencialmente mais importante para a pessoa jurídica se ela puder vir a ser responsabilizada penalmente, na medida em que deverá se dotar de mecanismos de prevenção e controle para evitar que isso aconteça. Não obstante, mesmo em ordenamentos jurídicos que não admitem a responsabilização dos entes coletivos também aparenta ser possível que o programa de *compliance* venha a ser cada vez mais utilizado como forma de, além de estimular o ambiente ético sobre o qual já falamos anteriormente, delimitar a responsabilidade de cada um dos gestores da organização empresarial, nomeadamente através de um departamento de *compliance* cujo *head* é o *Chief Compliance Officer* e que, em regra, assume o dever de garante em relação ao cometimento de crimes no âmbito daquela empresa¹⁵¹.

IV. Os programas de *compliance*

IV.1 – O seu conceito

Embora, ao se escolher um objeto para estudo, deva-se ter em mente com clareza aquilo que ele significa, a verdade é que, no caso do *compliance*, parece-nos importante

¹⁵¹ Sobre essa responsabilização, Cfr. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio, Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. In GÓMEZ MARTÍN, Victor; PUIG, Santiago Mir e BIDASOLO, Mirenxtu Corcoy (dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Montevideo/Buenos Aires: Bde F, 2014, p.3 e ss., PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.215 e ss., ROBES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – (compliance officer) - ante el Derecho penal. In SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.321 e ss., BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La Intervención Delictiva del compliance officer. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de.(eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.189 e ss., SOUSA, Susana Aires de. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. Revista de Estudos Criminais, Ano XI, número 50. São Paulo, 2013, p. 37 e ss., BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 120 e ss, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.103 e ss., SCANDELARI, Gustavo Britta, As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem, in GUARAGNI, Fabio Andre; BUSATO, Paulo Cesar (coord.) *Compliance e Direito Penal*, p.168 e ss., ESTELLITA, Heloisa, Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão, p.75 e ss., ASSIS, Augusto, A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas, in LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, *Direito Penal Econômico Brasileiro*, p.46 e ss.

discutir o seu próprio significado. Isso porque, em verdade, o termo é absolutamente vago¹⁵² e tem dado origem a interpretações conceituais distintas.

O *compliance*, termo em língua inglesa cuja tradução literal seria apenas estar em conformidade (no contexto ora em estudo, conformidade com a lei ou com diretrizes internas da corporação), na realidade, está em meio a um cenário de aquisição de consciência por parte das empresas no sentido de se auto organizarem de acordo com a lei. Em outras palavras: o *compliance*, qualquer que seja a definição que se lhe queira dar, está invariavelmente ligado a um comportamento empresarial mais ético e lícito.

Ocorre, todavia, que, nesse cenário, vários outros termos, em geral também em língua inglesa, aparecem e a verdade é que a sua relação com o termo *compliance* não é exatamente clara, de maneira que, para alguns autores, tratam-se todos do mesmo instrumento; para outros, são institutos completamente distintos. Isso tudo, a rigor, vai depender da amplitude que se confira a aquilo que se denomina por *compliance*.

Ulrich Sieber, por exemplo, apresenta como praticamente sinônimos de *Compliance* os termos *Corporate Governance*, *Risk Management*, *Corporate Social Responsibility*, *Codes of Conduits*, entre outros¹⁵³, pontuando que apenas pequenas diferenças os distinguem, mas que todas estão voltadas a constituir valores e objetivos que devem nortear a atuação empresarial. Em relação a esses termos, Debora Motta Cardoso apresenta algumas diferenças que podem ser úteis.

Assim, a autora brasileira defende que a Governança Corporativa está ligada ao estabelecimento de diretrizes e princípios gerais da administração das empresas, de maneira ampla, a qual abrange o controle interno, a auditoria e o *compliance*. Ou seja: para a autora, o *compliance* é uma ferramenta da governança corporativa¹⁵⁴.

Ainda a respeito dessa classificação, a autora apresenta o controle interno como um processo de participação de qualquer interessado direto no desempenho da empresa em relação aos seus valores e modo de atuação. Assim, os sistemas de avaliação, de treinamento de pessoal, controle de atividades e afins são exemplos desse controle interno, voltado para que erros não sejam cometidos. A diferença para o *compliance*, segundo a autora, é que este

¹⁵² Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.26 e SIEBER. Ulrich; ENGELHART, Marc. Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes – Na Empirical Survey of German Companies, p.2.

¹⁵³ SIEBER, Ulrich, nota 101, p.64

¹⁵⁴ CARDOSO, Deborah Motta, nota 6, p. 39-40.

é de responsabilidade exclusiva do *compliance officer*, ao contrário daquele, que é de todos os funcionários e responsáveis pela execução dos referidos sistemas e programas¹⁵⁵.

A auditoria interna, por sua vez, estaria voltada, segundo a autora, a aprimorar as operações verificando o cumprimento de normas. A diferença para o *compliance* seria a de que este deve ser feito rotineira e permanentemente, fiscalizando as ferramentas que constituem o controle interno da empresa, objetivando-se mitigar os riscos da atuação empresarial enquanto a auditoria interna faria o mesmo, mas apenas periodicamente e de forma aleatória através de amostragens¹⁵⁶.

É em sentido parecido que escreve a respeito do tema o autor também brasileiro Leandro Sarcedo. Para ele, o *compliance* é um pilar da governança corporativa, na medida em que esta, muito embora não tenha também uma definição precisa, está ligada ao cumprimento das normas externas e, também, à divisão de poder e formas de relacionamento interno da corporação¹⁵⁷.

Nesse sentido, o autor, citando Rossetti e Andrade, apresenta quatro pilares sobre os quais operaria a governança corporativa: *fairness*, *disclosure*, *accountability* e *compliance*¹⁵⁸. *Fairness* se liga à necessidade de um equilíbrio e razoabilidade na relação da corporação com os seus acionistas minoritários, que precisam ter participação mais efetiva nas diretrizes e nos resultados da empresa, nomeadamente através das assembleias; *disclosure* se prende à ideia de transparência e publicidade das informações da empresa, sobretudo as que tenham grande relevância para os resultados e riscos de sua atuação; *accountability*, que é a obrigação de prestar contas segundo os melhores parâmetros técnicos de contabilidade e de auditoria e, por fim, tem-se o *compliance*, relacionado ao cumprimento das normas legais e administrativas da atuação empresarial.

Dessa maneira, Leandro Sarcedo aponta o *compliance* como um programa que cria, implanta e fiscaliza normas e procedimentos internos da empresa com o objetivo de criar um comportamento ético e lícito na corporação, distribuindo, dessa maneira, responsabilidades para seus membros, exatamente a fim de propiciar a aquisição dessa consciência de necessidade de licitude. Essa consciência, voltada para a prevenção do risco, pode se dar em

¹⁵⁵ Ibidem, p. 41-42.

¹⁵⁶ Ibidem, p.43.

¹⁵⁷ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.43.

¹⁵⁸ Em relação a essa classificação, ROSSETTI, José Paschoal e ANDRADE, Adriana, Apud SARCEDO, Leandro, nota 34, p.43.

relação às normas de todos os ramos do direito, entre os quais o direito penal, modalidade na qual dever-se-á tratar o tema por *criminal compliance*¹⁵⁹.

Já Lothar Kuhlen, não obstante expressamente declarar a vagueza do termo *compliance*, parece conferir a ele um escopo mais amplo, como um sistema de prevenção de riscos e de cumprimento da legislação¹⁶⁰. Nesse sentido, apresenta uma ideia de que a implementação do *compliance* se dá através da implementação de um programa de *compliance*, o qual é composto por medidas de controle interno (que, para o autor, é sinônimo de auditoria interna)¹⁶¹.

Outra visão é a de Geoffrey Miller. Para o autor americano, *compliance* é uma forma de controle interno, caracterizando-se este como um processo com o fim de fornecer garantias razoáveis para a realização dos objetivos empresariais da corporação, o qual deve ser efetuado pelo conselho de administração, executivos e demais funcionários e que inclui a análise de riscos, as atividades de controle e monitoramento, bem como os programas de informação. Tem-se, neste caso, portanto, uma visão também mais restrita a respeito do *compliance*, dessa vez o apresentando como “espécie” do “gênero” controle interno.

Adan Nieto Martín, por sua vez, também diferencia o *compliance* de governança corporativa, controle interno e auditoria interno, apontando, contudo, suas coincidências. Segundo sua visão, em que pese a vagueza do termo, o cumprimento normativo (denominação que o autor prefere usar em detrimento de *compliance*) é uma meta buscada pelas empresas consistente em um atuar mais ético e conforme a lei bem como conforme as diretrizes internas da empresa e seu códigos de ética e conduta¹⁶². Para que consigam alcançar esse objetivo, as empresas utilizam uma ferramenta, que são os programas de cumprimento (*compliance programs*).

Tais programas de cumprimento podem ser definidos, para o autor, conforme o faz o Standard Australiano, desenvolvido a pedido do órgão regulador da concorrência australiano, como um sistema de gestão empresarial que tem como objetivo prevenir e se for necessário identificar e sancionar as infrações à lei, regulações, códigos ou procedimentos internos da organização empresarial, promovendo uma cultura de cumprimento¹⁶³. Para o

¹⁵⁹ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.45.

¹⁶⁰ KUHLEN, Lothar, nota 94, p. 52.

¹⁶¹ Ibidem, p.25.

¹⁶² NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.25-26.

¹⁶³ NIETO MARTÍN, Adan, nota 4, p.26; AS2806-Compliance Programmes, Standards Australia 1988, par.1.2).

autor, tais programas variam segundo o tamanho e atividade desenvolvida pela empresa, muito embora, de maneira geral, haja certa padronização mínima quanto à estrutura e o conteúdo dos programas, assunto que será tratado mais detalhadamente adiante.

O autor espanhol define que os códigos de conduta, a análise de riscos, responsabilidade social e governança corporativa são, na realidade, fenômenos conexos ao cumprimento normativo (*compliance*), todos eles frutos do contexto empresarial e de difícil distinção uma vez que umbilicalmente ligados através de uma relação de simbiose, retroalimentação ou de meio e fim¹⁶⁴.

Dessa maneira, ao perseguir a difícil tarefa de diferenciar tais termos, apresenta algumas ideias interessantes. Primeiramente, apresenta como fim central da governança corporativa o combate ao abuso de poder interno na empresa por parte dos administradores, apontando que isso faz ainda mais sentido em sociedades cotizadas, nas quais há uma separação maior entre os investidores e os gestores. Nesse sentido, apresenta a governança corporativa como um conjunto de medidas de controle a fim de proteção dos sócios (*shareholders*) e todos aqueles que podem ser afetados pela atuação da empresa (*stakeholders*)¹⁶⁵.

Por essa razão, Nieto Martín verifica três pontos de coincidência de objetivos entre a governança corporativa e o *compliance*. O primeiro é o fato de que, por zelar pela boa e justa relação entre os administradores e todos aqueles que possuem interesse por poderem ser afetados pela atuação da empresa, a governança corporativa impõe ao Conselho da empresa que, em suas relações, respeite as leis, os regulamentos e as boas práticas dos locais em que atuar, cumprindo seus contratos e suas obrigações. Dessa maneira, o *compliance* é uma tarefa do Conselho, seguindo os parâmetros da governança corporativa.

O segundo ponto de convergência seria que, tanto na governança corporativa quanto no *compliance*, é imprescindível uma política de gestão de riscos. Isso porque toda infração normativa gera um risco jurídico, econômico ou de reputação para as corporações, de maneira que o Conselho de Administração, segundo a Governança Corporativa, deve estabelecer uma política de gestão de riscos e sistemas internos de informação e controle, o

¹⁶⁴ Ibidem, p.35.

¹⁶⁵ Nisso e no que segue a respeito da relação entre governança corporativa e *compliance*, Ibidem, p.38-40.

que coincide com o *compliance* na medida em que este é, exatamente, parte de uma administração diligente¹⁶⁶.

Por fim, o terceiro ponto de coincidência entre *compliance* e governança corporativa apresentado pelo autor espanhol se prende ao fato de que nos códigos de boa governança em geral há uma parte voltada para a prevenção de crimes societários específicos. Isso, como se sabe, é também algo que persegue, com exaustão, um programa de cumprimento (*compliance program*)¹⁶⁷. Para o autor espanhol, tanto a governança corporativa quanto o *compliance* são exemplos de uma mesma técnica: a autorregulação incentivada ou coacionada, anteriormente tratada no presente estudo.

Em relação à auditoria interna, Nieto Martín aponta esta como um afluente dos programas de cumprimento¹⁶⁸. Dessa maneira, expõe que originariamente a auditoria foi criada para verificar os registros contábeis das empresas, mas que, com o tempo, transformou-se num instrumento de governança corporativa imprescindível, voltada a coletar informações importantes tanto para os administradores quanto para os *stakeholders* a fim de propicia-los maior segurança de dados, sobretudo perante o mercado. Nesse contexto, o autor comenta que, junto com a auditoria interna, dentro de um sistema de gestão de riscos, surgiu o controle interno, cuja função seria auxiliar o conselho no sentido de definir os objetivos e os riscos da atuação empresarial, bem como os mecanismos de controle.

Assim, o autor define o controle interno como um instrumento de gestão que busca garantir o cumprimento de três categorias de objetivos: operacional, ligada à eficácia das operações e negócios da empresa em termos de rentabilidade; de informação financeira, ligada à elaboração e publicidade de informações financeiras confiáveis e, ainda, de cumprimento, que buscaria certificar o cumprimento das leis e normas aplicáveis à empresa. Esta última categoria seria, então, plenamente coincidente com o cumprimento normativo. Por essa razão, Nieto Martín afirma que um programa de *compliance* é, na realidade, um controle interno específico adotado para cumprir com a legalidade.

Em sentido parecido, o também espanhol Jesús-María Silva Sánchez define *compliance* como um corpo normativo utilizado pelas corporações em seus sistemas

¹⁶⁶ Ibidem, p. 38.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ Quanto à relação entre o *compliance* e a auditoria e controle interno, Ibidem, p.45-48.

internos, de gestão de riscos, consistente em estabelecer procedimentos e medidas cuja função é mitigar as infrações às normas dentro do contexto empresarial¹⁶⁹.

Como se vê, a verdade é que não há um conceito único e indiscutível de *compliance*, ele varia conforme o ponto de vista, notadamente se a partir de uma definição mais ampla¹⁷⁰ ou de uma definição mais restrita. De qualquer maneira, a nós parece bastante claro, na esteira do que a doutrina internacional tem defendido¹⁷¹, que definir *compliance* tão somente como estar em conformidade com a lei é raso e superficial, embora seja esta a tradução literal do termo. A rigor, estar em conformidade com a lei é uma obrigação de pessoas físicas e jurídicas desde que o Direito existe e, se fosse apenas isso, certamente não justificaria que fosse, *per si*, um objeto de estudo.

É por essa razão, ou seja, pelo fato de que terem que cumprir a lei não representa nenhuma novidade para as empresas, que Ivó Coca Vila define *compliance* como o “conjunto de medidas tendentes a garantir que todos e cada um dos membros da empresa, desde o presidente do conselho de administração até ao último trabalhador, cumpram com os mandatos e proibições jurídico-penais e que, em caso de infração, possibilitem o seu descobrimento e adequado sancionamento”¹⁷².

Atento a essa questão, Giovanni Agostini Saavedra, em um dos poucos trabalhos publicados no mundo até hoje especificamente a respeito da delimitação conceitual do *criminal compliance*, justifica esse estado de conformidade como uma conformidade diferente, a qual denomina de conformidade dinâmica, em relação a um comportamento de acordo com normas de relevância jurídica (o termo relevância é importante pois inclui aquilo que não é lei efetivamente, como os códigos de conduta e códigos de ética, os quais podem obrigar seja pelo contrato ou pela legislação específica), sendo tal conformidade concretizada no compromisso com a elaboração de um sistema complexo de procedimentos, políticas e controles internos através dos quais se verifique a intenção da empresa em manter

¹⁶⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, *Criminalidad de empresa y compliance*, p. 60.

¹⁷⁰ Sergio Salomão Schecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade, por exemplo, o conceitua como uma “cultura organizativa para incentivo de condutas éticas”. SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e Direito Penal* in Boletim IBCCRIM 222, Maio/2011, p.2

¹⁷¹ NIETO MARTÍN, ADAN, nota 4, p.25 e ss.

¹⁷² Assim, COCA VILA, IVÓ, nota 94, p. 54-55.

um estado de *compliance*¹⁷³. Para o autor, esse seria o conceito base a partir do qual se derivaria o conceito de *criminal compliance*, a seguir exposto.

A principal característica que o autor aponta para o *criminal compliance* é o de ter natureza preventiva, ao contrário do direito penal tradicional, preocupado com a análise do fato delituoso tão somente depois que o mesmo já foi cometido. Assim, o *criminal compliance* se foca nos mecanismos que possam evitar a prática de fatos delituosos, evidentemente antes que venham a ser praticados. Por outro lado, o autor também afirma que o *compliance* também tem se dedicado a investigar potenciais criminosos no âmbito da atividade empresarial¹⁷⁴, deixando claro que, para ele, uma real definição de *criminal compliance* só pode se dar a partir do diálogo com o Direito Penal.

Nesse cenário, não é exatamente uma tarefa fácil escrever um trabalho sobre *compliance*, já que, como visto, o seu próprio conceito é controvertido. Ainda assim, apenas para delimitar melhor o tema tratado, ousamos traçar um esboço daquilo que entendemos ser o instituto, definição que teremos em mente ao longo deste estudo.

Nesse sentido, parece-nos que o *compliance* pode vir a ser dividido em uma concepção *lato sensu* e outra concepção *stricto sensu*¹⁷⁵. Na primeira, ele seria entendido como um objetivo amplo da empresa em fazer serem cumpridas as normas legais e internas por ela e por seu corpo de funcionários e gestores, de maneira que, nesta modalidade, seria efetivamente um pilar da governança corporativa, a qual, por sua vez, a nosso sentir, seria

¹⁷³ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal – Revisão teórico e esboço de uma delimitação conceitual IN LOBATO, José Danilo Tavares (et al), Comentários ao Direito Penal Economico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora Placido, 2017, p.711-712.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 712-713. Interessante o fato de o autor chamar a atenção para algo que ele classifica como um paradoxo, que é, inobstante o objetivo do *compliance* ser evitar a prática de delitos e, com isso, evitar a responsabilização penal, acabar criando também mais chances para a responsabilização interna na empresa em razão da criação de *compliance officers*, colocados em posição de garantes. Em sentido parecido apontam Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Henrique Badaró, para quem “ao buscar uma redução de responsabilidades administrativas e penais, um sistema eficaz de *compliance* pode acabar por antecipar ou mesmo produzir uma imputação que de outra forma não seria revelada ou descoberta pelas autoridades públicas. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.55.

¹⁷⁵ Trata-se de uma divisão parecida com a que faz Dennis Bock. Para o autor alemão, existe uma forma de entender o *compliance* ligado a uma forma estendida, que é uma fidelidade geral ao direito nos mandamentos e proibições que exige, bem como uma forma restritiva, na qual *compliance* estaria ligado ao dever de criar uma estrutura que implementasse exatamente essa fidelidade ao direito. A questão é que para o autor não há uma obrigação de criar especificamente um sistema de *compliance*, mas medidas que visem à redução do valor do dano esperado a níveis juridicamente toleráveis. BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilância em la empresa. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 107 e p.120.

mais ampla, aportando diversas diretrizes da atuação da empresa, não apenas legais, tendo, ainda, outros três pilares, *fairness*, *disclosure* e *accountability*, já descritos anteriormente.

A outra concepção de *compliance*, que denominamos *stricto sensu*, seria a ferramenta específica através da qual o *compliance lato sensu* é efetivado, qual seja: o programa de cumprimento em si, que busca realizar os objetivos e valores estabelecidos. Esse programa seria, na realidade, um conjunto de medidas de controle interno com vistas a criar um ambiente corporativo de maior legalidade, isto é, de cumprimento às normas legais. No caso do *criminal compliance*, especificamente, tais normas seriam as de natureza penal, traduzindo uma preocupação da empresa em tomar as medidas preventivas¹⁷⁶ necessárias para que não houvesse o cometimento de qualquer delito em seu âmbito de atuação e ainda que, caso houvesse, fosse rapidamente identificada e sancionada de acordo com as medidas cabíveis. Assim, dentro de um programa de *compliance* diversas medidas seriam criadas com esse fim, tais como o estabelecimento de um código de conduta, a elaboração de protocolos internos de negociações e aprovações de conta, uma delimitação de responsabilidades dos departamentos e altos dirigentes da empresa, um canal de denúncias interno, um sistema de investigação e monitoramento das atividades dos funcionários e gestores da empresa, bem como um sistema de informação e treinamento adequado em relação a todos os procedimentos a serem adotados. Basicamente, poder-se-ia afirmar que enquanto a primeira concepção aponta um “objetivo”, a segunda aponta a “ferramenta” para atingi-lo.

