XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO EMPRESARIAL

ADALBERTO SIMÃO FILHO

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich; Adalberto Simão Filho.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-520-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Realizou-se em São Luís - MA, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, o XXVI Congresso Nacional do Conpedi, com o tema Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça.

Com a participação ativa de professores, pesquisadores, mestrandos e doutorandos de todo o país, o evento contribuiu significativa e democraticamente para a exposição de ideias, para o desenvolvimento de debates acadêmicos e para a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados especificamente ao Grupo de Trabalho de Direito Empresarial durante o XXVI Congresso Nacional do Conpedi, demonstraram não apenas o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas, como também com o fortalecimento dos estudos voltados tanto para a estruturação de objetivos empresariais, quanto para a solução de problemas jurídico-empresariais reais e controvertidos.

Nesse sentido, em uma perspectiva disciplinar, interdisciplinar e pluridisciplinar, própria dos tempos atuais, foram apresentados e/ou debatidos no âmbito do GT de Direito Empresarial, temas absolutamente relevantes para o desenvolvimento do Direito no Brasil, tais como: (In) existência de responsabilidade sucessória por débitos tributários na recuperação judicial da empresa em crise; a exigência da certidão negativa de débitos tributários na concessão da recuperação judicial como afronta ao princípio da preservação da empresa; a função social da empresa como elemento de fundamental importância para possibilitar a ressocialização do egresso; a função social e a boa-fé objetiva aplicados ao direito empresarial; a lei 13.429 /2017 aplicada à manutenção da atividade empresarial; apontamentos ao consórcio no direito societário brasileiro; aval e outorga conjugal: análise da interpretação do artigo 1.647 do código civil pela doutrina e jurisprudência; classificação da pessoa jurídica societária como empresarial ou simples em face de seu objeto: a difícil relação entre o exercício de atividade profissional intelectual e a prestação de serviços; colaboração empresarial para comercialização de software à luz da lei de representação comercial: uma análise de caso; compliance e direito empresarial penal; contrato de underwriting; crédito fiscal na recuperação judicial: análise das alterações trazidas pela lei n. 13.043/14; declaraçoes cambiais em títulos eletrônicos: limites técnicos; efetividade e praticabilidade ao compliance

com o emprego do método 70:20:10 nas organizações; o acordo de credores na assembleia geral de credores da recuperação judicial à luz do princípio da autonomia dos credores; o administrador judicial na falência e na recuperação de sociedades empresárias no brasil; o direito empresarial: seus efeitos econômicos e o relatório doing business; o planejamento tributário e sua (in)questionável legalidade: do campo da licitude ao abuso de direito; regulação estatal das relações entre a administração e empresas privadas: considerações sobre a lei 12.846/13 e compliance; responsabilidade social das empresas e sua relevância para a evolução social na perspectiva da realidade brasileira.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados durante o evento possa contribuir ainda mais para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa do Direito Empresarial no país, mas também para o fortalecimento ainda maior da base de dados disponível para o trabalho acadêmico de professores, alunos e pesquisadores do Direito.

Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich - Fumec

Prof. Dr. Adalberto Simão Filho - FMU/Unaerp

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPLIANCE E DIREITO EMPRESARIAL PENAL.

COMPLIANCE AND CRIMINAL CORPORATE LAW.

André Luiz Rapozo de Souza Teixeira [1]
Marcos Camilo Da Silva Souza Rios [2]

Resumo

O presente paper tem como objetivo apresentar uma análise sobre as políticas de cumprimento de normas criminais no âmbito da atividade empresarial, o criminal compliance, realizando um exame sobre os seus reflexos na referida atividade econômica, custos e possíveis benefícios em sua aplicação. Por se tratar de objeto de estudo pouco abordado doutrinariamente e com não numerosas fontes de pesquisa, o tema em testilha provoca anseio na busca para o seu deslinde. A pesquisa tem natureza teórico-bibliográfica, adotando o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação e da doutrina que nos informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Direito penal empresarial, Criminal compliance, Atividade econômica, Corrupção, Lavagem de capitais