IV.2 – Os seus objetivos

O *criminal compliance* tem como objetivo principal, via de regra, evitar o cometimento de atos criminosos por parte da empresa e de seus membros, através de mecanismos orientados a acompanhar a atuação empresarial de maneira que detecte possíveis riscos bem como, uma vez cometidos, sejam identificados e devidamente investigados e sancionados. Embora o *compliance lato sensu* possa ser voltado tão somente a afirmar valores éticos e não a criar um sistema de autovigilância, dando origem, por exemplo, tão somente a um *Code of Conducts*, o *compliance stricto sensu*, segundo nosso entender, possui como objetivo central a referida supervisão e vigilância da atividade

¹⁷⁶ Sobre o *compliance* como uma construção de prevenção, Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 27 e ss.

empresarial, já que se constitui num verdadeiro programa de cumprimento estabelecido de medidas práticas a serem seguidas.

Para que o programa de *compliance* seja eficaz, parece-nos absolutamente imprescindível que o departamento responsável pela sua execução tenha influência direta nas decisões da direção da empresa¹⁷⁷. Caso contrário, tal programa será um mero enfeite na organização empresarial. Isso é relevante porque os sócios e dirigentes da empresa devem ter consciência da sua responsabilidade com a prevenção do cometimento de crimes na prática empresarial, mesmo porque, uma vez imbuídos de evitar uma sanção, passam a correta impressão para os seus subordinados de que os procedimentos internos de *compliance* não são mera fachada¹⁷⁸.

Como se verifica, é possível dizer, então, que o *compliance* está diretamente ligado às boas práticas na condução da atividade da empresa, garantindo o cumprimento da norma penal bem como, em caso de violação, descobrindo-a em tempo adequado. A fundamental importância do mecanismo para a empresa é que, adotando-o, demonstra uma preocupação em se antecipar ao possível cometimento do delito, tomando todas as medidas possíveis para evita-lo. É exatamente isso que é reconhecido por diversas legislações internacionais, como visto, a fim de que possam tais empresas serem isentas de responsabilidade penal ou terem, ao menos, sua pena atenuada.

Além desse ganho jurídico, é certo, também, que seus membros, diretores, acionistas e os consumidores, em suma, para *shareholders* e *stakeholders*, somente são beneficiados com a adoção de um programa de *compliance*, porque contam com uma vigilância interna para a proteção de seus interesses¹⁷⁹. Isso também porque, ao lado do risco legal que envolve o cometimento de delitos, a reputação da empresa também é muito abalada quando a mesma se vê envolvida em grandes escândalos criminais. Por essa razão, o *compliance* também visa a mitigar um risco reputacional, ligado diretamente à credibilidade da organização empresarial.

Além das questões supra-mencionadas, de proteção jurídica e de credibilidade, outro fator também é incentivador para a adoção de um programa de *compliance*. Trata-se do custo financeiro, notadamente de custo-benefício, envolvido na operação. Isso porque

¹⁷⁷ BERMEJO, Mateo G./PALERMO, Omar, La Intervención Delictiva del compliance officer. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de.(eds). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.176

¹⁷⁸ Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p. 47.

¹⁷⁹ Nesse sentido, SIEBER, Ulrich, nota 101, p. 68.

parece ser, além de tudo, mais barato para a empresa estabelecer um departamento responsável pela implementação de um programa de *compliance* do que, depois, vir a ser condenada, seja administrativa seja penalmente, pela prática de algum ilícito, cujas penas (ou multas) podem ultrapassar a casa dos bilhões.

IV.3 – O seu conteúdo

Tendo como parâmetro a concepção que optamos por chamar de *stricto sensu* do conceito de *criminal compliance*, é necessário discutir o que é que deve compor o referido programa de cumprimento. Em outras palavras: uma vez que o *criminal compliance* é a implementação de um programa de controle interno contendo medidas as quais busquem evitar a prática de delitos no âmbito da atuação empresarial, bem como identifica-los adequadamente acaso sejam cometidos, mister se faz examinar quais são, exatamente, essas medidas.

A verdade é que, antes de mais nada, deve-se ter em mente que não existe um modelo fechado, um modelo acabado, um modelo determinado para a universalidade das organizações empresariais. Cada programa de cumprimento deve se adequar à realidade da empresa na qual está sendo implementado, porque deve levar em consideração no seu desenho as peculiaridades relativas ao ramo em que está inserida, ao tamanho que possui, à extensão do faturamento, entre outras. Por essa razão, também em relação ao conteúdo de um programa de cumprimento é necessário, para um estudo aprofundado, estudar as posições dos principais autores do tema bem como o que os ordenamentos jurídicos que preveem o programa como atenuante ou causa de isenção de responsabilidade entendem como elementos necessários para tanto.

Bermejo e Palermo trazem a construção de um programa de *compliance* dividida em três fases: o seu desenho, a sua implementação e a fase a que chamam de controle interno em sentido estrito. Na fase de desenho, o departamento de *compliance* elabora mecanismos que atendam ao objetivo de evitar futura sanção penal tendo como parâmetro a legislação em vigor e normas técnicas pertinentes à atividade da empresa, de maneira que, em funcionamento, possa o programa identificar, controlar, informar e evitar eventuais descumprimentos. Na fase de implementação, o departamento de *compliance* passa a aplicar efetivamente o programa na atividade empresarial, de maneira que este passe a ser conhecido

e seguido pelos membros da empresa, que devem receber o treinamento e a capacitação adequada para executarem o determinado por tal programa. Na fase de controle interno em sentido estrito, o departamento de *compliance* deve acompanhar a prática dos atos dos membros da empresa a fim de verificar se tais atos estão de acordo com as normas desenhadas e implementadas, sendo certo que possui o dever de identificar e informar à direção em caso negativo¹⁸⁰.

Os autores argentinos, sem deixar de reconhecerem que os programas possuem conteúdo variável conforme a atuação da empresa, apontam alguns elementos que geralmente estão presentes nesses programas. São eles:¹⁸¹: gestão de risco – constituída pela análise de riscos específicos da atuação da empresa; códigos de conduta – responsáveis por estabelecer valores e finalidades da atuação empresarial, além de regras de conduta para funcionários e para a própria organização; identificação de linhas de responsabilidade – relacionada à fundamentação da responsabilidade da alta direção da empresa e do departamento de *compliance* pelos procedimentos adotados; sistema de informação – criado para identificar e esclarecer práticas delituosas, incluindo, entre outros, manuais informativos aos funcionários (*informationschrift*) e um sistema de denúncias interno (*whistleblowing*); controle e avaliação do programa – a fim de que eventuais erros sejam consertados para que o programa seja permanentemente eficaz e, ainda, a criação de incentivos eficazes para o cumprimento da norma – ligada às sanções internas para as infrações como recompensas pelo cumprimento dos procedimentos adotados.

Bacigalupo, por sua vez, chamando o *compliance stricto sensu* de códigos de conduta, também apresenta aquilo que entende como matérias fundamentais em termos de conteúdo desse instrumento dentro do que denomina sistema de *compliance* (para nós, *compliance lato sensu*). São elas¹⁸²: a exclusão de conflitos de interesses, a corrupção e defraudações, o direito à concorrência, a observância aos direitos humanos, a ética e proteção contra a discriminação, a confidencialidade e proteção de dados, a correção em relação à contabilidade e direito fiscal, a segurança da disponibilidade integridade, autenticidade e confidencialidade das informações, o cumprimento das exigências relativas ao meio

¹⁸⁰ BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar, La Intervención Delictiva del compliance officer. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de.(eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.182.

¹⁸¹ Ibidem, p.177.

¹⁸² BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, p.115.

ambiente e da saúde/sanitárias, bem como a regulação de um sistema de denúncias internas (whistleblowing).

Dennis Bock, numa divisão própria do que entende como os componentes de um sistema de *compliance*, apresenta cinco elementos: a gestão de riscos internos, a seleção, a instrução, o controle e a sanção. Dessa maneira, opta por uma divisão por etapas, nas quais haverá diferentes mecanismos a fim de perseguir o objetivo central de conformidade.

A gestão de riscos interna está ligada, segundo o autor alemão, a um estado de conhecimento que os diretores da empresa precisam ter para que possam conceber e implementar medidas de supervisão adequadas para a empresa. A avaliação e a interação se dão através de uma vigilância ininterrupta, sendo certo que a divisão de tarefas internamente na empresa deve ser feita de modo adequado, estabelecendo claramente os deveres dos funcionários. Uma das sugestões do autor é, além da divisão, a rotação de funções, bem como a necessidade de que as informações acerca dos riscos sejam corretamente transmitidas aos funcionários de mais baixo escalão (*top-down*) e as informações verificadas na atuação sejam devidamente passadas por esses ao alto escalão da empresa (*bottom-up*). O autor também menciona o *whistleblowing* como uma ferramenta eficaz para que as informações sobre possíveis suspeitas cheguem à empresa, sugerindo que o anonimato seja garantido através das chamadas *hotlines*, que são linhas diretas para denúncias as quais não identificam o denunciante.

A seleção está ligada à necessidade de que os funcionários sejam muito bem selecionados tendo em vista que a eles serão delegadas atuações profissionais relevantes. É preciso escolher adequadamente cada funcionário para determinada função para se mitigar o risco de sua atuação, estabelecendo critérios de seleção rigorosos.

A parte da instrução, ainda segundo Bock, é relevante para que todos os funcionários sejam devidamente instruídos sobre a forma de realizar seu trabalho sem infringir nenhuma norma. Para o autor, é necessário formar os funcionários juridicamente e não apenas em relação à sua função específica. Por isso, apresenta quatro aspectos relevantes dessa formação: os empregados serem instruídos que as leis existem para serem cumpridas, serem comunicados dos critérios legais de imputação, saberem que em casos de dúvida devem recorrer ao conselho do especialista jurídico da empresa e, por fim, que devem ser estabelecidas sanções internas para o descumprimento das regras.

O controle a que se refere o autor alemão é a referida supervisão e vigilância que a empresa deve realizar sobre os funcionários selecionados e instruídos. Vê-se, então, que o autor apresenta, na realidade, fases da implementação de um programa de *compliance*. Assim, defende que haja supervisão por parte do alto escalão e daqueles que delegam as funções sobre os funcionários e delegados, mas segundo uma viabilidade prática, sob pena de não ter sentido nenhum a delegação (acaso fosse necessária uma vigilância permanente de cada ato). Por isso, o autor defende que vige o princípio da confiança¹⁸³, podendo os diretores da empresa confiarem que seus funcionários e os demais colegas respeitarão as leis.

Outra perspectiva possui Adan Nieto Martín, que, em sua obra de 2008, ao analisar o conteúdo dos programas de *compliance*, o dividiu em¹⁸⁴: código de conduta difundido, sistemas de controle, whistleblowers e institucionalização do *compliance* dentro da empresa. Posteriormente, em seu Manual de *compliance*, publicado em 2014, apresentou como elementos comuns de um programa de cumprimento¹⁸⁵: a análise de riscos, a existência de um código de ética ou de conduta e políticas de empresa, sistemas de controle, sistemas de formação e difusão, mecanismos de detecção e sanção, protocolos de reação, institucionalização do *compliance* na empresa, avaliação periódica e, ainda a documentação.

Analisando a divisão do primeiro trabalho do autor, ele explica que código de conduta possui duas concepções. Uma que o liga a um conjunto de disposições cuja finalidade reforça os mandamentos e proibições legais, que muitos chamam de *compliance* e outra concepção que entende que isso é reduzir o instrumento, o qual deve ter, em verdade, a função de promover uma cultura dentro da organização para além do cumprimento da lei, mas a criação de padrões éticos na atividade empresarial. Nieto Martín expõe que não é efetivo um código de conduta que se limite a reproduzir um sistema policial e de sanção dentro da empresa, de maneira que é necessário que os funcionários passem a incorporar os valores de uma cultura de respeito a legalidade e de ética. Nesse sentido, o autor faz uma afirmação interessante, de que não é só porque, eventualmente, em país estrangeiro seja legal

¹⁸³ Cfr. CALLEGARI, André Luís, O princípio da confiança no Direito Penal, in Boletim do IBCCRIM, ano 7, nº 78, 1999, p.3. e GUARAGNI, Fábio André, idem nota 119.

¹⁸⁴ NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.240-263.

¹⁸⁵ NIETO MARTÍN, Adan, Fundamentos y Estructura de los programas de cumplimiento normativo, in NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p. 129-131.

o trabalho de menores de idade em condições precárias ou que se causa danos ao meio ambiente que isso é suficiente para se afirmar que a empresa age adequadamente, por isso um Código de Conduta não deve se preocupar exclusivamente com proibições legais, mas, sobretudo, com os padrões éticos que estabelece.

Ademais, para o autor espanhol, um Código de Conduta não pode ser muito amplo, sob pena de ter uma execução muito complexa. Deve ter como prioridade os delitos e infrações que afetam mais a empresa em sua atividade bem como deve ser realizada uma história previa da organização a fim de verificar como ela costumeiramente age no mercado. Em resumo, os códigos de conduta devem ter como funções prioritárias: reforçar os mandamentos legais, os quais são mais importantes que quaisquer outros objetivos da empresa; especificar em concreto as normas jurídicas, demonstrando a forma como os pregados devem atuar em situações de risco (essa especificação deve ser aberta e dinâmica para abarcar mais comportamentos possíveis e novas situações), comunicar todos aqueles que possuem relações com a empresa que ela segue normas e procedimentos, o que não só gera um benefício para sua reputação como também deixa claro para fornecedores e prestadores de serviço que eles devem seguir esses padrões e, ainda, criar normas de comportamento, por exemplo em relação ao comportamento pós delitivo, estabelecendo as condutas a serem praticadas pelo funcionário após a descoberta de determinada infração, essencial para a diminuição da sua *reactive fault*.

Atento à necessidade de engajamento real dos funcionários com os mandamentos do Código, Nieto Martín aponta para a necessidade de um programa de difusão e comunicação adequado, o que entende como imprescindível para que o código seja seguido. Assim, apresenta as possibilidades de publicação do código por escrito e a devida distribuição, bem como as páginas de internet como meios capazes de as disposições chegarem aos funcionários, os quais podem ter a seu dispor *hotlines* para consultas anônimas bem como podem ter à sua disposição a realização de seminários, cursos e grupos de discussão para que possam conhecer mais profundamente e discutir as disposições do Código de Conduta.

Os sistemas de controle, fundamentais para um sistema de *compliance*, o professor espanhol aponta como as medidas que servem para assegurar que aquilo disposto no Código de Conduta seja seguido. O controle pode ser externo (realizado pelas autoridades ou por

auditores independentes) ou interno, que é o que importa para a análise em questão, ligado à implementação e um modelo de organização que vise prevenir e, se for o caso, detectar a prática de crimes. O controle interno, por sua vez, divide-se, para ele, em sistema de controle em sentido próprio e auditoria interna, sendo que esta última é realizada *ex post*, para detectar possíveis irregularidades que tenham sido cometidas, ao contrário dos sistemas de controle que possuem um caráter *ex ante*, prevenindo a prática de delitos.

Os princípios mais importantes de um sistema de controle apresentados por Nieto Martín são: i) separação de poderes, que pode ser verificada de formas diversas, mas uma comum é que um ato empresarial necessite da intervenção de diversas pessoas ou departamentos, para que seu controle se dê de forma sucessiva; ii) documentação, ligado a necessidade de documentar as operações como também os controle efetivamente realizados e iii) congruência, que busca proibir operações sem contrapartida ou com uma contrapartida excessiva. Para que o sistema de controle funcione adequadamente, é absolutamente necessário um bom sistema de informação, para que as decisões possam ser tomadas com veracidade e fiabilidade de informações. Ainda dentro de sistemas de controle, são apresentadas as chamadas normas de organização, que dividem as responsabilidades internamente através da divisão de tarefas e atribuições específicas.

Outro elemento trazido pelo autor são os *whistleblowers*, os quais chama também de denunciante cívicos. Embora tenhamos optado, neste trabalho, por estudar especificamente esse tema mais a frente, desde logo se define como uma medida que visa a estimular as denúncias de delitos cometidos.

Por fim, a institucionalização na empresa do *compliance* está ligada ao verdadeiro empenho interno em seguir e adotar essas medidas de prevenção. Nesse sentido, a definição das atribuições do Conselho de Administração e da alta hierarquia da empresa mudou, porque começou a abarcar uma função efetivamente de vigilância. Nesse ponto, muito importante é o fato para o qual o autor chama a atenção de que o verdadeiro engajamento dos altos diretores é muito importante sobretudo por um valor simbólico de transmitir para os demais empregados o exemplo, isto é, de que realmente tais medidas se revestem de importância para a empresa. Ainda nesse contexto de institucionalização, as empresas têm criado comitês de *compliance* ou ética bem como departamentos específicos de

*compliance*¹⁸⁶ ou, ao menos, incluído essa atribuição entre as que possui a assessoria jurídica. Assim, cria-se o dever de acompanhamento permanente dessas medidas.

Como comentado, posteriormente, Nieto Martín, em seu *Manual de Cumplimiento Penal em la Empresa*, apresentou os seguintes elementos comuns ao conteúdo de um programa de compliance: i) a análise de riscos, responsável por detectar quais são os delitos mais prováveis de serem cometidos no âmbito da empresa, bem como os setores mais afetados e a eficácia das medidas existentes; ii) o código de ética ou de conduta, já exposto anteriormente, responsável por estabelecer as normas e diretrizes de comportamento iii) o sistema de controles, também já exposto, consistente nas medidas internas que visem garantir o cumprimento das medidas estabelecidas, as quais podem ser diversas, mas cita, como exemplo, a seleção adequada de pessoal, o controle de pagamentos e a execução de *due dilligence* na ocasião de contratar agentes comerciais; iv) formação e difusão, consistentes em assegurar que os empregados saibam o que devem fazer para cumprir suas atribuições de acordo com o programa de *compliance* bem como tenham a seu dispor um canal adequado para comunicação sobre eventuais dificuldades; v) mecanismos de detecção e sanção, que é, na realidade, o sistema de detecção, investigação e punição da infração. Nesse contexto, se inserem as investigações internas e os canais de denúncia; vi) protocolos de reação, que devem ser somados à prevenção, detecção e sanção. Trata-se do modo de agir depois do conhecimento da prática de determinado delito, como a reparação ou a colaboração com as autoridades; vii) institucionalização, que divide em duas vertentes: uma ligada à determinação do responsável pelo controle de riscos penais em cada atividade, outra relacionada à determinação de quem vai ser responsável pelas áreas do cumprimento, tais como o canais de denúncia, as investigações internas, o código de ética, etc. É efetivamente estabelecimento dos responsáveis pelo o cumprimento, institucionalizando-o na empresa; viii) avaliação periódica, que é a constante necessidade de avaliação do programa de compliance, notadamente quando há a demonstração, por algum evento, de alguma deficiência e, por fim, ix) documentação, que é a obrigação de documentar todo o controle

¹⁸⁶ O autor comenta que a atribuição relativa ao *compliance* pode ser centralizado, ou seja, concentrado em alguma pessoa ou um específico departamento ou descentralizado, hipótese em que é dividido entre várias unidades ou comitês independentes e autônomos, mas com um coordenador geral. Para ele, a vantagem da descentralização é que, nesse modelo, a participação dos empregados seria maior e a vantagem da centralização é que geraria maior uniformidade e unidade de critérios. Cfr. NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p.263.

feito através do programa de cumprimento, o que é de suma importância para eventual futura defesa da empresa.

Ocorre, ainda, que o notável professor espanhol não considera como elementos do conteúdo determinados componentes que, geralmente, são entendidos assim. Esses seis elementos ele qualifica como critérios de qualidade dos programas de *compliance*. São eles¹⁸⁷: a participação direta e efetiva dos diretores da empresa na execução do programa de cumprimento, demonstrando para os seus funcionários o seu real comprometimento com o modelo adotado, supervisionando e auxiliando, no que for necessário, os funcionários sob sua responsabilidade em relação às questões do *compliance*; a existência de mecanismos que permitam a participação dos empregados e dos *stakeholders* tanto no desenho quanto na implementação, execução e revisão do programa, a fim de que ele seja mais legítimo e eficaz; a coerência da atuação da empresa com aquilo desenhado no programa de cumprimento, ou seja, um ambiente que demonstre que a cultura da empresa está, de fato, de acordo com as diretrizes éticas e legais estabelecidas de maneira transversal na empresa (isto é, faz parte de todas as áreas da organização); a qualificação técnica e independência de atuação dos responsáveis maiores pelo *compliance*; a presença de recursos humanos e financeiros adequados para a implementação do programa e, por fim, a necessidade, para boa vigência do programa, que os funcionários de todos os níveis saibam suas funções e obrigações específicas para com o sistema de *compliance* bem como que saibam que as sanções internas são efetivamente executadas.

Para Lascurain Sanchez, um programa de *compliance* consiste em um micro ordenamento penal interno da organização. Nesse sentido, a empresa teria que, para construir um programa de cumprimento, que i) estabelecer normas em relação ao controle que pretende exercer, de forma clara, comunicativa e que vincule os destinatários, sendo certo que precisam ser provenientes de um órgão com legitimidade para tal estabelecimento; ii) em relação a essas normas seria necessariamente prévio que houvesse uma análise de riscos, consistente na reflexão da possibilidade e lesividade das condutas; iii) tendo em vista que as normas penais não são éticas, mas axiológicas, seria imperativo um sistema sancionador para dissuadir o potencial infrator e, por fim, iv) a criação de instituições responsáveis por gerir,

¹⁸⁷ NIETO MARTÍN, Adan, nota 185, p.133-134.

atualizar, supervisionar e sancionar o incumprimento de tais normas, para que o sistema sancionador funcionasse adequadamente¹⁸⁸.

Por isso, o autor espanhol divide o *compliance*, em termos de conteúdo, em quatro grupos: análise de riscos, sistema de normas, sistema sancionador e instituições. A análise de risco consistiria em analisar quais riscos é que se precisa prevenir através do programa de cumprimento. É perguntar: quais, em que etapa e por quem os delitos são passíveis de cometimento na atuação da empresa e com que probabilidade, a fim de que as estratégias a serem adotadas para preveni-los sejam eficazes assim como os recursos distribuídos para tais estratégias sejam racionais e otimizados. Para Lascurain Sanchez, dois fatores precisam ser levado em consideração aqui: i) a probabilidade em abstrato do fato delitivo, tendo em vista que alguns riscos são estruturais (como os tributários, que seriam iguais para todas as empresas) e outros conjunturais (mudam conforme o ramo de atuação da organização, como é o caso da corrupção pública para as empresas que atuam com a Administração Pública e os crimes ao meio ambiente no caso de empresas químicas por exemplo) e ii) a existência de um sistema de controle, que pode, em concreto, reduzir drasticamente esse risco; o que altera muito o que se verificara no risco abstrato. Por isso, é necessário ter em mente esses dois aspectos quando se avaliar o risco de atividade da empresa, levando em consideração seus procedimentos e gestão, captação de clientes e o processo produtivo para a partir de cada um deles identificar os riscos e melhores estratégias de prevenção.

O sistema de normas aparece depois que já são conhecidos os riscos da atuação, a fim de se construir regras claras que proibam condutas delitivas e, inclusive, condutas previas destinadas a evitar que sejam praticadas as condutas delitivas. O autor defende a necessidade de uma norma *mater* no topo da pirâmide, que seria um código de ética ou de conduta. Esse código é destinado a expressar os valores da organização bem como normas essenciais de conduta destinadas aos seus integrantes que visam fomentar a fidelidade e o pertencimento destes em relação à empresa. Como o próprio Lascurain Sanchez relembra, nada mais é do que aquilo que conhecemos por prevenção geral positiva, já que os membros daquela empresa vão se sentir orgulhosos de pertencer a ela e dispostos a observar normas

¹⁸⁸ Em relação à posição do autor sobre os elementos que constituem o conteúdo de um programa de compliance, LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los Programas de Cumplimiento como programas de prudência penal, RPCC 25, 2015, p.106-113.

impostas, por estarem inseridos num ambiente de legalidade e ética em que as regras impostas se fazem valer.

É absolutamente imprescindível, nessa linha de raciocínio, que o código de ética se dirija também aos administradores e diretores, não apenas aos subordinados. Também é importante que não seja idealizado apenas pelo conselho de administração, devendo haver participação do corpo de funcionários da empresa para conferir maior legitimidade a ele, bem como, se possível, inclusive a participação de órgãos externos que possam ser afetados pela atuação da empresa.

O sistema sancionador, terceiro elemento do programa para o autor, engloba os mecanismos para detectar as irregularidades e a sua devida sanção. Dentro desse sistema, estão dois importantes mecanismos: o que garante confidencialidade e anonimato ao funcionário que denuncia a prática de alguma irregularidade por parte de qualquer membro da empresa e, ainda, um sistema de investigações internas eficaz e garantista. Sobre esses dois mecanismos, especificamente, optaremos por abordá-los em separado mais adiante.

Por fim, aquilo que Lascurain Sanchez chama de quarto pé da mesa preventiva, as instituições de prevenção. Fazendo uma comparação com um sistema penal estatal, que precisa de policiais, promotores e juízes, o autor espanhol defende que para ser bem-sucedido o *compliance* necessita de um órgão específico de cumprimento, criado através da delegação do Conselho de Administração. Esse órgão, responsável por liderar o controle, deve revisar a eficácia do sistema, gerir o referido canal de denúncias e se encarrega das chamadas investigações internas, sendo certo que precisa de total independência e autonomia em relação ao Conselho de Administração¹⁸⁹.

O autor alemão Ulrich Sieber, por sua vez, define algumas atribuições de um programa de *compliance*, de maneira bastante parecida com o que vimos até agora. Para ele, as atividades a serem desenvolvidas pelo responsável pela implementação do referido programa, em síntese, são: i) especificar os objetivos e valores que a empresa deseja reforçar

¹⁸⁹ No caso de pequenas e médias empresas, o autor reconhece que poderá vir a ser difícil a constituição de um órgão que possa ter controles sobre o Conselho, situação na qual as alternativas seriam um conselheiro independente ou a externalização da função. LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los Programas de Cumplimiento como programas de prudência penal, RPCC 25, 2015, p.113. Sobre a aplicação de programas de *compliance* especificamente para empresas de pequeno porte, Cfr. EDINGER, Carlos. Corrupção: programas de integridade para microempresas e empresas de pequeno porte in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.247 e ss.

e comunicar os trabalhadores a respeito para que eles possam seguir essas normas de condutas; ii) criar mecanismos de descobrimento de eventuais irregularidades, como as chamadas *hotlines* anônimas para denunciante bem como mecanismos sancionadores dentro da empresa com medidas disciplinares; iii) fundamentar a responsabilidade de todos os níveis hierárquicos da empresa, sobretudo dos altos diretores; iv) receber a participação de auditores e controles externos para avaliar o programa e v) criação de estruturas que permitam o melhoramento das anteriores¹⁹⁰.

Para além das posições doutrinárias em relação ao conteúdo dos programas de *compliance*, é absolutamente imprescindível examinarmos o que as legislações dos países que já o preveem como causa de isenção ou atenuante da responsabilidade entendem como um programa apto a gerar esses benefícios. Por essa razão, passamos a examinar algumas dessas disposições.

Como já abordamos neste estudo, os Estados Unidos da América adotam um sistema de “pontuação” para se chegar a pena a ser aplicada, limitando a discricionariedade do juiz. Com o tempo, esse “guia” passou a prever quais mecanismos deveriam reunir os chamados códigos de autorregulação, os quais passaram a ser denominados *effective compliance and ethics programs*. Dessa forma, as guidelines passaram a dedicar uma seção completa e atualizada (§2º, B2.1 do capítulo 8º), o que foi mantido no atualizado guia de 2016.

Vejamos, então, quais os componentes necessários para que um programa de *compliance* seja efetivo à vista da legislação americana¹⁹¹: i) a prática de *due diligence* para prevenir e detectar uma conduta criminosa e, também, promover uma cultura de ética e comprometimento com a legalidade na empresa; ii) o estabelecimento de padrões e procedimentos a fim de, exatamente, prevenir e detectar condutas criminosas; iii) a existência de conhecimento e de controle por parte do alto escalão da empresa acerca do programa, assim como a designação, entre esses, de uma pessoa específica para assumir a responsabilidade sobre o dito programa, que deve ser exercida com a devida diligência; iv) a atribuição a um grupo de funcionários específico do dever de controlar, no dia a dia, o cumprimento do programa desenhado, assim como a elaboração de informes periódicos

¹⁹⁰ SIEBER, Ulrich, nota 101, p. 72 e p.75.

¹⁹¹ O conteúdo descrito é, em verdade, aquele que as Sentencing Guidelines preveem na sua atualização de 2016, especificamente no §8B2.1, disponível em <<https://www.uscc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8#NaN>> Acesso realizado em 18 de março de 2018.

sobre seu desenvolvimento e execução, sendo certo que para poderem cumprir com esses deveres precisam possuir recursos adequados, autoridade apropriada e acesso direto à direção da empresa; v) a exclusão da diretoria de qualquer pessoa que, no passado, tenha realizado atividades ilegais ou incompatíveis com o programa de *compliance* adotado, fato conhecido da empresa ou que deveria ter sido conhecido através do emprego da devida diligência; vi) a existência de comunicação periódica e de treinamento prático a respeito do conteúdo do programa de *compliance* para todo o pessoal da empresa, desde o alto escalão até o funcionário de menor hierarquia, incluindo cursos a respeito das responsabilidades de cada um; vii) a existência de medidas de controle interno que monitorem se o programa está sendo seguido bem como possam detectar eventual conduta criminal e, ainda, avaliar continuamente a efetividade do programa implementado; viii) possuir e publicar um sistema que permita as denúncias de potenciais condutas criminosas ou práticas delitivas já em curso no âmbito da empresa, com anonimato garantido a fim de evitar represálias; ix) a existência de incentivos apropriados para aqueles que agem de acordo com o programa estabelecido bem como medidas disciplinares sancionatórias igualmente adequadas para aqueles que tenham cometido alguma conduta criminosa ou tenham falhado nas medidas de prevenção e detecção de uma; x) a diligência adequada em, depois de uma conduta criminal ser detectada, responder apropriadamente a ela bem como prevenir que não ocorra mais nenhuma prática similar, incluindo fazer todas as modificações necessárias no programa para corrigir eventual erro, bem como periodicamente reavaliar os riscos que possui quanto a eventuais condutas criminosas e, identificando possíveis atualizações, implementar modificações necessárias para reduzir tais riscos.

Como relatado, são os pontos acima revelados que permitem à justiça americana avaliar a efetividade de um programa de *compliance*. Isso é bastante relevante tendo em vista que as próprias *guidelines* determinam que, embora os programas devam ser desenhados, implementados e executados de maneira a ter uma eficiência geral para prevenir e detectar crimes, a falha de prevenção ou detecção em um caso específico não necessariamente significa que o programa não é efetivo em geral. Por isso, tais elementos são elevados em consideração para avaliação de sua responsabilidade penal no caso de ter havido alguma prática criminosa, o que não poderia ser diferente já que a empresa só estará sendo processada caso tenha havido alguma conduta criminosa no âmbito de sua atuação. Aliás, fosse diferente, não haveria razão de ser das próprias disposições acima desenvolvidas.

Outro documento norte-americano que pode ser útil para discutirmos o conteúdo de um programa de *compliance* é o *FCPA Resource Guide*, que se trata de um guia de auxílio para que as empresas entendam melhor como funciona a legislação anticorrupção sobre a qual já comentamos. Nesse guia, publicado em 2012, buscou-se facilitar os critérios de valoração da implementação de um programa de cumprimento adequado e eficaz cujo objetivo seja prevenir as práticas proibidas pelo próprio FCPA.

Embora o guia preveja que cada companhia deve ter um sistema diferente de *compliance*, tendo em vista seu tamanho e a particularidade dos riscos associados às suas atividades, o que faz com que inexista um modelo único, ele estabelece os marcos comuns aos sistemas de cumprimento, os quais são entendidos como imprescindíveis. Como era de se esperar, não são muito diferentes dos estabelecidos pela Sentencing Guidelines.

O *FCPA Resource Guide* apresenta, assim, os seguintes elementos comuns aos programas de compliance tido como efetivos¹⁹²: i) comprometimento do Conselho de Administração e a Diretoria Executiva com o programa bem como o estabelecimento de uma política interna anticorrupção que seja claramente implementada pelo próprio alto escalão da empresa; ii) o estabelecimento de um Código de Conduta que define as atividades que devem e as atividades que não devem fazer parte do cotidiano dos funcionários, inclusive pequenas situações tais como o recebimento ou oferecimento de presentes simbólicos; iii) a nomeação de um integrante da empresa ou um departamento responsável pela supervisão do programa de *compliance*, sendo certo que o mesmo deve ser dotado de autonomia e recursos suficientes para realizar com efetividade seus objetivos; iv) a análise de riscos necessária para definir, com exatidão, quais as vulnerabilidades específicas ligadas à atuação daquela empresa, tendo em vista, nomeadamente, o país e o setor em que atua, as oportunidades de negócio, os parceiros comerciais (inclusive os potenciais), o nível de envolvimento com governos, o nível de regulação estatal do setor e a exposição em relação à alfândegas e imigração na condução dos negócios; v) a existência de treinamento adequado para que a comunicação aos funcionários dos procedimentos de *compliance* seja eficaz e efetivamente apreendida por eles, nos quais se incluem os altos diretores, o qual deve ser constantemente atualizado e repetido, ou seja, um treinamento contínuo; vi) a criação de medidas de incentivo para aqueles membros que atuam em conformidade com o programa de

¹⁹² Disponível em <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>, a partir da página 57 do Guia. Acesso realizado em 18 de março de 2018.

compliance, tais como avaliações positivas ou promoções, demonstrando como é positivo que se siga aqueles normas bem como medidas disciplinares que sancionem aqueles que atuam contrariamente ao programa, as quais devem ser aplicáveis a todo e qualquer membro da empresa independente de sua importância ou posição, a fim de se demonstrar que as consequências do mau comportamento são verdadeiras; vii) a existência de controle e das devidas diligências de supervisão sobre terceiros com quem a empresa contrate, tais como agentes, consultores e distribuidores, cujas ações devem ser acompanhadas pelo *compliance* da empresa; viii) a existência de mecanismos para que os funcionários possam denunciar condutas suspeitas de maneira confidencial e anônima bem como procedimentos de investigações internas de tais denúncias; ix) atualizações contínuas que permitam melhorias permanentes do programa, incluindo testes periódicos e revisões dos procedimentos e, ainda, x) a existência de diligências devidas antes de realizar uma fusão ou aquisição bem como uma integração adequada pós operação entre a nova organização societária e seus procedimentos, inclusive os de *compliance*.

Nos Estados Unidos, também outro manual traz os componentes centrais de um programa de *compliance*. Trata-se do *Business Ethics: A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies*, um manual do Departamento de Comercio publicado em 2004 voltado para as empresas que atuam nas economias emergentes. Os referidos componentes são¹⁹³: i) o estabelecimento de padrões e procedimentos que orientem o comportamento dos membros da empresa e que promovam de maneira razoável as expectativas dos stakeholders; ii) a criação de estruturas e sistemas que forneçam autoridade, responsabilidade, transparência e sustentabilidade; iii) a comunicação adequada dos padrões, procedimentos e expectativas criados a todos os membros da empresa; iv) o estabelecimento de programas que monitorem a conduta dos funcionários; v) o encorajamento de todos os colaboradores da empresas de denunciarem praticas suspeitas; vi) a devida diligencia, nomeadamente da vida pregressa, de todos aqueles que forem contratados para posições sensíveis, tais como para as áreas de direção, finanças e contratos; vii) a criação de estímulos para que os membros sigam os padrões e procedimentos estabelecidos; viii) a implementação de sanções adequadas para as violações

¹⁹³ Disponível em https://www.trade.gov/goodgovernance/adobe/bem_manual.pdf A partir da página 53. Acesso realizado em 19 de março de 2018.

de procedimentos e padrões e, ainda, ix) a avaliação contínua quanto à efetividade do programa implementado.

De maneira bastante similar, o Ministério da Justiça do Reino Unido também achou por bem elaborar um guia que as organizações pudessem seguir afim de se precaverem das punições previstas pelo já comentado UK *Bribery Act*. Por isso, em maio de 2011, ano seguinte à criação da referida legislação anticorrupção, um verdadeiro manual sobre procedimentos de prevenção a práticas corruptas permitiu que as empresas entendessem melhor o que, efetivamente, o *Bribery Act* esperava delas.

O Guia, inobstante dispor que cada empresa precisa criar um programa de *compliance* que lhe seja adequado, levando em consideração seu tamanho, seus objetivos, sua atuação e as demais circunstâncias que sejam importantes para o seu desenho, propõe seis princípios a partir dos quais as pessoas jurídicas deverão construir seus programas de cumprimento. Tais princípios serão, portanto, a seguir analisados¹⁹⁴.

O primeiro princípio trazido pelo guia britânico é o comando de proporcionar procedimentos. Em verdade, trata-se do que optamos por chamar de programa de *compliance stricto sensu*, na medida em que se trata dos procedimentos preventivos que a empresa deve implementar tendo em vista os riscos que em frente bem como o ramo, tamanho e complexidade de suas atividades.

O segundo princípio é o comprometimento dos altos diretores da empresa, isto é, dos superiores hierárquicos. O Conselho de Administração, a diretoria executiva, os donos, enfim, todos aqueles que se encontram na cúspide da pirâmide devem estar comprometidos com a prevenção à corrupção a fim de propiciar a criação de uma cultura de legalidade. Isso ocorre através da sua participação ativa na implementação e na execução do *compliance*.

O terceiro princípio é a realização de uma análise de riscos. Isso se traduz na necessidade de a empresa avaliar, criteriosamente, a extensão e natureza dos potenciais riscos internos e externos relacionados à prática de corrupção por pessoas a ela associadas. Essa avaliação precisa ser periódica, documentada e, também, informada a todos os *stakeholders*.

O quarto princípio é a conhecida *due diligence*. Trata-se da realização de procedimentos que avaliem os riscos da atuação de terceiros com quem ela contrata

¹⁹⁴ Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> A partir da página 20. Acesso realizado em 24 de março de 2018.

cometerem os atos que se busca evitar. Tal providência será ainda mais importante quando, por força da legislação ou de convenções, for obrigatória a contratação de agentes locais (estrangeiros) para a realização de determinada atividade.

O quinto princípio é comunicação efetiva, incluindo o treinamento. Isso significa que as organizações precisam assegurar que a prevenção que estão buscando através de seus procedimentos estão sendo apreendidas verdadeiramente por seus funcionários e colaboradores. Para que isso aconteça, é absolutamente necessário que a comunicação seja clara, completa e inclua o treinamento adequado para que todos possam seguir as regras de *compliance*.

O sexto e último princípio trazido pelo Guia do UK *Bribery Act* é a necessidade de monitoramento e revisão. É imprescindível, para um bom programa de *compliance*, que o monitoramento relativo aos comportamentos adotados seja contínuo, bem como que a revisão dos próprios procedimentos adotados também, porque, certamente, atualizações e ajustes serão necessários.

Em 2015, foi a vez da Espanha de, ao prever a isenção ou atenuante da responsabilidade penal da pessoa jurídica em razão de ela possuir um programa de *compliance*, expor o que chamou de requisitos dos modelos de organização. Assim, para que as empresas eventualmente processadas criminalmente pudessem fazer jus aos benefícios descritos no código penal acerca dos programas de cumprimento, a legislação espanhola achou por bem apontar os elementos necessários que tais programas deveriam conter.

Dessa maneira, o artigo 31 bis. 5 traz os seis requisitos necessários, quais sejam: i) a identificação das atividades em cujo âmbito possam vir a serem cometidos os delitos que se busca prevenir, ii) o estabelecimento de procedimentos que deem concretude aos objetivos perseguidos pela empresa, a fim de que possam guiar as tomadas de decisão e a execução das atividades empresariais; iii) a existência de modelos de gestão de recursos financeiros que impeçam a comissão de delitos; iv) a imposição da obrigação de informe sobre possíveis riscos ou violações ao órgão encarregado de executar e supervisionar o programa de *compliance*; v) o estabelecimento de um sistema de sanções disciplinares para o incumprimento das medidas estabelecidas e, ainda, vi) a realização de uma verificação periódica do modelo e sua modificação quando houver a verificação de que alguma parte não está funcionando adequadamente ou quando houver mudanças na empresa que a façam igualmente necessária.

Como bem comenta Jacobo Dopico, o artigo espanhol é uma cópia integral do artigo italiano relativo ao tema. O autor espanhol chega a chamar essa parte da legislação espanhola de um “plágio legislativo”¹⁹⁵ ou “*frankenstein* jurídico”¹⁹⁶. Por essa razão, deixaremos de expor a previsão italiana quanto aos requisitos necessários para um programa de *compliance* porque, a rigor, acabaríamos por repetir *in totum* o que se acabou de apresentar quanto à previsão espanhola. Fica-se, contudo, consignado que, na legislação italiana, tal disposição se encontra no artigo 6.2 do próprio Decreto Legislativo 231/2001.

A legislação argentina, por sua vez, é extremamente recente. De acordo com a lei 27401, que fora publicada em 2017 e entrou em vigor neste ano de 2018, um programa de *compliance* pode vir a isentar a pena e a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica. Para tanto, esse programa deverá reunir os elementos previstos no artigo 23 de tal lei.

Os referidos elementos são: um código de ética (ou de conduta) ou a existência de políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos da empresa relativas à exceção de suas tarefas laborais; a existência de regras e procedimentos específicos que previnam ilícitos em licitações, na execução de contratos administrativos ou qualquer interação com setor público e a realização de capacitações periódicas sobre o programa de integridade a todos os membros da empresa. Além desses, a lei também coloca como opcionais os seguintes elementos: análise periódica de riscos e consequente adaptação do programa de integridade; o apoio visível e inequívoco ao programa de integridade por parte da alta direção e gerencia; os canais internos de denúncia de irregularidades, abertos a terceiros e adequadamente difundidos; uma política de proteção de denunciantes contra represálias; um sistema de investigação interna que respeite os direitos dos investigados e imponha sanções efetivas às violações do código de ética ou conduta; procedimentos que comprovem a integridade e trajetória de terceiros no momento de contratar seus serviços; a devida diligência durante os processos de transformação societária e de aquisições; o monitoramento e avaliação contínua da efetividade do programa de integridade; um responsável interno a cargo de quem fique desenvolver, coordenar e supervisionar o programa de integridade e, ainda, o cumprimento das exigências regulamentares que eventualmente venham ser emitidas pelas autoridades.