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to present an analysis of the policies of compliance with criminal norms in the scope of business activity, criminal compliance, conducting an analysis about its effects on business activity, costs and possible benefits in its application. Because it is an object of study that has not been approached doctrinally and with numerous sources of research, the topic in the text provokes longing in the search for its demarcation. The research has a theoretical-bibliographic nature, adopting the descriptive-analytical method that instructed the analysis of legislation and doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business criminal law, Criminal compliance, Economic activity, Corruption, Money laundering

---

[1] Mestrando em Direito Público na Linha Tutela Penal da Ordem Econômica (UFBA). Especialista em Direito Público (UCAM). Especialista em Ciências Criminais (Faculdade Baiana de Direito). Advogado e membro do IBCCRIM.

[2] Mestrando em Direito Público na Linha Tutela Penal da Ordem Econômica (UFBA). Especialista lato sensu em Direito Processual Penal (JUSPODIVN). Bacharel em Direito (UESC). Advogado.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem seu foco na modernidade, na existência de uma sociedade de riscos, que com o nascedouro de novos bem jurídicos, fez emergir o Direito Empresarial Penal.

Ademais, em nossa modernidade liquida[1], as transformações sociais, econômicas e tecnológicas vivenciadas pelo mundo nas últimas décadas vêm influenciando o sistema penal assim como o empresarial, máxime nos coevos tempos de uma sociedade de risco, conforme expressão utilizada pelo alemão Ulrich Beck[2]. Essas novas realidades ensejam o surgimento de uma nova modalidade criminosa, a de caráter supraindividual, como a empresarial, a qual não se amolda ao Direito Penal clássico, de caráter individual.

Outrossim, a criminalidade moderna, dentre outros aspectos, caracteriza-se pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e estratégia global.[3] Como não poderia ser diferente, as estruturas e conceitos básicos do Direto Penal são contestadas frente a essa nova visão de sistema penal, por razões do perfil do novo criminoso e do bem jurídico afetado, de envergadura supraindividual.

Ademais, as complexidades das relações desenvolvidas na sociedade contemporânea arrebatam a legitimidade de pesquisas de direito realizadas de maneira não multidisciplinar, voltadas a simplificação do fenômeno jurídico. Esta é a situação dos estudos realizados em matéria de criminalização de condutas praticadas no desenvolvimento de atividades empresariais. O estudo da criminalização de comportamentos inerentes a atividade empresarial necessita da análise de seus reflexos, assim como o estudo do regramento legal destas atividades não pode ser realizado sem o exame de normas de cunho criminal.

Ante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo fundamental o estudo do instituto do *criminal compliance* que provém da necessidade de adaptação do exercício empresarial ao conjunto de normas penais que regem estas atividades, especialmente aquelas mais suscetíveis de encontro com a criminalidade econômica transnacional, que tem na lavagem de capitais e na corrupção seus principais exemplos e reflexos econômicos na atividade empresarial.

Neste diapasão, questões emergem: há viabilidade na instituição de programas de *criminal compliance* na atividade empresarial? Como os custos da política de cumprimento de

---

[1] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida pp. 23-27 "onde as relações escorrem pelo vão dos dedos".
[2] BECK, Ulrich. Sociedade de risco, Rumo a uma outra modernidade, p. 23: “Na modernidade tardia a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. ”.
[3] CERVINI, Raúl. Os Processos de Descriminalização, 2002, p. 215.

normas criminais impactam a atividade econômica empresarial?

Do exposto, e para uma melhor compreensão, partiremos da premissa que nossos órgãos sensoriais podem nos enganar, empregaremos para tanto, o método cartesiano, que será uma das fontes da pesquisa, consistindo no ceticismo metodológico, pois, só se pode dizer que existe aquilo que possa ser provado[4].

Outrossim, o método utilizado para a realização do trabalho será o descritivo-analítico, com uma abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema. Os procedimentos técnicos empregados para coleta de dados serão a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental.