¹⁹⁵ DOPICO, Jacobo, nota 37, p. 22

¹⁹⁶ *Ibidem*

Em suma, como é possível depreender de tudo o que foi apresentado, os elementos que fazem parte do conteúdo de um programa de *compliance* não são exatamente uniformes a partir da comparação de posições doutrinárias e previsões legais dos Estados que o fazem. Ao mesmo tempo, contudo, tais elementos também não são consideravelmente diferentes, de maneira que é possível afirmar que existe um “núcleo” comum a todas essas visões. Por essa razão, tendo em vista o que foi exposto, apresentamos, abaixo, o que nos parece ser o conteúdo mínimo de um programa de *compliance*, sendo certo – todavia – que os elementos específicos do programa só poderão ser realmente desenhados quando se está diante de uma empresa específica, cujo tamanho – tanto em número de funcionários quanto em faturamento – e cuja área de atuação estejam bem definidos, a fim de que o desenho se amolde, perfeitamente, a ela.

Primeiramente, é de imensurável importância a realização de uma análise de riscos completa e bem aprofundada, que possa propiciar à empresa o real grau de suas vulnerabilidades. Uma vez feita essa análise, o segundo elemento nos parece ser a elaboração de um código de conduta, no qual se estabeleçam os comportamentos adequados e os comportamentos proibidos, bem como já se preveja quais os procedimentos serão adotados para controlar e, eventualmente, punir os possíveis desvios comportamentais. Esse código de conduta é importante, também, para reforçar os valores éticos da companhia, sendo certo que dele devem participar os funcionários dos mais diversos graus de hierarquia.

O terceiro elemento é, a nosso ver, a comunicação e, sobretudo, o treinamento adequado e incansável de todos os membros da empresa acerca do estabelecido no código de conduta criado. Assim, os colaboradores da organização podem tirar suas dúvidas e verdadeiramente internalizar aquilo que foi constituído. O quarto elemento, que, a rigor, parece-nos concomitante ao terceiro, é a implementação dos procedimentos de controle que foram previstos no código, dentro dos quais é necessário que existam os protocolos necessários para a detecção, interrupção e sanção de condutas desviadas. Aqui, incluem-se os chamados canais de denúncia (*whistleblowers*) e as chamadas investigações internas, elementos voltados, respectivamente, para se tomar conhecimento e se apurar eventuais práticas criminosas no âmbito da empresa, sobre os quais vamos nos debruçar com mais detalhes adiante.

O quinto elemento seria a constituição de um departamento responsável pela execução dos procedimentos de controle, isto é, um setor efetivamente responsável pelo

compliance. A ele caberia tanto acompanhar os procedimentos que buscam detectar eventuais cometimentos de ilícitos bem como gerir o canal de denúncias e dirigir as investigações internas. O sexto elemento, por sua vez, constituir-se-ia na avaliação permanente do programa, de maneira que, identificado um erro de monitoramento, o mesmo possa ser rapidamente consertado. Aqui se incluem, também, a necessidade de atualização dos procedimentos de controle na medida em que as circunstâncias a sugerirem e a participação de auditorias externas, que possam fazer uma análise do programa em vigor mediante um recorte temporal.

A esses elementos também se somam, em nosso sentir, outros, nomeadamente aqueles os quais Nieto Martín entende como relativos não ao conteúdo, mas ligados à qualidade do programa implementado¹⁹⁷. Nesse sentido, parece-nos evidente que é imprescindível o comprometimento irrestrito do nível hierárquico mais alto da empresa, o qual também deve estar submetido a toda as regras do *compliance* e a construção democrática do desenho do programa implementado, de maneira que haja participação efetiva do corpo de funcionários de todos os escalões e, inclusive, dos demais *stakeholders*, além dos órgãos ou agências de controle, para que o programa seja dotado de maior legitimidade e eficácia. Igualmente necessário a nosso ver é a investigação da vida pregressa dos contratados para cargos de direção, evitando-se ao máximo a contratação daqueles que já se envolveram com atividades criminosas no âmbito econômico e, ainda, a qualificação adequada para os cargos, sobretudo os destinados a dirigir o setor responsável pelo acompanhamento do *compliance*. Por fim, outro elemento absolutamente necessário para que um programa de *compliance* seja efetivo é que o tal departamento que dele se encarregue possua total autonomia em relação ao Conselho de Administração e/ou Diretoria Executiva, bem como possua os recursos financeiros e humanos necessários para o seu bom funcionamento.

IV.4 – Aspectos controvertidos do *Whistleblowing*

Como anteriormente exposto, um dos elementos fundamentais de um bom programa de *compliance* é a existência de um canal de denúncias interno, através do qual possa um funcionário reportar determinada conduta ilícita ou antiética de que tem

¹⁹⁷ NIETO MARTÍN, Adan, nota 185, p.133-134.

conhecimento a qual esteja ocorrendo no âmbito da atividade empresarial¹⁹⁸. Em inglês, o denunciante é chamado de *whistleblower*, razão pela qual esses canais de denúncia são comumente chamados pela própria doutrina especializada de *whistleblowing*. Essa ferramenta se demonstra extremamente eficaz porque a companhia passa a dispor de uma “polícia interna”, permanentemente vigilante, composta por seus próprios funcionários, que ficam atentos aos atos dos colegas, desde que – é claro – a empresa tenha conseguido implementar efetivamente um ambiente com uma cultura de respeito à ética e à legalidade¹⁹⁹.

O fator central para a construção de um canal de denúncias que busque ser efetivo é, indubitavelmente, a confiança. Isso se traduz, nomeadamente, em dois aspectos: confiança em que a denúncia será realmente estudada e devidamente investigada bem como confiança por parte do denunciante em que não será, por ter reportado tal fato, vítima de qualquer represália. Duas alternativas relativas a essa última preocupação são a criação de linhas de denúncias anônimas (*hotlines*) ou a concessão de prêmios para os denunciantes cujas informações ao final se comprovarem verdadeiras.

Embora possa parecer estranho um canal de denúncias interno na própria empresa, não custa lembrar que isso é muito menos danoso para esta do que essas denúncias fossem feitas a meios de comunicação por exemplo. Isso porque, neste caso, ela seria pega de surpresa, sem tempo para poder detectar a atividade ilícita. Por outro lado, o fato de o canal de denúncias ser interno não pode permitir de maneira alguma que ela mascare qualquer ato criminoso; ao contrário, deverá mostrar exatamente a efetividade do programa consistente na detecção via canal de denúncias de um fato ilícito, comunicando-o às autoridades e colaborando na medida que se fizer necessário²⁰⁰.

Ainda sobre o aspecto acima em comento, uma medida cada vez mais comum é atribuir a um órgão externo a responsabilidade por gerir o canal de denúncias, ao invés de deixa-lo sob o comando de algum departamento da empresa. Dessa maneira, a independência e imparcialidade dos que vão receber a denúncia e investiga-la será maior do que se tal incumbência recaísse sobre um membro da própria empresa, que, naturalmente, convive com

¹⁹⁸ Em nosso entender, serão práticas suscetíveis de denúncia todas aquelas que violam o Código de Conduta em vigor na empresa bem como qualquer violação a leis stricto-sensu ou atos normativos que sejam relacionados à atuação da empresa.

¹⁹⁹ Nesse sentido, GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, Whistleblowing.y canales institucionales de denuncia in NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.208.

²⁰⁰ Ibidem, p.217. Para a autora, solução intermedia seria a criação de agencias estatais encarregado de receber e investigar as denúncias, assegurando, contudo, que se preservasse a imagem da empresa.

os demais funcionários, inclusive os possíveis denunciados. Isso faz com que o programa de *compliance* estabelecido se afaste ainda mais de um programa cosmético, de fachada, porque estará buscando agentes externos para avaliarem possíveis práticas criminosas ocorridas em seu seio, o que traz ainda maior efetividade para o programa de cumprimento²⁰¹.

Outra questão relevante que se prende ao canal de denúncias é a obrigatoriedade ou não da denúncia por parte do funcionário que suspeita ou descobre eventual prática ilícita ou antiética na atividade empresarial. Embora nos pareça que só possa se tratar de um direito, ou seja, de um ato voluntário por parte do funcionário, que pode deixar de exercê-lo se quiser, mas que provavelmente buscará fazê-lo se realmente se perceber em um ambiente ético de trabalho, existe um recente movimento contrário que parece entender possível a implementação da denúncia como uma obrigação²⁰².

Nesse sentido, a própria legislação espanhola previu a denúncia como uma obrigação. Assim, em seu artigo 31 bis 5., determina que os modelos de organização e gestão que entende como possíveis de serem beneficiados pela atenuante ou isenção da responsabilidade deverão impor a obrigação de denunciar suspeitas de incumprimento, o que a nós causa certa estranheza porque parece criar a figura do “funcionário-policial”.

Outro ponto que também merece comentário é o tratamento dispensado ao *whistleblower*, isto é, se a ele será garantido o anonimato ou a confidencialidade. No primeiro, evidentemente, não há conhecimento por parte de ninguém daquele que denunciou e, no segundo, há conhecimento tão somente por parte dos encarregados de investigarem a denúncia recebida, sendo certo que, pelas razões há pouco comentadas, será melhor, nesse caso, transferir a responsabilidade pelo canal de denúncias e por tais investigações a um órgão externo.

Um canal de denúncias que garante o anonimato tende a ter maior demanda, porque os funcionários que desejem denunciar não terão qualquer temor em termos de represálias. Por outro lado, é certo que essa maneira também poderia incentivar denúncias de má fé ou

²⁰¹ Para Adan Nieto Martín, essa é a principal importância da implantação de um canal de denúncias na empresa, porque constitui um instrumento muito confiável para medir o grau da cultura empresarial em termos de ética e legalidade bem como é um exemplo bem ilustrativo de que ética empresarial e intervenção legislativa são estratégias complementares. Isso porque, para que tais canais funcionem, é necessário que tanto as medidas de auto-organização da corporação como as normas legais protejam o denunciante. NIETO MARTÍN, Adan, nota 49, p. 257-258.

²⁰² Nesse sentido, GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, nota 199, p.223. e MASCHMANN, Frank. *Compliance y Derechos del trabajador* In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.160-161.

cujo objetivo fosse efetivamente perseguir algum outro funcionário. Caso se opte pela confidencialidade, esse problema é bastante minorado e, existindo um ambiente de confiança dos membros da companhia no seu programa de *compliance*, não parece que deixariam de denunciar práticas irregulares, pois confiariam no efetivo sigilo de suas informações e identidade²⁰³²⁰⁴.

IV.5 – Aspectos controvertidos das *internal investigations*

Outro elemento já referido no presente estudo são as chamadas investigações internas, as quais são, indubitavelmente, um *must have* de qualquer bom programa de *compliance*²⁰⁵. No entanto, elas são, também, bastante polêmicas, porque – dentre outros aspectos a seguir comentados– colocam em conflito o direito à intimidade e à privacidade do funcionário com o direito do empregador de ter todas as informações sobre a atuação de seus empregados.

Em geral, uma investigação é iniciada porque a empresa é provocada a fazê-lo, em razão de ter tomado conhecimento da suposta prática de um ato irregular. Como já apontado anteriormente, uma das principais fontes dessa suspeita, se não a principal, é o canal de denúncias (*whistleblowing*), por todas as razões comentadas no ponto IV.4. Apesar disso, qualquer outra forma de conhecimento é absolutamente possível, tal como uma queixa de algum cliente e notícias de jornal²⁰⁶.

²⁰³ GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, nota 199, p.228. A autora relembra que, contudo, em caso de confidencialidade, será possível que se houver judicialização da questão a proteção da identidade do denunciante poderá vir a ser retirada através de um requerimento judicial. Para Gómez Martín o anonimato acaba por dificultar a defesa do denunciado na medida em que ele não poderá demonstrar, por exemplo, uma possível relação de inimizade com o denunciante, fator que poderia ter vindo a impulsionar este a fazer uma denuncia. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Compliance y derechos de los trabajadores* in MIR PUIG, Santiago (et al), Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid: Edisofer, 2014, p.129.

²⁰⁴ Para Nieto Martín, o canal anônimo não é necessariamente mais eficiente que o canal confidencial. Em verdade, para ele, a reclamação confidencial tem por si mesma mais credibilidade do que a anônima, mas essa a empresa também não pode simplesmente ignorar, devendo levar em conta a possibilidade de serem verdadeiras, ainda que se opte por um canal institucional de confidencialidade. NIETO MARTÍN, Adan. “Internal Investigations, Whistle-blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process”, in *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, p.76

²⁰⁵ Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan, Investigaciones Internas, in NIETO MARTÍN (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014, p.235 e ss.; MOOSMAYER, Klaus, Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales in in ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán, El Derecho Penal Económico en La Era Compliance, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p.137-138.

²⁰⁶ NIETO MARTÍN, ADAN, nota 205, p.236.

Quanto ao objeto de investigação, uma investigação interna pode estar ligada a fatos muito diversos, os quais podem ser agrupados em quatro conjuntos. São eles: fatos que ensejem a responsabilidade da empresa, fatos que são delitos dos quais a empresa é vítima, fatos que são delitos dos quais outro funcionário é vítima e, ainda, fatos que, embora não sejam necessariamente criminosos, violam o Código de Conduta ou Código de Ética em vigor na empresa²⁰⁷.

Embora Klaus Moosmayer aponte que, no âmbito de investigações internas, o marco legal é o Direito do Trabalho²⁰⁸, concordamos com Nieto Martín quando pondera que, inobstante tal fato, as investigações internas, de certa maneira, representam uma privatização do processo penal²⁰⁹, podendo lhe ser, inclusive, complementar. Por isso, é necessário que o direito processual penal também seja tomado como referência, evidentemente que com as adaptações pertinentes ao âmbito interno de uma empresa²¹⁰. Assó, os direitos básicos de todo processo devem ser respeitados, tais como o funcionário investigado ser informado com absoluta clareza sobre os fatos imputados, ter o direito de ver as provas produzidas contra eles e de produzir provas a seu favor, bem como fazer alegações, contar com seu advogado durante eventual entrevista e, ainda, ter o direito de não produzir prova contra si mesmo²¹¹.

Nesse sentido, para que uma investigação seja aberta é absolutamente imperiosa uma fase preliminar em que se verifique a verossimilhança da suspeita. Isso porque o só fato de ser investigado já pode representar, de alguma maneira, uma repercussão no “status de dignidade” do empregado investigado, que pode, por exemplo, ter sido denunciado por má fé, nomeadamente se o canal de denúncia adota *hot lines* anônimas, conforme já comentamos²¹².

A competência para abertura de uma investigação é dos administradores, mas pode ser delegada, assim como o próprio dever de vigilância, o qual recai, em geral, no

²⁰⁷ Adan Nieto Martín exemplifica como um crime de que a empresa seja vítima o crime de apropriação indébita e como um crime cuja vítima seja outro funcionário o de assédio sexual. NIETO MARTÍN, Adan, nota 201, p.236.

²⁰⁸ MOSSMAYER, Klaus, nota 205, p.140.

²⁰⁹ Nesse sentido, também Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. In Quaestio Iuris, vol.10, número 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1033.

²¹⁰ NIETO MARTÍN, ADAN, nota 205, p. 237.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Nieto Martín aponta para o fato de que esse grau de verossimilhança da suspeita é mais baixo do que aquele necessário para abertura de uma investigação penal estatal tendo em vista que a função da investigação interna é, de fato, que as empresas possam verificar internamente circunstâncias suspeitas em um estágio no qual o Estado não está legitimado para fazê-lo. NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.240 e ss.

departamento de *compliance*, em um comitê ético ou em um escritório externo²¹³. Uma vez verificada a verossimilhança da suspeita, a abertura de investigação nos parece obrigatória²¹⁴, seja pelo dano causado à empresa (patrimonial ou reputacional, este também presente nos casos em que a vítima é um funcionário), seja pela demonstração da falha do sistema de cumprimento tendo em vista que houve a prática de algum ato irregular²¹⁵, seja pela necessidade de reafirmação dos preceitos éticos estabelecidos no Código de Conduta, numa ideia, *mutatis mutandis*, de “prevenção geral” da pena, já que os funcionários precisam confiar na plena efetividade das disposições existentes para que aquilo que temos chamado de “cultura de cumprimento, ética e legalidade” seja verdadeiramente verificada na empresa.

Uma questão bastante relevante acerca das *internal investigations* se liga à tensão entre transparência e segurança do processo e a sua necessária confidencialidade a fim de proteger os empregados envolvidos²¹⁶. Por um lado, é evidente que o corpo de funcionários precisa tomar conhecimento da maneira como é feita uma investigação, qual é a sua finalidade, o tempo que irá durar e quem vai trabalhar nela²¹⁷²¹⁸. Por outro, parece ser imprescindível que haja o total controle de informações, sob dois aspectos: um ligado à própria efetividade da investigação, que, por vezes, precisa contar com o elemento surpresa para ser bem-sucedida e outro ligado à presunção de inocência, já que se deve preservar o empregado investigado perante seus pares²¹⁹, até mesmo para que possa continuar exercendo sua função de maneira adequada e respeitada até que eventual sanção disciplinar seja aplicada.

²¹³ Sobre as peculiaridades da participação de um escritório de advocacia externo, Cfr. SAHAN, Oliver, *Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado* In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.254-259.

²¹⁴ Nesse sentido, MOSSMAYER, Klaus, nota 205, p.138 e ss.

²¹⁵ Apontando tais fatos como limitadores da discricionariedade do poder de abertura, Cfr. NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.241-242.

²¹⁶ Cfr. MOSSMAYER, Klaus, nota 205, p. 141.

²¹⁷ Todas essas informações devem constar do chamado Mandato de Investigação, que parece ser o fundamento legitimador de qualquer investigação interna. Nesse sentido, NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.244-245 e MOSSMAYER, Klaus, nota 205, p.141.

²¹⁸ Para Nieto Martin, os funcionários terem acesso a essas informações é uma questão de *fair trial*. NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.245.

²¹⁹ Cfr. MOSSMAYER, Klaus, nota 205, p.141. O cuidado com a redução do número de pessoas que conhecem o decorrer das investigações recebe o nome de *need to know*, que demonstra, exatamente, a preocupação em manter um círculo pequeno de pessoas, apenas as realmente necessárias, conscientes dos fatos investigados.

Ainda tendo em vista que as investigações internas possam ser o que Nieto Martín chama de “*espada de doble filo*”²²⁰, é imprescindível um cuidado da empresa nomeadamente em dois momentos da investigação: no estágio de obtenção de provas, sobretudo quando têm lugar as chamadas “entrevistas” e, ainda, no momento de “empréstimo”²²¹ das provas colhidas em sua investigação interna para o processo penal.

No que diz respeito ao primeiro momento, a empresa deve sempre estar ciente de que precisa produzir provas de forma ética e de acordo com os princípios dos quais já falamos, os quais deve adaptar do próprio direito processual penal. Assim, a empresa deve respeitar os direitos fundamentais, notadamente os direitos de intimidade e privacidade dos seus funcionários²²². Diz-se isso porque, em geral, as provas obtidas terão ligação com as ferramentas de tecnologia da informação e de comunicação que os funcionários utilizam, tais como e-mails, páginas da internet visitadas, chamadas telefônicas realizadas, etc. Com isso, é muito importante que a empresa advirta os seus funcionários, no Código de Conduta e via informes internos, que não façam uso privado desses aparelhos, que poderão ser vigiados por conta da defesa necessária do patrimônio da empresa²²³, a fim de que os membros da organização não tenham uma expectativa de privacidade em relação a essas ferramentas²²⁴. E, mesmo assim, como relembra Nieto Martín, o princípio da

²²⁰ NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.247. Em tradução nossa, seria o mesmo que “faca de dois gumes”. A expressão está ligada ao fato de que a empresa, ao proceder a uma investigação interna, que tem por objetivo investigar, exatamente, a prática de algum ato violador da lei ou de suas normas internas de conduta, poderá ela mesma acabar por violar direitos fundamentais dos empregados investigados.

²²¹ Muito embora se deem de maneiras distintas, uma vez que, no caso das investigações internas, não é o Estado que está julgando e acusando aquela pessoa, talvez faça sentido realizar um pensamento analógico em relação à chamada prova emprestada, trasladada de um processo para outro. Sobre isso, Cfr. BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, Editora Campus: Rio de Janeiro, 2012, p.274-277

²²² Nesse sentido, Cfr. ANTUNES, Maria João, Privatização das investigações e *compliance* criminal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, n.1, 2018, p.124 e ss.

²²³ Para Víctor Gómez Martín, quanto aos bens da empresa, como computadores, celulares, etc., o direito desta de controlar o trabalho do empregado prevalece sobre o direito que este teria de utiliza-los para fins privados. O autor espanhol apresenta, ainda, as duas dimensões do conceito de intimidade, a negativa, relativa ao reconhecimento do âmbito reservado da vida privada de alguém, fora da ingerência de terceiros, bem como a positiva, ligada ao reconhecimento de um direito de a pessoa controlar a informação e dados a seu respeito, que devem ser utilizados conforme sua vontade. Por essa razão, defende que não poderá ser ilegal por nano se poder considera secreto qualquer documento que seja de fácil acesso, ao contrario daqueles que são protegidos mediante senha por exemplo. GÓMEZ MARTÍN, Victor, nota 203, p.135 e137.

²²⁴ A respeito disso, Juan Pablo Montiel apresenta três agrupamentos de casos relativos à obtenção de prova: um em que existe uma absoluta falta de expectativa razoável de intimidade, casos em que, para o autor, nem sequer precisa existir notificação prévia por parte do empregador para que faça total vigilância; outro em que as ferramentas utilizadas pelo empregado são da empresa e que, embora pudesse aquele esperar ter expectativa de intimidade, esta pode ser facilmente modificada de forma legítima mediante um a notificação da empresa acerca da vigilância e, por fim, aqueles casos em que a lesão se dá a um núcleo intangível de intimidade e respeito, que gera, segundo o autor, uma expectativa imodificável de intimidade, hipótese na qual não é permitido, de nenhuma forma, que a empresa faça vigilância, tal qual o a revisão de correspondência postal ou

proporcionalidade deve guiar tal obtenção de provas, fazendo com que esse acesso seja apenas o necessário ao caso concreto investigado e jamais pode ter como objeto computadores, cadernos ou itens pessoais²²⁵.

Um dos principais elementos da obtenção de provas são as entrevistas, que podem ser feitas com terceiros ou empregados da empresa. Como já comentado, o empregado tem o dever de dar informações sobre sua prestação de serviço, dever esse fruto do poder de direção do empresário surgido através do contrato de trabalho bem como da boa-fé e da confiança laboral²²⁶. Por outro lado, o funcionário pode não saber que seu interesse é distinto do da empresa, razão pela qual uma eventual declaração sua poderá trazer prejuízos a ele mesmo num eventual processo penal futuro²²⁷²²⁸. Por isso, é bastante recomendável que a empresa advirta a possibilidade de tal destinação das suas declarações bem como permita que o funcionário seja acompanhado de advogado na entrevista, porque “o aproveitamento de investigações internas por parte das investigações públicas não deve servir para circunvalar as garantias do processo penal liberal”²²⁹.

Não é por acaso, então, que outro momento em que a tensão acima referida é bastante verificável é no momento em que a empresa aporta sua investigação em um processo penal, evidentemente dirigido pelo Estado²³⁰. Nesse contexto, é importante verificar se houve alguma irregularidade na obtenção de prova por parte da empresa em sua investigação interna, que gerou a prova agora juntada ao processo penal. Isso porque nos parece indubitável que a prova proibida deve se estender à investigação interna, que pode,

eletrônica pessoal. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales, p. 232-235.

²²⁵ NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.252 e ss.

²²⁶ Quanto a essa obrigação, NIETO MARTÍN, Adan. “Internal Investigations, Whistle-blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process”, in *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, p.85.

²²⁷ Também demonstrando a importância a aplicação do princípio do *nemo tenetur* na *internal investigatio* sob pena de os interesses de esclarecimento da empresa sempre predominarem sobre o direito do trabalhador de se negar a dar alguma informação, Cfr. MASCHMANN, Frank, nota 202, p.157

²²⁸ Luis Greco e Christian Caracas sugerem a solução de que deverá haver proibição da utilização da declaração dada pelo trabalhador nas referidas entrevistas contra ele em eventual processo penal, em razão da proibição à auto-incriminação, nas hipóteses de os órgãos de persecução penal terem induzido a existência da investigação interna por parte da empresa bem como na situação em que esses órgãos aguardam, propositalmente, o fim das referidas investigações exatamente para poderem utilizar os seus resultados. GRECO, Luis; CARACAS, Christian. Internal investigations: e o princípio da não auto-incriminação in *Direito Penal Econômico*, p.800 e ss.

²²⁹ NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.260.

²³⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora: Coimbra, 2004 (Reimpressão), p.58 e ss.

por exemplo, ter violado direitos fundamentais, devendo-se observar, no tocante ao tema, perfeitamente a doutrina da árvore dos frutos envenenados²³¹.

Aliás, como bem esclarece Nieto Martín, a forma de proteger direitos fundamentais é bastante diferente no âmbito vertical (cidadão-Estado) e no âmbito horizontal (cidadão-cidadão, sendo um empregado e outro empregador). Por isso, o autor espanhol sublinha que são necessários contrapesos adequados para que o procedimento interno seja equilibrado, caso contrário seria uma violação intolerável das garantias do processo penal²³².

V. A conjuntura luso-brasileira

V.1 – Brasil: a lei de lavagem de dinheiro, o conjunto de leis anticorrupção e os crimes ambientais

Criado em 1974, o Comitê da Basileia é um grupo formado pelos bancos centrais dos países membros do G-10 com o objetivo de melhorar a supervisão dos bancos mundialmente e servir como um fórum para a cooperação entre os países membros em matéria de supervisão bancária²³³. Nesse sentido, em 1988, esse comitê deu origem a um acordo chamado de Basileia I, que indicou a importância de medidas de supervisão no âmbito da atuação bancária a fim de que não houvesse a junção de capitais de origem ilícita com capitais de fonte lícita²³⁴. Embora criado pelos países do chamado G-10 (Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão, Países Baixos, Reino Unido, Suécia e Suíça), mais de sessenta bancos centrais de diferentes países são membros do Comitê, entre os quais o Banco Central do Brasil²³⁵. É possível afirmar, dessa forma, que, efetivamente, medidas de *compliance* relacionadas à lavagem de dinheiro passaram a ser adotadas pelas instituições financeiras deste país, nomeadamente as políticas de *know your cliente* e de identificação de operações suspeitas²³⁶, uma vez que as recomendações do

²³¹ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em Processo Penal, Coimbra Editora: Coimbra, 2006 (Reimpressão), p.170.

²³² NIETO MARTÍN, Adan, nota 205, p.275.

²³³ Informação disponível no site oficial do Comitê Disponível em: <https://www.bis.org/bcbs/history.htm> Acesso realizado em 14 de abril de 2018.

²³⁴ Versão oficial disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.pdf>. Acesso realizado em 14 de abril de 2018.

²³⁵ Informação disponível no site oficial do comitê. Disponível em: https://www.bis.org/about/member_cb.htm?m=1%7C2%7C601. Acesso realizado em 14 de abril de 2018.

²³⁶ Assim, CARDOSO, Débora Motta, nota 6, p.24. Segundo a autora, o mesmo aconteceu, em 2004, com o Basileia II e, em 2013, com o Basileia III, oportunidades em que Banco Central do Brasil implementou as suas recomendações, mais uma vez relativas à adoção de medidas de controle interno em relação à legalidade de suas ações.

acordo de Basileia I foram internalizadas no Brasil através da Resolução do Conselho Monetário Nacional 2.544/98 (dez anos depois do acordo).

Ainda no final dos anos 80, outro fator que parece ter impulsionado o desenvolvimento do *compliance* no país foram as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)²³⁷. As recomendações 10, 11, 12 e 20 deste organismo internacional dizem respeito aos deveres de identificar os clientes, manter os registros de transações financeiras e, ainda, comunicar as autoridades sobre práticas suspeitas²³⁸.

Em seguida, um importante passo para o desenvolvimento do *compliance* no Brasil foi, sem dúvida, a disposição relativa ao assunto na chamada Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). Isso porque essa lei trouxe a obrigação, para as empresas que atuam em setores “sensíveis”²³⁹, de adotarem mecanismos de procedimentos internos.

²³⁷ O GAFI, criado em 1989, é uma organização intergovernamental o cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e terrorismo. Definição disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>. Acesso realizado em 14 de abril de 2018. O órgão emitiu quarenta recomendações iniciais, outras oito especiais relativas ao financiamento do terrorismo e uma relativa a armas de destruição em massa, que formam o conjunto de suas recomendações. CARDOSO, Débora Motta, nota 6, p.24

²³⁸ Informação disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>. Acesso realizado em 14 de abril de 2018.

²³⁹ Nomenclatura dada por Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Badaró. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo, nota 174, p.58. Refere-se, na realidade, às pessoas físicas e jurídicas retratadas no artigo 9º da lei, quais sejam, todas aquelas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória: a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Também se aplicam tais regras às bolsas de valores, de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; seguradoras, corretoras de seguros e entidades de previdência complementar ou capitalização; administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; administradores ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; as empresas de *leasing e factoring*; as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens moveis, imóveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado; as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas; as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização do órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; as pessoas físicas ou jurídicas que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionários ou representantes de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades listadas; as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras, metais preciosos, objetos de arte e antiguidades; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; as juntas comerciais e registros públicos; as pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; empresas de transporte e guarda de valores; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo por meio de sua matriz no Brasil, bem como as pessoas físicas ou jurídicas que prestem qualquer tipo de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria ou assistência relativa à compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias, de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, de abertura ou gestão de contas bancárias,

Nesse sentido, os artigos 10 e 11 dessa norma legal descrevem quais providências deverão ser tomadas pelas empresas que atuam em tais setores. Embora sejam várias, as mais importantes são: i) identificarem seus clientes e manterem cadastro atualizado de acordo com o regulamento legal referente àquela atividade; ii) manterem registo de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente nos termos das instruções que esta expeça; iii) adotarem políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto na lei e iv) deverem se cadastrar e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, se não houver, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)²⁴⁰, além da obrigação de atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições que este estabelecer.

Conforme se depreende da leitura, o item (iii) apresenta a obrigação já referida anteriormente da adoção de políticas, procedimentos e controles internos. É aqui, como é de se imaginar, que emerge o *compliance*. Em verdade, o controle interno é quem via garantir o cumprimento de todas as demais obrigações, porque deveria centralizar as informações e estabelecer os protocolos de ação da companhia. Assim, para que possa identificar qualquer atividade suspeita relativa à lavagem de dinheiro, através do cadastro dos clientes, registro das transações e demais obrigações impostas pela lei, deverá estabelecer um programa de cumprimento, no qual todos esses deveres estarão fixados.

Interessante notar que o descumprimento das obrigações previstas acarreta sanções severas às pessoas obrigadas. As sanções podem ser de: advertência, multa pecuniária²⁴¹,

de poupança, investimento ou de valores mobiliários, de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas, financeiras, societárias ou mobiliárias e de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

²⁴⁰ Criado pela lei 9.613/98, o COAF é um órgão pertencente ao Ministério da Fazenda que atua na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, cujas competências estão definidas nos artigos 14 e 15 da referida lei. São eles: i) receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; ii) comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito; iii) coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; iv) disciplinar e aplicar penas administrativas.

²⁴¹ O máximo da multa é o dobro do valor da operação; ou o dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação que não ocorreu ou o valor de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), o que for menor. De todo modo, demonstra como o descumprimento das obrigações pode acarretar uma grave consequência para as pessoas físicas ou jurídicas que, por ventura, violem tais normas, o que, novamente, explica o desenvolvimento do *compliance* no contexto das instituições financeiras e afins.

inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador de pessoas jurídicas dos comentados setores sensíveis (caso da pessoa física) e, ainda, a cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento (caso da pessoa jurídica).

Por essa razão, nas instituições financeiras brasileiras ou estrangeiras que operam no Brasil, bem como em todas as que estão descritas no artigo 9º e foram expostas anteriormente, o *compliance* é uma realidade desde que essa obrigação foi incluída na Lei de Lavagem de Dinheiro, através da Lei 12.683/2012, que deu nova redação ao artigo 10, inciso III, quando o tema começou a merecer maior destaque na doutrina nacional²⁴².

Aliás, é importante dizer que essa lei 12.683/2012 alterou profundamente a redação original da lei 9613/98, notadamente porque extinguiu a lista de crimes antecedentes ao crime de lavagem para prever que qualquer crime ou contravenção penal poderá ser considerada infração penal antecedente à lavagem. Em relação aos deveres de *compliance* especificamente, também foi especialmente inovadora porque passou a prever todas as obrigações abordadas acima, de forma bastante incisiva, nomeadamente a obrigação da adoção de políticas, procedimentos e controles internos. Deve-se pontuar, contudo, que, desde a criação da lei, quatorze anos antes da mudança, os artigos 9 e 11 da referida lei já obrigavam, de alguma maneira, que as instituições financeiras conseguissem cumprir com os deveres estabelecidos, razão pela qual Débora Motta Cardoso chega a afirmar que a obrigação trazida com a nova redação do artigo 10 não era “exatamente uma novidade no universo das instituições financeiras”²⁴³.

Entretanto, embora tenhamos optado por não incluir a responsabilidade individual de dirigentes no escopo deste trabalho, vale a pena citar a crítica feita por Eduardo Saad-Diniz quanto à falta de requisitos claros quanto a eventual infração de dever pelo garantidor de tais deveres. Para ele, a mera “transposição” de normas internacionais para o ordenamento interno acabou fazendo com que o legislador ignorasse esse importante ponto na alteração da lei de lavagem de dinheiro²⁴⁴.

²⁴² Nesse sentido, SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões Iniciais sobre criminal *compliance*, Boletim Ibccrim, ano 18, número 218, Janeiro/2011, p.11.

²⁴³ CARDOSO, Débora Motta, nota 6, p.89.

²⁴⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal *compliance*, Revista Digital IAB, v. 4, n. 18, 2013, p.104. O mesmo autor, em coautoria com Renato de Mello Jorge Silveira, em outro trabalho, comenta que poderá ser responsabilizado penalmente o garantidor pelo artigo 1º, parágrafo 2º, inciso I, da mesma lei, que prevê que na mesma pena do caput incorre quem utiliza

Ainda dentro do contexto da lavagem de dinheiro, para além da Resolução 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional e da própria lei 9.613/98, merecem menção as Cartas Circulares do Banco Central de números 3461 (2009) e 3542 (2012) bem como a Resolução 020 do COAF (2012)²⁴⁵. Todas elas, cada uma à sua maneira, estabeleceram aprimoramentos para os sistemas de controle interno com vistas à prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Com isso, acabaram, evidentemente, por estimular a expansão do *compliance* no Brasil.

Além da lavagem de dinheiro, outro crime que vem recebendo cada vez mais importância mundialmente é o delito de corrupção²⁴⁶. Não por acaso, diversos instrumentos de organismos internacionais manifestaram a necessidade de os Estados ao redor do globo intensificarem suas forças contra essas práticas, tais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA (Organização dos Estados Americanos) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, um complemento Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional)²⁴⁷.

É nesse cenário que surge a Lei 12.846/2013, logo chamada de Lei Anticorrupção. Essa lei trouxe a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática do

na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.274.

²⁴⁵ Sobre as especificações de cada normativa, Cfr. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.276-281.

²⁴⁶ Aquilo que Claudia Santos aponta como extensão das margens incriminadoras ou endurecimento do sistema repressivo no plano legal, ao comentar os novos regimes penais do delito. SANTOS, Claudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção) in SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Debora Thais de. A Corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal, p.12. É interessante notar a terminologia bélica (“combate”) normalmente utilizada para se referir ao tratamento da criminalidade organizada. Sobre o assunto, Cfr. CAEIRO, PEDRO, *Cooperação Judiciária na União Europeia*, in COSTA, JOSÉ DE FARIA/SILVA, MARCO ANTONIO MARQUES DA (Coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p.448.

²⁴⁷ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.133.

que denominou de atos lesivos²⁴⁸²⁴⁹ à administração pública, seja essa nacional ou estrangeira. Desde logo, é importante notar que a lei, expressamente, previu essa responsabilidade de caráter objetiva, ou seja, sem a necessidade de aferição de culpa por parte da empresa²⁵⁰.

Aqui, reside problema fundamental no que toca à análise desta lei: o caráter “penal” que essa lei administrativa revela. É bem verdade que o legislador previu sanções administrativas para a punição dos atos lesivos anteriormente comentados, mas essa previsão é meramente formal porque, substancialmente, a natureza das consequências parece ser penal²⁵¹.

Na realidade, parece-nos problemática, como já defendido anteriormente, a diferenciação criteriosa entre direito penal e direito administrativo sancionador (ver ponto III.1). Em verdade, a lei brasileira nos lembra muito a legislação italiana já detalhada neste estudo, a qual também gerou controvérsias quanto à sua natureza, aparentemente híbrida, vacilando-se entre penal e administrativa.

Como se depreende da leitura dos chamados atos lesivos previstas na lei, o que fez o legislador foi copiar ou expandir condutas tipificadas como crime em outras legislações

²⁴⁸ O artigo 5º da lei traz os atos a descrição dos atos lesivos, quais sejam: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

²⁴⁹ Parece correto afirmar que essa lista é taxativa. Cfr. FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. A imputação dos atos lesivos na lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) *in* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 773-774.

²⁵⁰ Mais uma vez, cabe lembrar que utilizamos os vocábulos “empresa”, “organização”, “companhia” e sinônimos sempre quando desejamos nos referir à ideia de “pessoa jurídica”, mas – por questões de fluidez da leitura – optamos por não repetir exaustivamente esta última expressão.

²⁵¹ Por todos, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta> . Acesso realizado em 15 de abril de 2018.

(como o Código Penal e a lei 8.666/93)²⁵². Por isso, Eduardo Saad-Diniz conclui que, em verdade, ainda que não se trate de norma penal, “houve incremento nas normas de sanção”²⁵³.

A verdade, parece-nos, é que cabe, também neste ponto, o que defendemos no contexto italiano: não podendo atribuir responsabilidade penal aos atos da pessoa jurídica²⁵⁴, o legislador brasileiro foi obrigado a definir como atos lesivos geradores de sanções administrativas, ou seja, ilícitos administrativos, aquilo que seriam condutas tipificadas como crime para as pessoas físicas²⁵⁵. Ocorre que isso acarreta, a nosso sentir, diversos problemas, os quais expomos a seguir.

Antes de mais nada, a Lei Anticorrupção, logo no seu primeiro artigo, define como objetiva a responsabilidade administrativa e civil resultante da prática dos referidos atos lesivos. Nesse sentido, a lei afasta a ideia de “culpa” para responsabilizar alguma pessoa jurídica pelo cometimento ilícito, bastando o nexo de causalidade entre a ação e o resultado danoso²⁵⁶. Essa é uma questão relevante porque, como se sabe, no país, a responsabilidade objetiva é absolutamente vedada no Direito Penal, por força do princípio da culpabilidade²⁵⁷, que tem referente no princípio da dignidade da pessoa humana²⁵⁸. Dele deriva a proibição de punir os agentes que não ajam com culpa²⁵⁹. Ou seja: só se pune aqueles que apresentam suficientemente um juízo de reprovação, isto é, que o ato típico possa ser pessoalmente

²⁵² TANGERINO, Davi da Costa Paiva. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do compliance. In D’AVILA, Fabio Roberto et al. Direito penal e política Criminal. 2015, p.176-177.

²⁵³ SAAD-DINIZ, Eduardo, Corrupção e Compliance no Brasil, in LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p.740.

²⁵⁴ A Constituição Federal, em seus artigos 173, parágrafo 5º e 225, parágrafo 3º, apenas abrem exceção para os crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente.

²⁵⁵ Para Scaff e Silveira, “Muito embora ela não seja explicitamente uma norma penal, ela tem embutidas diversas lógicas penais.” SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, “Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso realizado em 15 de abril de 2018.

²⁵⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Costodio, Comentários à Lei 12.846/2013, p.54

²⁵⁷ Cfr. SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2007, p.24. Para o autor, o princípio é expressão do artigo 5º, LVII, da Constituição Brasileira, que traz a chamada presunção de inocência. Para Rogério Greco, é também derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Niterói: Editora Impetus, 2014, p.94.

²⁵⁸ Nesse sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.475. Também nesse sentido já decidiram os Tribunais Constitucionais alemão e espanhol, Cfr. VALLEJO, Manuel Jaén, *Principios Constitucionales y Derecho Penal – Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*. Buenos Aires: ADHOC, 1999, p.39.

²⁵⁹ Sobre essa definição, tem-se razoável concordância. Para as divergências doutrinárias em relação à culpa, Cfr. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.461 e ss.

censurado a quem o cometeu em razão de ser fruto de uma atitude interna juridicamente reprovável e em relação a qual, por ter um dever-ser sócio-comunitário, deverá responder²⁶⁰.

Isso significa, então, que, havendo benefício para a pessoa jurídica em razão da prática de algum ato definido como lesivo pela lei por meio de qualquer representante seu (do porteiro ao presidente), ela será automaticamente responsabilizada, ainda que não tenha havido intenção por parte da empresa ou de seus dirigentes. Trata-se, sob a ótica da das garantias e direitos da defesa, de uma escolha legislativa ruim.