O levantamento bibliográfico fornecerá as bases teóricas e doutrinária a partir de livros e textos de autores referenciados, tanto nacionais como estrangeiros. Ainda no que se refere ao enquadramento bibliográfico, utilizar-se-á da fundamentação dos autores sobre determinado assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico.

A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e a jurisprudência que nos informam os conceitos de ordem dogmática.

1 PREVENÇÃO DE RISCOS E *COMPLIANCE*

Nesse recorte, o instituto do *Compliance*[5] surge como um mecanismo de auxílio ao Direito Penal Econômico Empresarial, estabelecendo a adoção de medidas de comprometimento por parte das Empresas, sendo atualmente objeto de grande discussão na moderna dogmática europeia, onde ganhou muito espaço na doutrina espanhola, após a edição da Lei Orgânica 5/2010, que cunhou no Código Penal espanhol a responsabilização penal da pessoa jurídica, tendo estabelecido, como circunstância atenuante de pena, a implementação de medidas de prevenção e descoberta de delitos praticados nos invólucros empresariais.

Originário do Direito dos Estados Unidos da América, primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção internacional, por meio do chamado *Foreing Corupt Practive Act*

---

[4] DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução: Maria Ermantina Galvão. Revisão da Tradução: Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 39.

5 Compliance origina-se do termo inglês comply que, em tradução livre, pode ser entendido como programa de comprometimento ou sistema de comprometimento, expressões que serão também utilizadas no decorrer do presente artigo.

(FCPA), instituto este, que foi expandido após a crise financeira de 2008, por meio da edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010.

Este contexto fático adicionado a sistemática de criminalização das pessoas jurídicas, a responsabilização dos dirigentes, das decisões colegiadas, entre outras que deprecam denso estudo, autorizam que se possa afirmar estar-se diante de uma nova era do Direito Empresarial Penal, onde as obrigações de observância constituem-se como ponto proeminente e pedra angular dentro da responsabilização criminal no seio das empresas.

A complexidade das modernas relações sociais no mundo, marcadas pelo processo de globalização, avanço da tecnologia e velocidade da informação, exigem do Estado uma célere adaptação das regras jurídicas, moldadas preteritamente para regular situações menos imutáveis e igualmente não tanto dinâmicas. Esta necessidade de adaptação do regramento jurídico às novas formas de relacionamento muitas vezes não se coaduna à exigência de refinamento e sistematização das técnicas legislativas, resultando na edição de leis inócuas. O C*ompliance* constituiria em um fruto dos novos riscos da atividade empresarial, diferente do tradicional risco econômico, estar-se-ia falando de um risco que tange a normatividade. Este risco normativo surge como o problema da empresa em se adaptar a todo o lastro normativo que rege sua atividade, a exemplo das normas de proteção ao meio ambiente, sistema financeiro nacional e internacional, consumidor, dentre outras não menos importantes. De tal modo, o C*ompliance*, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais (BACIGALUPO, 2011, p. 22).

As políticas de governança empresarial vinculadas ao cumprimento dos preceitos normativos devem ser desenvolvidas de acordo com as especificidades dos fins da atividade empresarial e sua respectiva regulamentação jurídica. Cada ramo de atividade está sujeito a distintos riscos normativos inerentes a atividade desempenhada, de modo que não há modelos padronizados de programa de cumprimento, devendo tais diretrizes serem construídas analisado o caso em espécie.

A doutrina espanhola do jurista Bacigalupo assinala que esta nova perspectiva, que está sendo desenvolvida na Europa, será também necessária nos países da América do Sul, onde os sistemas jurídicos se pautaram na dogmática jurídica da Europa. Não só este fator, mas o mercado globalizado e a operacionalização transnacional do comércio mundial, exigem, no âmbito empresarial, a observância às novas modalidades de gestão do risco. Realidade não diferente quando aplicada à matéria normativa penal, devendo a atividade empresarial preocupar-se com os riscos e os custos da regulamentação criminal inerentes:

> Es de suponer que esta nueva perspectiva, que comienza a ser desarrollada en Europa y que no puede ser considerada como definitivamente acabada, será también necesaria en los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se inspiran en La cultura jurídica europea, y en los que también operan empresas europeas. Por lo pronto, La citada Ley chilena sobre La responsabilidad de las personas jurídicas regula extensamente los aspectos referentes a la prevención de infracciones de relevancia penal o administrativa. (BACIGALUPO, 2001, p. 32).