Nesse sentido, Bottini e Tamasauskas defendem que, também no direito administrativo sancionador, não haveria lugar para a responsabilidade objetiva. Isso porque, para os autores, a imposição de um castigo obrigaria a verificação de alguma vontade ou de algum descuido, que, exatamente por isso, mereceria alguma repreensão²⁶¹.

Ademais, ainda quanto à confusa natureza da lei, verifica-se que as sanções previstas são extremamente severas. Isso porque, em seu artigo 19, prevê como tais: i) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; ii) a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de um a cinco anos. Isso sem prejuízo da multa prevista no artigo 6º, que é prevista entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da duração do processo administrativo, sendo certo que não será inferior à vantagem auferida. Caso esta não possa ser mensurada, deverá valer a regra subsidiária do parágrafo 4º do próprio artigo, que determina que a multa deverá ser de R\$46.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

Deve-se ter atenção, aliás, para o fato de a severidade das sanções ser maior do que a existente na lei 9.605/98, chamada de Lei de Crimes Ambientais, que adota a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Isso porque o artigo 22 desta lei prevê como

²⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.259.

²⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013, *Revista do Advogado*, n.125, v.34, 2014, p.128. Os autores trazem à baila decisão do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, tratando de crime ambiental, que entendeu que o direito administrativo sancionador segue a teoria da culpabilidade, sendo certo que a punição, portanto, não prescinde de culpa, sendo aceita a responsabilidade objetiva somente no que toca à reparação dos danos causados.

sanções i) suspensão parcial ou total de atividades; ii) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e iii) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Confrontando com as sanções acima expostas, previstas na Lei Anticorrupção, esta última acrescenta as penas de perdimento dos bens, direitos ou valores relacionados à infração e, até mesmo, a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Isso significa dizer que a sanção de cunho administrativo prevista na Lei Anticorrupção é severamente mais grave do que a sanção de cunho penal prevista na Lei de Crimes Ambientais. Também esse fato nos parece relevante para confirmar o que vimos defendendo: não há distinção precisa entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, nem mesmo é irreprochável a afirmação de que o direito penal acarreta mais prejuízos ao infrator da norma, como acabamos de ver. Em suma: de fato, não se figura razoável concluir de forma diversa da que Bottini o faz, para quem “há um caráter de *lei penal encoberta* na norma em discussão”²⁶².

Esse, entretanto, não é o único problema da Lei 12.846/13. A previsão da lei de um mesmo fato (o tal ato lesivo) gerar, por si só, responsabilidade administrativa e civil parece não se coadunar com o princípio do *ne bis in idem*²⁶³. Como pontua Leandro Sarcedo, “nos termos do que determina a Lei Anticorrupção, poderá haver a aplicação das mesmas sanções pelo mesmo fato, com fundamento nos mesmos artigos da mesma lei, em duas esferas diferentes do *ius puniendi* estatal, a administrativa e a judicial”²⁶⁴. Ora, parece evidente a violação ao princípio, já que, pelo mesmo fato, aquela pessoa jurídica estará sendo punida duas vezes pelo Estado²⁶⁵.

²⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>. Acesso realizado em 15 de abril de 2018. Em sentido idêntico, Leandro Sarcedo, para quem “todas essas características contidas nas entrelinhas da Lei n. 12.846/2013 fazem com que, apesar do seu autodeclarado caráter administrativo, seja nela perceptível nítido caráter penal”. SARCEDO, Leandro, nota 34, p.136,

²⁶³ Para Carlota Pizarro de Almeida, representa, grosso modo, um direito básico de o cidadão não ser julgado mais de uma vez pelos mesmos fatos, “eixo central do corpo de garantias inerente a qualquer Estado de Direito”. ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Cooperação judiciária e princípios constitucionais*, in PALMA, MARIA FERNANDA/ DIAS, AUGUSTO SILVA/ MENDES, PAULO DE SOUSA (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 36.

²⁶⁴ SARCEDO, Leandro, nota 34, p.135.

²⁶⁵ Caberá aqui, isso sim, discussão quanto à natureza das penalidades: a sanção administrativa com caráter punitivo-inibitório e a sanção civil com caráter ressarcitório. Cfr. ONZI, Eduarda; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. A controversa natureza jurídica do regime sancionatório da Lei n. 12.846/13 – Lei Anticorrupção in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, *Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.234 e ss.

Aliás, quanto ao assunto, também chama a atenção a previsão de a conduta de “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”²⁶⁶ como ato lesivo. Isso porque, tendo em vista o caráter penal sobre o qual falávamos, ou mesmo a necessidade de o direito administrativo sancionador ser informado pelas garantias do processo penal²⁶⁷, parece ser notável à violação aos princípios do *nullum crimen nulla poena sine lege*²⁶⁸ e do *nemo tenetur se detegere*.

Em relação ao primeiro, a nosso sentir, é violada a necessária taxatividade das situações alcançadas pela tipificação, sob pena de constituir um “tipo penal” amplamente aberto. Isso significa que as leis precisam ser claras, certas e definidas em relação à conduta que se quer proibir (ou, ao contrário, nos crimes de omissão, que se deve ter), devendo “especificar suficientemente os factos que constituem o tipo legal de crime”²⁶⁹. É dizer: além de lei formal, é preciso que o instrumento legal que tipifica determinada conduta seja também bem determinado em relação aos fatos que compõem essa tipificação²⁷⁰. “Dificultar”, como prevê a lei, parece carecer, exatamente, da taxatividade que lhe é necessária, o que nos leva ao problema seguinte: a possibilidade de violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Isso porque, dado o alargamento da tipificação, talvez tenha sido o objetivo (ou talvez possa existir a interpretação de que é viável) obrigar que as empresas

²⁶⁶ Previsão do artigo 5º, V, da Lei 12.846/13.

²⁶⁷ Referimo-nos à hipótese em que a empresa está sendo investigada pela prática de algum ato desta lei e, novamente, é acusada da prática de ato lesivo, desta vez a dificultação da investigação do primeiro.

²⁶⁸ Tanto a Constituição Brasileira quanto a Constituição Portuguesa reconhecem a importância do princípio da legalidade. Cfr. COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 119 e ss. e DIAS, Jorge de Figueiredo, nota 20, p.165 e ss. Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem traz essa disposição em seu artigo 5º, número 1, alínea b, o qual, sustenta Ireneu Cabral Barreto, demanda que haja previsão em lei do crime e de sua pena, lei essa acessível e precisa a fim de que, por um lado, possam “os interessados prever as consequências dos seus atos e, por outro, prevenir arbitrariedades”. BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 119. Nesse sentido, também VAN DIJK, P.; VAN HOOF, G.J.H. *Theory and Practice for the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p.353 e 354. Relaciona-se, ainda, à taxatividade que a lei deve ter. Cfr. OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. *Princípios Constitucionais de Direito Penal e Processual Penal*. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Princípios Constitucionais Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 180. Também os Códigos Penais espanhol e alemão, em seus artigos primeiros, trazem o referido princípio. Cfr. VALLEJO, Manuel Jaén. *Principios Constitucionales y Derecho Penal – Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*. Buenos Aires: ADHOC,1999, p.20.

²⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 494.

²⁷⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 162 e 163.

contribuam para uma investigação que busca sancionar a elas mesmas, o que, nomeadamente em uma lei com caráter substancial penal, acaba por ferir o direito que qualquer investigado tem de não produzir prova contra si mesmo. Parece-nos possível afirmar, então, que uma interpretação que permita a punição administrativa nesse contexto, por esse motivo, é flagrantemente inconstitucional²⁷¹.

Em relação, especificamente, ao *compliance*, tema central do nosso trabalho, a Lei Anticorrupção o previu expressamente, razão por que costuma ser apontada como um dos fatores que estimulou o desenvolvimento do instituto no país. Isso porque, em seu artigo 7º, inciso VIII, prevê-se a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” como elemento a ser “levado em consideração na aplicação da pena”, nas exatas palavras do artigo.

Não parece ser muito difícil concluir que, em que pese o avanço da previsão de um instrumento tão relevante como o *compliance*, o legislador o fez de maneira vaga e contraditória. Senão, vejamos: i) a só previsão da implementação de mecanismos e procedimentos de controle interno, sem esmiuçar o que é que a lei valora em relação à sua efetividade, não é precisa o suficiente para que as empresas possam se adaptar à norma, o que, de alguma forma, veio a ser melhorado com a promulgação do Decreto 8.420/15, que regulamentou a Lei 12.846/13, sem falar na vagueza de “será levada em consideração”, expressão que, de nenhuma forma, explica qual o benefício poderá vir a fazer jus uma empresa que implemente tais medidas e ii) é patente a incoerência entre essa previsão, relativa aos programas de *compliance*, com a escolha pela responsabilidade objetiva, já que – neste caso – é absolutamente irrelevante a vontade da empresa ou de seus dirigentes de cometerem o ato lesivo ou tomarem precauções para que o mesmo não fosse cometido. Em verdade, parece que o legislador padeceu de bipolaridade ao juntar dois elementos que não se combinam, como o *compliance* e a responsabilidade objetiva, razão pela qual Leandro Sarcedo chega a afirmar que “parece, isto sim, um desestímulo para que os programas de *compliance* e os altos investimentos neles envolvidos sejam levados a sério pelas corporações”²⁷².

²⁷¹ Nesse sentido, SARCEDO, Leandro, nota 34, p.133.

²⁷² SARCEDO, Leandro, nota 34, p.134.

De todo modo, em que pesem nossas críticas, é fato que a Lei Anticorrupção introduziu o *compliance* no âmbito da prevenção a este tipo de criminalidade, assim como a Lei de Lavagem de Dinheiro o fez em relação ao seu contexto. Como relatado, dois anos depois da edição da lei, foi promulgado um decreto regulamentador. Para os fins deste estudo, importa analisar o seu artigo 42, porque ele veio, na esteira do que defendemos anteriormente, detalhar quais os elementos que deveriam estar presentes no que chamou de “programa de integridade”; para nós, programa de *compliance*.

Nesse sentido, os parâmetros estabelecidos pelo decreto para a avaliação de que fala o artigo 5º da Lei Anticorrupção são: i) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; ii) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; iii) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; iv) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; v) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; vi) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; vii) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; viii) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; ix) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; x) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; xi) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; xii) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; xiii) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; xiv) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações

societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; xv) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e, ainda, xvi) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Para além dessas disposições, no parágrafo 2º do próprio artigo 42 do Decreto, faz-se a observância de que a efetividade será levada em consideração. A rigor, parece-nos que o legislador quis, aqui, deixar claro que os programas de fachada, cosméticos, que existem apenas para que se diga que “existe *compliance*” naquela empresa não serão dignos de benefícios.

De maneira semelhante, dispõe a Controladoria Geral da União (CGU) em suas diretrizes para empresas privadas quanto ao que denomina “programa de integridade”²⁷³. Nesse sentido, o órgão aponta os elementos necessários para um bom *compliance*. São eles: i) análise de riscos relacionados ao ramo de atividade da empresa (setor em que atua, parceiros comerciais, nível de interação com órgãos públicos, participação em licitações, etc.) e às suas dimensões (número de funcionários, capital social, faturamento, número de filiais, estrutura organizacional, etc.), a fim de verificar quais são as vulnerabilidades que devem ser endereçadas pelo programa a ser idealizado; ii) elaboração de um Código de Ética e de Conduta que defina quais são as atividades que devem e quais são as que não devem fazer parte do cotidiano da empresa, o que reforçará os mandamentos e proibições legais, além de estabelecer o padrão ético que se espera dos seus membros; iii) implantação e treinamento de um setor responsável pelo *compliance* na empresa, que poderá corresponder a uma pessoa ou a um departamento, a depender das dimensões da empresa, e que será responsável pelo acompanhamento de toda a implementação e a posterior execução do programa; iv) introdução de um sistema de controles internos, consistente em medidas que procurem assegurar o cumprimento das diretrizes estabelecidas, a adoção da diligência devida na contratação de fornecedores e na celebração de parcerias comerciais, a checagem e a revisão dos pagamentos, a seleção adequada de pessoal, entre outras providências; v) treinamento do corpo de funcionários da empresa, tanto por intermédio de cartilhas informativas quanto por meio de encontros presenciais, que contribua para a sua

²⁷³ Disponível em <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso realizado em 20 de junho de 2018.

conscientização acerca da importância do seu engajamento para a boa execução do programa de *compliance*; vi) criação de um canal interno de denúncias, por intermédio do qual os funcionários da empresa poderão reportar atitudes suspeitas no exercício de suas atividades, a fim de permitir que o responsável pelo setor de *compliance* possa tomar as providências devidas, de acordo com o estabelecido no Código de Ética e de Conduta; vii) elaboração de um procedimento de investigação interna, que deverá ser dirigido pelo responsável pelo *compliance* na empresa, sempre que houver a necessidade de apurar a existência de alguma atitude suspeita de ter violado o estabelecido no Código de Ética e de Conduta; viii) realização de auditorias externas periódicas voltadas a verificar a lisura dos controles internos exercidos e ix) monitoramento contínuo do programa de *compliance* para aperfeiçoamento.

Tendo em vista tais previsões e toda a análise comparada que já realizamos, é de se constatar que a legislação brasileira acompanhou, à sua maneira, as escolhas dos demais países – Estados Unidos da América, Inglaterra, Espanha e Itália – no que diz respeito aos elementos de um programa de *compliance*.

Outro instituto trazido pela Lei Anticorrupção é o chamado Acordo de Leniência, previsto em seus artigos 16 e 17. Trata-se, em síntese, da possibilidade de a pessoa jurídica que cometeu algum dos atos lesivos previstos celebrar um acordo com órgãos estatais a fim de colaborar com este identificando os demais envolvidos na infração (se houver) e propiciar a este informações e documentos que comprovem o ilícito com celeridade. Para que isso aconteça, a lei apresenta três requisitos: a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu desejo de colaborar com a a investigação, deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada assim que for proposta o acordo e, ainda, deve admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e processo administrativo até seu encerramento.

A vantagem para a empresa de celebrar esse acordo, prevista no parágrafo 2º do artigo 16, é a isenção das penas de proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um a cinco anos e de publicação extraordinária da decisão condenatória bem como a redução em até 2/3 da multa aplicada. No âmbito do Poder Executivo Federal, a lei estabelece que é a

Controladoria Geral da União o órgão responsável pela celebração dos acordos de leniência, incluindo-se a competência para acordos resultantes de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Ademais, incluiu-se nesta lei, no artigo 17, a possibilidade da realização desse acordo de leniência com empresas responsáveis pelas práticas previstas na lei 8.666/93 (lei das licitações), o que revela a intenção estatal em contar, cada vez mais, com os esforços das próprias empresas para averiguar práticas ilícitas em seu seio.

É por essa razão que, aqui, uma vez mais, surge a importância do *compliance*. Isso porque parece bastante evidente que para que o acordo possa ser celebrado com sucesso, ou seja, para que a empresa possa efetivamente colaborar com as investigações, se afastar completamente da prática do ilícito e propiciar todos os documentos necessários, será extremamente indicado que possua um programa de *compliance*. Isso porque, com ele, será muito mais fácil controlar a si e aos seus, conforme já vimos exaustivamente. Conforme relembram Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz, com o sistema de leniência “declaradamente, passa-se a estimular o caráter de denúncias internas às empresas”²⁷⁴, o chamado *whistleblowing*, já referido neste estudo.

Em suma, a Lei Anticorrupção – apesar das contradições que apontamos – acabou por incentivar a disseminação do fenômeno *compliance* pelas razões já expostas²⁷⁵. Nesse

²⁷⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo, nota 7, p.345.

²⁷⁵ É interessante notar que o estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal também acabaram criando leis, por meio de suas Assembleias Legislativas, com conteúdo muito semelhante ao da Lei Anticorrupção. No Rio de Janeiro, a lei 7753/17 e, no Distrito Federal, a lei 6112/18, criam para as empresas que contratam com a administração pública desses entes federativos a obrigação de possuírem um programa de *compliance*. É, portanto, mais duas oportunidades em que se verifica a disseminação do instituto. Novamente, ambas as leis apresentam como itens a serem avaliados os conhecidos elementos de um programa de *compliance*, quais sejam: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, quando aplicado, evidenciados pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao Programa de Integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância responsável pela aplicação do Programa de Integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do Programa de Integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta

cenário, bastante recente, o Brasil começou a lidar com o instituto de forma ainda bastante embrionária, sendo certo que tanto a lei quanto a doutrina e a jurisprudência possuem contribuições até agora muito incipientes, mas que, certamente, com o decorrer do tempo irão se aprofundar com o próprio desenvolvimento do *compliance* no território nacional.

Verifica-se, de todo modo, que tanto a Lei de Lavagem de Dinheiro quanto a Lei Anticorrupção apresentam a investigação empresarial (ou seja, a investigação interna), enquanto elemento de um programa de *compliance*, em suas disposições. A diferença, contudo, é que, enquanto a Lei de Lavagem de Dinheiro efetivamente obriga que a empresa o faça, a Lei Anticorrupção apresenta benefícios que recompensam essa implementação, que não é obrigatória²⁷⁶.

Ainda tratando do ordenamento brasileiro, é indispensável fazer referência à possibilidade de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas pelos crimes ambientais. A rigor, a Constituição Federal previu expressamente essa modalidade²⁷⁷, em seu artigo 225, parágrafo 3º, ao dispor que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do Programa de Integridade, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Federal nº 12.846 de 2013; e XVI – ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, workshops, debates e eventos da mesma natureza.

²⁷⁶ Nas palavras de Luciano Feldens e Eduardo Dalla Rosa Diettrich, é a possibilidade do *compliance* como “comando” ou como “recompensa”. FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais, *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016, p.47

²⁷⁷ Deve-se dizer que existe entendimento contrário, isto é, o de que a Constituição nem sequer previu essa possibilidade com esse, tal como defende Cretella Junior. Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição de 1988. Rio de Janeiro: Foerense Universitária, 1993, v.8, p.4045. Sobre a divergência em geral, sendo que o autor também é contrário a tal possibilidade, Cfr. DOS SANTOS, Juarez Cirino. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Revista Direito e Sociedade, v.2, n.1, Curitiba, 2001, p.132. Da mesma forma, Cfr. DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 11, v.3, 1995, p.184 e ss. e BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica à Luz da Constituição Federal, *in* Boletim IBCCRIM, nº 65, 1998, p.7. Em sentido contrário, posicionou-se Sérgio Salomão Schecaira, para quem, entretanto, alguns dispositivos são inconstitucionais. Cfr. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação *in* GOMES, Luiz Flávio (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal, p.131 e ss.

Essa norma, por sua vez, de eficácia limitada²⁷⁸, foi complementada pelo artigo 3º da lei 9.605/98, a chamada Lei dos Crimes Ambientais. Esse dispositivo prevê, expressamente, a possibilidade de responsabilização penal para pessoas jurídicas pelos atos lesivos ao meio ambiente descritos nessa lei. Nesse contexto, o Brasil passou a adotar, portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente²⁷⁹.

É bem verdade que parcela considerável da doutrina ainda questiona essa responsabilização. Muitos autores entendem que ela é inviável por uma série de razões, como é o caso – apenas a título de exemplificação – de Delmanto e Regis Prado.

Para o primeiro autor, uma pessoa jurídica não possui vontade tampouco prática conduta razão pela qual não pode realizar uma conduta criminosa. Ademais, por isso, não podem ter culpa pela prática de qualquer ato – sendo certo que, para cometer um crime, é absolutamente necessário haver culpa²⁸⁰, tendo em vista o princípio da culpabilidade²⁸¹. Nesse ponto, junta-se o segundo autor, para quem é evidente a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais por ser um exemplo de responsabilidade penal objetiva²⁸².

A jurisprudência, contudo, tem se demonstrado majoritariamente a favor da viabilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica. Aliás, recentemente, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça deu mais um passo na linha da “autonomia” da responsabilidade penal do ente coletivo. Diz-se isso porque, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 39.173-BA, o tribunal mudou sua posição, passando a permitir o prosseguimento de ação penal exclusivamente em face de pessoa jurídica por entender que a Constituição Federal não condicionou a persecução penal da pessoa jurídica à persecução penal da pessoa física – o que, até aquele momento, era exigido pelo STJ. É bom que se diga que esse já era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do

²⁷⁸ Categoria constitucional que atribui a uma norma constitucional uma eficácia que, para ser plena, necessita de uma regulamentação infraconstitucional. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva: São Paulo, 2010, p.94-95.

²⁷⁹ Cfr. ROTHENBURG, Walter Claudius, A responsabilidade penal da pessoa jurídica (artigo 3º) in MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.), Crimes Ambientais – Comentários à lei 9.605/98, p.57 e ss.

²⁸⁰ DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida, Leis Penais Especiais Comentadas, p. 498.

²⁸¹ Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General – Tomo I, Editora Civitas: Madrid, 1997, p.798 e ss.

²⁸² PRADO, Luiz Regis, Direito Penal do Ambiente, p.166.

Recurso Extraordinário 548.181, ocorrido no ano anterior. Assim, ambas as cortes deixaram de adotar a teoria da dupla imputação necessária em crimes contra o meio ambiente.

Nesse sentido, a lei dos crimes ambientais determinou, como anteriormente brevemente comentado, em seu artigo 21, que à pessoa jurídica poderiam ser impostas três penas – isolada, alternativa ou cumulativamente. São elas as penas de multa, restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade, detalhadas nos artigos 22 e 23 do mesmo diploma legal. Dentre as penas restritivas de direitos, encontram-se a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária e a proibição de contratar com o Poder Público ou dele obter subsídios, subvenções ou doações. Já dentre as penas de prestação de serviços estão o custeio de programas e de projetos ambientais, a execução de obras de recuperação de áreas degradadas, a manutenção de espaços públicos e a realização de contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas²⁸³.

De qualquer modo, nesse cenário, embora não exista previsão legal, passou a ser bastante recomendável, a nosso sentir, a introdução da previsão de mecanismos de *compliance* como causas atenuantes ou mesmo de isenção de pena para as pessoas jurídicas acusadas de cometerem crimes contra o meio ambiente no Brasil. Isso porque, no artigo 14 da referida lei, são dispostas as circunstâncias que atenuam a pena. São elas: i) o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; ii) o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; iii) comunicação previa pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental e iv) colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

Como se depreende rapidamente da leitura de tais circunstâncias, não existe nenhuma previsão que diga respeito à efetiva culpabilidade do ente coletivo. A rigor, a própria forma como a lei está posta demonstra a falta de preocupação do legislador para com esta questão; criando basicamente uma responsabilidade objetiva. Como sabemos, a culpa é um pressuposto da pena e, no caso dessa lei, verifica-se a imposição de penas às pessoas jurídicas sem se verificar, em momento algum, a efetiva culpabilidade que possui – a rigor

²⁸³ Luiz Regis Prado faz questão de demonstrar que o legislador não foi muito claro ao dispor as penas das pessoas físicas e jurídicas. Isso porque no artigo 11 fala sobre suspensão de atividades, mas não faz referência à pessoa jurídica – sobre a qual só começa a dispor no artigo 21. O mesmo vale pro artigo 10, em que se fala sobre a impossibilidade de participar de licitações, o que não faria muito sentido para uma pessoa física – embora, como dito, até aqui nada fora disposto sobre pessoas jurídicas. *Ibidem*, p. 170-172.

nem se determina qual a pena para qual crime, mas tão somente qual o conjunto de penas possíveis para todo e qualquer crime previsto nela²⁸⁴.

Daí porque defendemos a inclusão das premissas do *compliance* na legislação penal sobre meio ambiente brasileira. Antes, contudo, deixe-se claro que somos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica, como já pudemos expor anteriormente neste estudo. Mas, caso existe, parece-nos evidente que deveria ser, em alguma medida ao menos, de acordo com o modelo da autorresponsabilidade. Assim, partindo da mudança de paradigma da atribuição de responsabilidade para esse arquétipo, a culpabilidade da empresa passaria a importar para fins de imputação, de maneira que a atitude do ente coletivo antes, durante e depois do cometimento do delito fizesse diferença para sua responsabilização ou não.

Nessa conjuntura, seria plenamente possível introduzir como atenuante ou mesmo causa de isenção de pena a existência de um programa de *compliance* no âmbito da empresa, voltado à prevenção de delitos tais como o eventualmente praticado. Como exaustivamente tratado, não faltam, atualmente, exemplos de legislações estrangeiras que o fazem, tais como a espanhola e a norte-americana. Tal providência seria, nessa trama de se atribuir responsabilidade ao ente coletivo, uma forma de permitir às empresas atuantes no Brasil que possam se organizar para não serem responsabilizadas sem qualquer culpa, como – na realidade – é o que acaba por acontecer hodiernamente na prática, “incontroversamente um modelo de responsabilidade objetiva”²⁸⁵.

VI.2 – A lacuna de Portugal: um esboço de sugestão

Como é possível notar neste ponto do trabalho, a Europa passou por uma “superação”, por assim dizer, do modelo *societas delinquere non potest*, nomeadamente na última década. Isso parece ter resultado, como se viu, da “expansão da criminalidade

²⁸⁴ Sobre esse tema, Cfr. COSTA, Helena Regina Lobo da; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no princípio do porquê sim, Boletim IBCCRIM n.133, v.11,2003, p.7 e ss. Para José Danilo Tavares Lobato, a existência da previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica é, simplesmente, um exemplo do uso do Direito Penal Simbólico. LOBATO, José Danilo Tavares, (Ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – uma nova perspectiva, in Boletim do IBCCRIM, n.205, v.17, 2009, p.4-5.

²⁸⁵ TANGERINO, Davi de Paiva Costa, A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, in Boletim IBCCRIM, n.214, v.18, 2010, p.18.

econômica”²⁸⁶, o que parece ter levado a um direito penal cujas protagonistas passam a ser as corporações, em detrimento do chamado direito penal clássico, em que o foco sempre se deu na pessoa física²⁸⁷. Sem prejuízo do que já foi abordado, quanto à compatibilidade ou não das categorias deste último com o chamado direito penal econômico, fato é que muitos Estados passaram a adotar a a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Não foi diferente com Portugal. Dessa maneira, em 2007 o Código Penal Português foi alterado para abarcar, também, a possibilidade do cometimento de crimes por partes das pessoas jurídicas (ou, como se diz em terras lusitanas, colectivas). Assim, a Lei 59/2007, de 4 de setembro, privilegiou a possibilidade de responsabilização penal dos entes privados, deixando de fora o Estado e outras entidades públicas, pela própria dificuldade da aplicação das sanções previstas a essas últimas²⁸⁸. É bem verdade, contudo, que, bem antes disso, no longínquo ano de 1984, o DL 28/84, referente às infrações antieconômicas e contra a saúde pública, já havia aberto o caminho no sentido da responsabilização penal das pessoas coletivas, conforme se verifica em seu artigo 3º²⁸⁹.

O Código Penal Português, então, optou por condicionar a responsabilidade penal da pessoa jurídica à ocorrência de fatos praticados em nome e no interesse dela quando praticado por pessoas que possuam posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade dessas últimas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controle que lhes incumbem. Muito embora sejam objetos de ampla discussão doutrinária quanto ao significado real de alguns desses conceitos²⁹⁰, parece que a legislação criou um requisito

²⁸⁶ ANTUNES, Maria João. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 457.

²⁸⁷ Para Nuno Brandão, foi, em verdade, um passo natural porque o ordenamento português há muito tempo já pensava capaz de ação, culpa e punibilidade as pessoas coletivas. BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal, in *direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.461-462.

²⁸⁸ Cfr. MEIRELES, Mario Pedro. Responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas, *Revista Julgar*, n.5, 2008, p.125-127.

²⁸⁹ Artigo 3º do DL28/84: (Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas)

1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo.

2 - A responsabilidade é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3 - A responsabilidade das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o n.º 3 do artigo anterior.

²⁹⁰ SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes, Editora Verbo: Lisboa/São Paulo, 2009, p.208-210

formal, ligado a quem pode cometer os crimes que serão atribuídos a pessoa jurídica e um requisito material, que é a obrigação de que o crime tenha sido cometido no interesse, em favor da corporação²⁹¹.

Dentro dos modelos de culpabilidade já estudados, mostra-se possível afirmar que o direito penal português optou pela chamada heterorresponsabilidade, na medida em que responsabiliza a pessoa jurídica por transferência de um ato praticado por pessoas físicas determinadas. Então, a culpabilidade em si da empresa não é exatamente verificada através da maneira que se organiza e se controla, mas, ao contrário, se dá fruto de alguma ação de um superior hierárquico ou subordinados a ele, uma vez que essa ação se dê no interesse ou em favor da própria empresa.

Ademais, optou-se, no Código Penal Português, pela taxatividade de delitos que dão azo à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim, o próprio artigo 11²⁹², em seu

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Artigo 11º - Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas

1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos:

a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - (Revogado.)

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime:

a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e

b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão.

9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes:

a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa;

b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou

c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade.

número 2, determina quais são os crimes nos quais a empresa poderá ser responsabilizada, que são, hoje, os crimes previstos nos artigos 152º-A e 152º-B, nos artigos 159º e 160º, nos artigos 163º a 166º sendo a vítima menor, e nos artigos 168º, 169º, 171º a 176º, 217º a 222º, 240º, 256º, 258º, 262º a 283º, 285º, 299º, 335º, 348º, 353º, 363º, 367º, 368º-A e 372º a 376º. O artigo 12, por sua vez, traz a punibilidade do representante, isto é, aquele que atua em nome de outrem, seja por ser titular de um órgão ou por voluntariedade, hipótese em que mesmo quando as determinadas exigências para configuração do tipo penal somente se verificarem no representado poderá ser punido o representante²⁹³.

Apesar de todo o exposto, o direito penal parece ainda não ser íntimo do *compliance* em Portugal. Embora se verifique, nesse país, já algumas disposições ligadas à chamada autorregulação regulada, como é o caso do direito desportivo²⁹⁴, não existe disposição no Código Penal relacionada a programas de cumprimento e, até bem pouco tempo, qualquer outra previsão relevante acerca do tema.

Não obstante, é possível notar que – muito embora não recebam o nome de *compliance* – existem disposições na legislação penal portuguesa relacionada à colaboração do agente infrator como uma causa de atenuação ou isenção de pena. O artigo 8º da Lei 36/1994, por exemplo, que dá conta das medidas de combate à corrupção e à criminalidade econômica e financeira, prevê expressamente uma “atenuante especial” se o agente prestar auxílio concreto na produção de provas decisivas para identificar ou capturar demais responsáveis²⁹⁵. Bem mais recentemente, a lei 30/2015, ao modificar as leis 50/2007 e 20/2008, relacionadas a crimes de relacionados à atividade desportiva e crimes relacionadas à corrupção no comércio internacional e na atividade privada, respectivamente, também

11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

²⁹³ Artigo 12º - Actuação em nome de outrem:

1 - É punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir:

a) Determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou

b) Que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado.

2 - A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior.

²⁹⁴ CAEIRO, Pedro; SOUSA, Susana Aires de. Economic criminal law in the Portuguese legal system: an overview. In *Onderneming en Strafrecht*. N. 1/2, 2005, p. 22

²⁹⁵ Artigo 8º Atenuação especial:

Nos crimes previstos no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e e), a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

criou atenuantes para as hipóteses em que o agente recolher provas decisivas para a identificação ou a captura dos demais responsáveis.

Bem recentemente, contudo, a lei 83/2017 alterou em parte esse panorama. Nesse sentido, a lei buscou estabelecer medidas de combate ao branqueamento (lavagem) de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpondo parcialmente as Diretivas 2015/849/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/EU, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016.

Essa lei determinou, portanto, medidas às entidades financeiras a fim de prevenir e reprimir a prática do branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo. É de se notar que, entre essas medidas, está o chamado “sistema de controle”, que é um conjunto de procedimentos que a empresa deve adotar para realizar uma gestão eficaz e cumprir as normas legais e regulamentares em matéria de prevenção dos delitos acima referidos.

Dessa maneira, a lei portuguesa previu, em seu artigo 12º, que a empresa deveria elaborar mecanismos de controle interno de acordo com a natureza, dimensão, complexidade e atividade da empresa. Contudo, determinou que alguns elementos eram absolutamente necessários. São eles: a definição de um modelo eficaz de gestão de risco; o desenvolvimento de procedimentos internos em termos de aceitação de clientes; a definição de programas de formação contínua dos colaboradores da entidade; a designação de um responsável pelo controle do cumprimento na empresa; a instituição de sistemas de captação, tratamento e arquivo da informação; a divulgação de informação atualizada e acessível sobre as normas de execução para os funcionários responsáveis pela prevenção ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo bem como a instituição de procedimentos de averiguação para a contratação destes e de controle de suas atividades; a instituição de mecanismos que permitam testar regularmente sua qualidade, adequação e eficácia; a definição de meios internos adequados que permitam aos colaboradores da entidade comunicarem, através de canal interno e anônimo, eventuais violações à presente lei e o desenvolvimento de políticas e procedimentos em matéria de proteção de dados pessoais.

Parece-nos, contudo, que – dada a responsabilização penal coletiva realizada no ordenamento português – seria possível que este prevísse, em seu próprio Código Penal, o *compliance* como causa de atenuação ou isenção de pena dos entes coletivos. Nesse sentido, ainda que não se objetive exaurir o tema, deixamos aqui uma pequena sugestão, a qual –

embora inicial – poderá ser, mesmo, uma primeira semente que, futuramente, poderá vir a florescer. O fundamental, a nosso sentir, é estender a previsão feita pela lei 83/2017 para os crimes de branqueamento de capitais e de financiamento ao terrorismo aos demais crimes pelos quais pode a pessoa jurídica responder em solo português.

Uma vez que a legislação portuguesa admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, ainda que por ricochete, em seu artigo 11 do Código Penal, para além de eventuais previsões especiais, seria possível que houvesse a introdução de uma nova disposição no Código permitindo que as empresas deixassem de ser responsabilizadas ou o fossem de forma bem mais branda caso possuíssem um programa de *compliance*. Nesse sentido, muito embora o ideal mesmo fosse que a responsabilidade penal da pessoa coletiva, se existisse, fosse de acordo com a chamada autorresponsabilidade, através de uma culpabilidade própria, como já apontado anteriormente em capítulos anteriores, mesmo nesse contexto da responsabilidade coletiva transferida da pessoa física faria sentido a previsão legal do *compliance*.

Segundo pensamos, uma alteração legislativa que previsse a possibilidade de a empresa demonstrar que, na verdade, aquele suposto ato delitivo foi um ato isolado de determinado funcionário, ainda que de alto escalão, infringindo as próprias disposições internas de controle (isto é, do programa de *compliance* implementado) seria benéfica. Isso porque evitaria a responsabilidade de todo um ente coletivo, do qual fazem parte tantas pessoas, pela prática de um ato criminoso por iniciativa de um indivíduo. Além disso, a própria empresa poderia auxiliar, de maneira prévia, o próprio Estado, ao identificar e investigar os atos delitivos em seu seio, colaborando com as autoridades no sentido de lhes fornecer as informações obtidas – sempre tendo em mente, contudo, o que já foi amplamente tratado no ponto IV.5, referente às investigações internas.

Dessa maneira, o ordenamento jurídico português poderia vir a mitigar a responsabilização penal coletiva de maneira “objetiva”, isto é, transferida automaticamente de um ato individual, sem qualquer possibilidade de afastamento. A empresa, então, poderia vir a demonstrar – como colocado – que não foi ela a verdadeira responsável pela prática do fato, ainda que indiretamente beneficiada, na medida em que tomou todos os cuidados necessários para que a prática não ocorresse, tendo, inclusive, a identificado e investigado – o que, como já verificamos, são funções típicas de um programa de *compliance*.

VII. Conclusão

Já é tempo de, finalmente, apontarmos alguns enunciados que traduzam as ideias centrais que conseguimos suscitar no decorrer deste trabalho. Não obstante, dada a recenticidade peculiar ao tema, o estudo que aqui se aproxima do final é, ainda, uma semente, isto é, um incentivo para que, com suas contribuições, possam germinar novas investigações sobre o *compliance*. De todo modo, concebemos que é possível resumir alguns dos pontos principais com que a exposição do assunto nos fez deparar.

1. É indiscutível que o *compliance* vem ganhando cada vez mais proeminência na sociedade contemporânea. Para além de um complexo processo de globalização, a experiência recente acabou por demonstrar o aparecimento de diversos escândalos envolvendo práticas criminosas no âmbito da atuação empresarial de diversas organizações, geralmente envolvendo agentes públicos. Isso explica, em grande parte, a opção que diversos ordenamentos jurídicos fizeram ao prever regras relativas à responsabilidade penal das corporações e medidas de controle interno que devem implementar para afastá-la.
2. Embora desde a década de 1930 os Estados Unidos da América já apresentassem um embrião do que hoje se denomina *compliance*, foi com o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), nos fins dos anos 70, que o instituto teve ainda maior destaque na legislação norte-americana. Alterado em 2010 pelo Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act e em 2015 pelo Yates Memo, o FCPA é uma rigorosa lei de combate à corrupção, inclusive realizadas em outros países por pessoas físicas ou jurídicas que atuem, de alguma maneira, também nos Estados Unidos. Desde então, o guia de recomendação às empresas para que não violem o FCPA prevê mecanismos de *compliance*, o que fez com que este se espalhasse entre as empresas com atividades em solo americano.
3. A Espanha, por sua vez, desde 2010 caminhou no sentido de permitir, com certo alargamento, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que acabou por fazer a própria legislação prever mecanismos de *compliance*, em especial com a reforma de 2015. Dessa maneira, assim como o Guia do FCPA norte-americano, o parágrafo 5º do artigo 31.bis apresenta os elementos que deverão estar presentes nos programas

de *compliance* para que esses possam ser reconhecidos como efetivos e, assim, atenuarem ou isentarem a responsabilidade penal da empresa.

4. Ao contrário de Estados Unidos e Espanha, a Itália não prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica; pelo contrário, trata-se de vedação constitucional insculpida no artigo 27 da Constituição Italiana. Não obstante, o Decreto Legislativo 231/2001, supostamente de caráter administrativo, acabou por trazer para as empresas a responsabilidade por determinadas práticas e, a fim de atenuá-la ou excluí-la, também trouxe os mecanismos de *compliance* que elas deveriam possuir. Conforme se demonstrou, esse decreto, com o tempo, passou a ser considerado um terceiro gênero de responsabilidade, na medida em que foi criado um regime de responsabilidade administrativo, mas com parâmetros e garantias penais, julgado, inclusive, pelo juízo penal.
5. Pioneiro em termos de modelo de responsabilidade penal que levasse em conta a efetiva culpabilidade própria da empresa, o Reino Unido também empresta importante expressão ao *compliance* em seu ordenamento jurídico. O UK Bribery Act, lei bastante inspirada no já comentado FCPA, relacionada à corrupção, prevê a possibilidade de empresa se isentar de responsabilidade caso demonstre que não se omitiu na prevenção às práticas corruptivas por parte de seus funcionários ao adotar os procedimentos de controle interno adequados. Assim como se verifica no FCPA, também o UK Bribery Act possui um guia que orienta as empresas quanto aos elementos que seus sistemas de *compliance* deverão possuir.
6. A América Latina também não escapou do fenômeno *compliance*. Assim, tanto legislação chilena, desde 2009, quanto a legislação argentina, a partir de lei publicada em 2017, passaram a adotar expressamente o *compliance*. Assim, as pessoas jurídicas envolvidas em práticas criminosas, apesar de poderem ser responsabilizadas, ganharam uma ferramenta com a qual podem mitigar essa responsabilização.
7. O Estado contar com o ente privado para que busque se adequar às regras estabelecidas pelo primeiro, dando-lhe, para isso, um estímulo ou impondo-lhe uma obrigação, faz parte de uma estratégia de autorregulação regulada que está se espalhando pelos ordenamentos jurídicos mundo afora. Na chamada sociedade de risco, cada vez mais parece fazer sentido que a prevenção se dê *interna corporis*,

sobretudo no âmbito da criminalidade econômica, na qual a complexidade dos delitos gera dificuldades tão latentes para a investigação estatal.

8. O Direito Administrativo, já há algum tempo, convive com diferentes formas de regulação. Aliás, isso nos leva à conclusão de que o direito administrativo sancionador não possui tantas diferenças em relação ao direito penal na responsabilização das pessoas jurídicas, para além da conhecida estigmatização simbólica. Como, para nós, esta não deve ser a função primordial do Direito Penal, parece correto afirmar que a responsabilidade coletiva poderia estar devidamente garantida pelo direito administrativo sancionador, privilegiando-se a *última ratio* do direito penal.
9. Caso se opte pelo Direito Penal, duas formas de aferição da culpabilidade da empresa se demonstram as mais escolhidas pelos ordenamentos jurídicos: a heterorresponsabilidade e a autorresponsabilidade. Enquanto a primeira é baseada, sobretudo, na transferência direta da responsabilidade de um ato praticado por uma pessoa física para a pessoa jurídica, em geral, a segunda está ligada ao próprio comportamento e organização da corporação, verificada através dos procedimentos internos adotados para prevenir, identificar e sancionar possível ato criminoso cometido em sua atuação. Apesar de ser bastante comum, isolada ou cumulativamente com a autorresponsabilidade, o modelo de heterorresponsabilidade nos parece de constitucionalidade duvidosa, tanto sob a ótica da Constituição Brasileira quanto da Constituição Portuguesa, por violar frontalmente o princípio da culpa (ou culpabilidade), na medida em que responsabiliza alguém que não age com dolo ou culpa, de maneira que não se pode transferir a responsabilidade penal.
10. Apesar de ser tão comentado, não existe um conceito definitivo e pacífico para o termo *compliance*. Os autores, de diversas nacionalidades, pela própria vagueza do termo, apontam diferentes concepções, algumas que o trazem como sinônimo de governança corporativa, responsabilidade social e gestão de riscos, outras que o diferenciam completamente desses termos. Assim, optamos por conceituar o *compliance* o dividindo em duas acepções: i) *lato sensu*, ligada a um objetivo amplo de cumprir as leis e suas normas internas, ficando em um “estado de conformidade” ético e legal, acepção na qual seria um pilar da governança corporativa, em conjunto com outros três pilares, *fairness*, *disclosure* e *accountability*; ii) *stricto sensu*,

relacionada à ferramenta adequada para alcançar esse objetivo *lato*, que é o programa de *compliance* em si, com todas as suas especificações e elementos. Fato incontroverso, contudo, é que, independente da acepção, o *compliance* busca evitar a prática de atos ilícitos no âmbito de atuação da empresa, bem como a devida identificação e sanção do responsável, caso algum ato ilícito acabe por ser praticado.

11. Embora cada autor e cada ordenamento jurídico apresente determinados elementos como componentes de um programa de *compliance* eficaz, é possível extrair os mais comuns e que, ao nosso juízo, devem servir de parâmetro para tanto. São eles: i) análise de riscos relacionados ao ramo de atividade da empresa e às suas dimensões, a fim de verificar quais são as vulnerabilidades que devem ser endereçadas pelo programa a ser idealizado; ii) elaboração de um Código de Ética e de Conduta que defina quais são as atividades que devem e quais são as que não devem fazer parte do cotidiano da empresa, o que reforçará os mandamentos e proibições legais, além de estabelecer o padrão ético que se espera dos seus membros; iii) implantação de um setor responsável pelo *compliance* na empresa, que poderá corresponder a uma pessoa ou a um departamento, a depender das dimensões da empresa, e que será responsável pelo acompanhamento de toda a implementação e a posterior execução do programa; iv) introdução de um sistema de controles internos, consistente em medidas que procurem assegurar o cumprimento das diretrizes estabelecidas, a adoção da diligência devida na contratação de fornecedores e na celebração de parcerias comerciais, a checagem e a revisão dos pagamentos, a seleção adequada de pessoal, entre outras providências; v) treinamento do corpo de funcionários da empresa, tanto por intermédio de cartilhas informativas quanto por meio de encontros presenciais, que contribua para a sua conscientização acerca da importância do seu engajamento para a boa execução do programa; vi) criação de um canal interno de denúncias (*whistleblowing*), por intermédio do qual os funcionários da empresa poderão reportar atitudes suspeitas no exercício de suas atividades, a fim de permitir que o setor de *compliance* possa tomar as providências devidas, de acordo com o estabelecido no Código de Ética e de Conduta; vii) elaboração de um procedimento de investigação interna (*internal investigations*), a ser utilizado sempre que houver a necessidade de apurar a existência de alguma atitude suspeita de ter violado o estabelecido no Código de Ética e de Conduta e em normas legais que, por acaso,

nele não esteja prevista; viii) realização de auditorias externas periódicas voltadas a verificar a lisura dos controles internos exercidos e ix) monitoramento contínuo do programa de *compliance* implementado.

12. Para além dos elementos acima descritos, é absolutamente fundamental que o setor de *compliance* possua autonomia (tanto a nível organizacional quanto a nível de recursos financeiros e humanos) e que o nível hierárquico mais alto da empresa esteja consciente da necessidade de se submeterem as normas de *compliance*. Somente assim o programa poderá ser verdadeiramente assimilado e seguido pelos demais membros da empresa de maneira orgânica.
13. Em relação ao *whistleblowing*, é bom que se diga que, embora possa parecer estranho um canal interno de denúncias na própria empresa, essa ferramenta é bastante importante para o início das investigações internas e é melhor que esse conhecimento se dê através de um relato interno do que da mídia ou da justiça. Não obstante não nos pareça ser legítimo criar uma obrigação de o funcionário denunciar, é plausível supor que se o programa de *compliance* realmente houver sido bem implantado naquela organização a vontade de o funcionário manter um ambiente legal e ético é algo que se dará naturalmente. Da mesma maneira, seguindo essa mesma ideia, um canal confidencial parece fazer mais sentido do que um canal anônimo, na medida em que os funcionários confiarão na existência real dessa confidencialidade e vetar-se-ia o anonimato, mais propenso à criação de bodes expiatórios e perseguições.
14. Apesar de as *internal investigations* suscitarem diversos questionamentos, são absolutamente imprescindíveis para qualquer programa de *compliance*. Nesse sentido, embora reconheçamos que existem autores que a encarem como uma ferramenta do Direito do Trabalho, entendemos que de certa maneira elas se ligam à privatização do processo penal, razão pela qual as garantias e categorias plausivelmente aplicáveis deste devem estar presentes nas investigações internas. Sob esse ponto de vista, é necessário que a empresa observe os direitos de intimidade e privacidade de seus funcionários ao realizar a coleta de provas, tendo lhes advertido previamente sobre essa possibilidade bem como da possibilidade de suas declarações em entrevistas internas virem a ser transladadas para um eventual processo judicial, tudo com vistas à garantia de um processo de investigação interna equilibrado e justo.

15. No contexto brasileiro, verifica-se que a Lei de Lavagem de Dinheiro foi extremamente relevante para o desenvolvimento do *compliance* no país ao determina adoção de mecanismos de procedimentos internos em setores ditos “sensíveis”, por estarem ligados, a vultuosas quantias de dinheiro, muitas vezes em espécie. A Lei Anticorrupção, por sua vez, trouxe – expressamente – “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta” como atenuante na aplicação a pena, o que incentivou o avanço do instituto em solo brasileiro, apesar de ter feito isso de maneira vaga e contraditória. A primeira característica porque não define qual é a atenuação que deverá ser aplicada e a segunda porque tal previsão se dá numa lei que impõe a responsabilidade objetiva civil e administrativa, diretamente contrária à ideia de culpabilidade própria. Aliás, sobre esse assunto, cabe ainda concluir que, em verdade, a lei anticorrupção possui, de alguma maneira, um caráter penal oculto, tendo em vista a gravidade das sanções impostas. Por isso, a nosso sentir, essa lei deveria sofrer alterações e o *compliance* deveria a passar ser previsto, também, na legislação ambiental, evitando ou diminuindo as sanções penais existentes às pessoas jurídicas eventualmente condenadas por delitos do gênero.
16. Por fim, em Portugal, onde já há algum tempo é aceitável a responsabilização penal da pessoa jurídica, parece-nos mais do que na hora de a lei penal passar a prever o *compliance*. Outrossim, muito embora hoje já existam, pontualmente, algumas raras e dispersas disposições relacionadas à colaboração do agente infrator como causa de atenuação ou isenção de pena, como o artigo 8º da Lei 36/1994 e as mudanças implementadas pela lei 30/2015, a extensão da responsabilidade coletiva penal admitida pelo ordenamento jurídico português faz querer parecer que existe um amplo espaço para uma mudança do sentido dessa responsabilização, na direção de uma culpabilidade própria da empresa. Assim, uma alteração legislativa poderia prever a isenção ou atenuação da responsabilidade penal da empresa caso ela demonstre que aquele ato violador da norma penal foi isolado, descumprindo todo o modelo de organização interna estruturado por seu programa de *compliance*, deixando de ser punida por algo sobre o que não possui responsabilidade.

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Cooperação judiciária e princípios constitucionais*, in PALMA, MARIA FERNANDA/ DIAS, AUGUSTO SILVA/ MENDES, PAULO DE SOUSA (coord.), *Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (reimpressão).

ANTUNES, Maria João, *Privatização das investigações e compliance criminal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 28, n.1, 2018.

ANTUNES, Maria João. *A responsabilidade criminal das pessoas colectivas entre o direito penal tradicional e o novo direito penal*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

ASSIS, Augusto, *A responsabilidade penal omissiva dos dirigentes de empresas*, in LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, *Comentários ao Direito Penal Económico Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi: Thomson Reuters, 2011.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 2012.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina, 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMANN, apud DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – volume 1*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, Buenos Aires: Editora Paidós, 1998.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. *La Intervención Delictiva del compliance officer*. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica à Luz da Constituição Federal, in Boletim IBCCRIM, nº 65, 1998.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilância em la empresa. In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta> . Acesso realizado em 15 de abril de 2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais – 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013, Revista do Advogado, n.125, v.34, 2014.

BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal, in direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CAEIRO, PEDRO, *Cooperação Judiciária na União Europeia*, in COSTA, JOSÉ DE FARIA/SILVA, MARCO ANTONIO MARQUES DA (Coord.), *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAEIRO, Pedro. Sobre a natureza dos crimes falenciais (o patrimônio, a falência, a sua incriminação e a reforma dela), Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

CAEIRO, Pedro; SOUSA, Susana Aires de. Economic criminal law in the Portuguese legal system: an overview. In *Onderneming en Strafrecht*. N. 1/2, 2005.

CALLEGARI, André Luís, O princípio da confiança no Direito Penal, in Boletim do IBCCRIM, ano 7, nº 78, 1999

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Crimes econômicos e imputação objetiva. In COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da. *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARDOSO, Debora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro*, São Paulo: LiberArs, 2015.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais e Teoria Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COCA VILA, Ivo. Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? *In SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Editora Atelier, 2013.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Económico *in* *Direito Penal Economico e Europeu: textos doutrinários, volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; MILARÉ, Édis. *Direito Penal Ambiental: comentários à Lei 9.605/98*, Campinas: Millenium, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Apud SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, São Paulo: Editora LibeArs, 2016.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no princípio do porque sim*, Boletim IBCCRIM n.133, v.11,2003.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988, v.8*. Rio de Janeiro: Foerense Universitária, 1993.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas em el Derecho Español*, Aranzandi: Thomson Reuters, 2013.

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

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida, *Leis Penais Especiais Comentadas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra editora, 2004 (reimpressão).

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infracções contra a economia nacional in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários – volume 1*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; SOUSA, Susana Aires de. *Manda quem pode, obedece quem deve? Sobre o sentido e limites da teoria do domínio do facto no contexto empresarial. In FRANCO, Alberto Silva. Et al. Quase Noventa Anos. Homenagem a Ranulfo de Melo Freire*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DOPICO, Jacobo. *Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013 in Informe de la Sección de Derechos Humanos del ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de reforma del código penal, ley de seguridade privada y lo del poder judicial (jurisdicción universal)*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Revista Direito e Sociedade*, v.2, n.1, Curitiba, 2001.

DOTTI, René Ariel. *A incapacidade criminal da pessoa jurídica*, in *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, 11/201, 1995.

EDINGER, Carlos. *Corrupção: programas de integridade para microempresas e empresas de pequeno porte in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

ESTELLITA, Heloisa, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*, São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELDENS, Luciano; ARAUJO, Marcelo Azambuja *in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. *A privatização da função investigatória nos delitos empresariais in FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FERREIRA, Luciano Vaz, A aplicação da legislação anticorrupção norte-americana contra o suborno transnacional (Foreign Corrupt Practices Act) e seus efeitos no Brasil *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. A imputação dos atos lesivos na lei de responsabilidade das pessoas jurídicas (lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013) *in* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FISSE, Brent, The Attribution of Criminal Liability to Corporations: A Statutory Model, *Sidney Law Review*, 1991.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. The allocation of responsibility for corporate crime: individualismo, collectivism and accountability, *Sidney Law Review* vol.11, 1988.

FOFFANI, Luigi. Responsabilita degle enti da reato in Italia *in* FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium, Napoli: Jovene, 2012.

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.103,v.21,2013.

FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbe-gruffs *in* FRANK, Reinhard, Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum UniversitätsJubiläum, Berlin: A.Topelmann, 1907.

GARCIA DE LA GALANA, Beatriz, Whistleblowing.y canales institucionales de denuncia *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidade penal de las personas jurídicas, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

GARLAND, David W. The culture of control: crime and social order in contemporary Society, Oxford: OUP Oxford, 2002 (reprinted).

GIACOMOLLI, Felipe Mrack *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e Pessoa Jurídica *in* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GÓMEZ MARTÍN, Victor, *Compliance y derechos de los trabajadores in MIR PUIG, Santiago (et al), Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: Edisofer, 2014.

GONSALES, Alessandra, O Caso Enron, a SOX e a Origem do Compliance Moderno *in GONSALES, Alessandra (et al), Compliance: a Nova Regra do Jogo*, São Paulo: LEC Editora e Organização de Eventos Ltda., 2016.

GRECO, Luis; CARACAS, Christian. Internal investigations: e o princípio da não auto-incriminação *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Niterói: Editora Impetus, 2014,

GUARAGNI, Fabio Andre, Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e compliance: relações e possibilidades, *in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.), Compliance e Direito Penal*, São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2015.

HEINE apud SILVA, GERMANO MARQUES DA. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes, Editora Verbo: Lisboa/São Paulo, 2009.

KUHLEN, LOTHAR, Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal. *In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LAMPE, Ernst. Systemunrecht und Unrechtssys-teme *In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswis-senschaft* 106.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio, Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento. *In GÓMEZ MARTÍN, Victor; PUIG, Santiago Mir e BIDASOLO, Mirenxtu Corcoy (dir.). Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Montevideo/Buenos Aires: Bde F, 2014.

LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. Los Programas de Cumplimiento como programas de prudência penal, *RPCC* 25, 2015.

LEHTMAN, Jeffrey A., MASSEY, David B.; ORÍA, Jorge Ignacio; COLOMBRES, Gervasio; SARAVIA, Francisco. Argentina: Nueva Ley de Responsabilidad Penal Empresarial. Disponível em:

<https://www.rkollp.com/assets/htmldocuments/11.17%20Argentina%20Nueva%20Ley%20de%20Responsabilidad%20Penal%20Empresaria%20-%20RKdO%20and%20OCSA.pdf>.

Acesso realizado em 04 de julho de 2018.

LEHTMAN, Jeffrey A.; MASSEY, David B., La Revolución de Compliance en Argentina, disponível em <https://www.rkollp.com/newsroom-publications-426.html>.

Acesso realizado em 04 de julho de 2018.

LEON BERINI, Arturo Gonzalez de, El Criminal Compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act, *In SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*, Barcelona: Editora Atelier, 2013.

LOBATO, José Danilo Tavares, (Ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – uma nova perspectiva, in *Boletim do IBCCRIM*, n.205, v.17, 2009.

MANHEINN, Hermann. *Criminologia Comparada*. Tradução José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Apud SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*, Editora Liberars: São Paulo, 2016.

MARTINS, José Alberto. E MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance, concorrência e combate à corrupção*, São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MASCHMANN, Frank. *Compliance y Derechos del trabajador* *In KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento *in ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adan, El derecho Penal Economico en la era Compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MEIRELES, Mario Pedro. Responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas, *Revista Julgar*, n.5, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

MONGILLO, Vincenzo, New Statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 and the Bribery Act 2010, *in FIORELLA, Antonio, Corporate Criminal Liability and Compliance Programs –*

Vol I - Liability 'Ex Crimine' of Legal Entities in Member States, Napoli: Jovene Editore, 2012.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales *In* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MOOSMAYER, Klaus, Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales *in* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán, *El Derecho Penal Económico en La Era Compliance*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz, Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada *in* ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán, *El Derecho Penal Económico en La Era Compliance*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n.11, 1995.

NIETO MARTÍN, Adan, Fundamentos y Estructura de los programas de cumplimiento normativo, *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

NIETO MARTIN, Adan, Investigaciones Internas, *in* NIETO MARTIN, Adan (et al), *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

NIETO MARTIN, Adan. "Internal Investigations, Whistle-blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process", *in Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014.

NIETO MARTÍN, Adan. El Cumplimiento Normativo *in* NIETO MARTÍN, Adan (et al), *Manual de Cumplimiento Normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

NIETO MARTÍN, Adan. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel: Madrid, 2008.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Princípios Constitucionais de Direito Penal e Processual Penal. *In* VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL,

Antonio Carlos Rodrigues do. *Princípios Constitucionais Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

ONZI, Eduarda; OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. A controversa natureza jurídica do regime sancionatório da Lei n. 12.846/13 – Lei Anticorrupção *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis, Direito Penal do Ambiente, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. *In* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ROBES PLANAS, Ricardo. El responsable de cumplimiento – (compliance officer) - ante el Derecho penal. *In* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade Organizada – que política criminal? *In* CORREIA, EDUARDO. Et al. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários – Vol.3*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Econômico – É legítimo? É necessário? *In* Revista Portuguesa de Ciências Criminais n.26, 2016.

ROSSETTI, José Paschoal e ANDRADE, Adriana, Apud SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, Editora Liberars: São Paulo, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius, A responsabilidade penal da pessoa jurídica (artigo 3º) *in* MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.), Crimes Ambientais – Comentários à lei 9.605/98, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus, Culpa e Responsabilidade: Questões fundamentais da teoria da responsabilidade. RPCC 4, 1991.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General – Tomo I, Editora Civitas: Madrid, 1997.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance, *Revista Digital IAB*, v. 4, n. 18, 2013.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões Iniciais sobre criminal *compliance*, *Boletim Ibccrim*, ano 18, numero 218, Janeiro/2011.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal – Revisão teórico e esboço de uma delimitação conceitual *in* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza, *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*, Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado *In* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTANA VEGA, Dulce M., El Delito corporativo de incumplimiento em la prevencion de sobornos (bribery act 2010) *in* *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*, Recpc 17-15, 2015.

SANTOS, Claudia Cruz. Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção) *in* SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A Corrupção: reflexos (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SANTOS, Claudia Maria Cruz. O crime de colarinho branco – Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da Justiça Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; FILHO, Ubirajara Costodio, *Comentários à Lei 12.846/2013*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: IPC; Lumen Juris, 2007.

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, São Paulo: Editora Liberars, 2016.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, “Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-fev->

[05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal](#). Acesso realizado em 15 de abril de 2018

SCANDELARI, Gustavo Britta, As posições de garante na empresa e o criminal compliance no Brasil: primeira abordagem, *in* GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.), Compliance e Direito Penal, São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2015.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e Direito Penal *in* Boletim IBCCRIM 222, Maio/2011.

SCHÜNEMANN, Bernard. Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht. *In* Bausteine des europäischen Wirtschafts-strafrechts, S. 265 ff., Köln. U.a., 1994.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação *in* GOMES, Luiz Flávio (coord). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa – una nueva concepción para controlar la criminalidade econômica. *In* ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, ADAN NIETO. *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes – An Empirical Survey of German Companies. Duncker & Humblot, Auflage.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. La Eximente de modelos de prevencion de delitos – fundamentos y bases para uma dogmatica, *in* SILVA SANCHEZ, Jesús Maria; LLINARES, Fernando Miró, *La teoria del delito en el Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilância y compliance empresarial. *In* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La responsabilidade penal de las personas jurídicas em Derecho Español. *In* SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (dir). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVA, Germano Marques da. Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes, Editora Verbo: Lisboa/São Paulo, 2009.

SILVEIRA, Renato Jorge de Mello, Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

SOUSA, Susana Aires de. *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*. Revista de Estudos Criminais, Ano XI, número 50. São Paulo, 2013.

SOUSA, Susana Aires de. A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal – Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor, Coimbra Editora: Coimbra, 2014.

SOUSA, Susana Aires de. *Algumas considerações sobre a responsabilidade criminal do dirigente empresarial*. Revista Systemas, Vol.2, número 1, 2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial : das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*, Revista de Estudos Criminais. n. 54, v. 12, 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do *compliance*. *In Quaestio Iuris*, vol.10, numero 2, Rio de Janeiro, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality in White-Collar Crime Classic and Contemporary Views*. 1995.

TAMBORLIN, Fabio Augusto; SANTANA, Vinicius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos, *in* GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.), *Compliance e Direito Penal*, São Paulo: Editora Atlas Ltda., 2015.

TANGERINO, Davi da Costa Paiva. Natureza jurídica da Lei Anticorrupção e o papel do compliance. *In* D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Culpabilidade e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *Revista Logos Ciencia & Tecnologia*, vol.3, número 1., 2011.

TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Pessoa Jurídica e Culpabilidade no Direito Penal Econômico, *in* LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini;

SANTOS, Humberto Souza, Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa, A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade, in Boletim IBCCRIM, n.214, v.18, 2010.

TIEDEMANN, Klaus, Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comprado, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.3,n.11, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho penal económico: Introducción y parte general, Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2010.

TOMILLO, Manuel Gomez. Compliance Penal y Política Legislativa, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

TOSI, Gabriel S. A Lei Anticorrupção e os limites entre o direito penal e o direito administrativo sancionador *in* FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre, Direito Penal Econômico e Empresarial, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

TRAVERSI, Alessandro; GENNAI, Sara. Apud SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa, Editora Liberars: São Paulo, 2016.

URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. , Sanciones penales contra empresas en España (hispanica societas delinquere potest), *in* KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (eds). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VALLEJO, Manuel Jaén, *Principios Constitucionales y Derecho Penal – Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*. Buenos Aires: ADHOC,1999.

VAN DIJK, P.; VAN HOOFF, G.J.H. Theory and Practice for the European Convention on Human Rights, The Hague: Kluwer Law International, 1998.

VILLEGAS GARCIA, Maria Angeles La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos, Pamplona: Editora Aranzadi, 2016.