Pode-se assim falar em *criminal compliance*, representado por políticas internas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal, de maior ou menor necessidade de acordo com o modelo de atividade empresarial desenvolvida. Atividades nas áreas financeiras, tributárias e ambientais, por exemplo, possuem um elevado risco normativo penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, os reflexos destas políticas de cumprimento já são apreciados em decorrência da positivação advinda da Lei de lavagem de capitais, Lei nº 9.613/1998. No mesmo diploma legal é estabelecido uma série de deveres de cumprimento por parte de pessoas físicas e jurídicas. Essas obrigações decorrentes de lei, atingem no Direito Penal, principalmente "la cuestión de la tipicidad adquiere el sentido de un calculo ex ante dela relevancia de la conducta con miras a prevenir la responsabilidad, como se dijo, no solo de las personas individuales, sino la empresa misma. " (BACIGALUPO, 2011, p. 23)

Neste ensejo, no que concerne ao crime de Lavagem de Capitais, inserido totalmente na conjuntura do Criminal *Compliance*, o tipo em observação e disciplinado nos arts. 1º a 18 da Lei nº 9.613/1998, nacionalmente conhecido pela exploração midiática da operação Lava-Jato da Polícia Federal brasileira, teve o seu combate originado com a internacionalização do crime organizado, especialmente o crime de tráfico de drogas.

Deste modo, suas origens remontam à década de 1980, onde foi compreendida a necessidade de modificar o meio de combater essa criminalidade.

É possível assim, conceituar o crime alvejante como um fenômeno político-social, que se entrelaça com outros eventos da história e até da própria humanidade. Nessa conformidade, uma analogia aos crimes de terror, tão notórios hodiernamente pelo mal que fazem a todo o globo, se faz conexa e necessária.

Nos dias atuais, tanto a Lavagem de Capitais, como o terrorismo são preocupações transnacionais e que possuem uma busca ascendente para o seu efetivo combate, tendo como marco histórico deste último, os fatos ocorridos durante os séculos XX e XI, conforme preleciona Föppel e Luz (2011, p. 63):

> A preocupação com o acontecimento cada vez mais frequente de atentados terroristas ao redor do mundo, bem como com os efeitos catastróficos por ele produzidos, conduziu a um movimento global crescente de criminalização do terrorismo e da adoção de medidas para o seu efetivo combate. Presencia-se hoje, a expansão cada vez mais abrangente de uma política de cooperação policial e judiciária na luta contra o terrorismo, na qual se destaca a atuação da ONU, mas não sendo menos importante a militância de organismos de caráter regional.

Em mesma linha teleológica, a lavagem de capitais, crime acessório ou parasitário, que por meio da Lei nº 12.683/12, teve reformada a sua origem legal, é considerada por muitos juristas como um tema recente e merecedor de grande atenção, principalmente pela doutrina pátria.

Neste sentido, Lilley (2001, p. 17), leciona que "a lavagem é o método por meio do qual os recursos provenientes do crime são integrados aos sistemas bancários e ao ambiente de negócios do mundo todo". O autor, entende que o dinheiro "negro" passa em um processo de lavagem até o mesmo embranquecer.

Na esteira de raciocínio do doutrinador, entende-se que toda uma sociedade é prejudicada com a prática do crime de Lavagem de Capitais. No referido panorama, é sustentado que o bem jurídico tutelado no crime em apreço é a administração da justiça, incluído por decorrência lógica, o corpo social vitimado, de modo que, o crime em tela, em sua segunda fase, a dissimulação, embaraça a atividade da polícia judiciária na persecução e combate ao crime alvejante, obstando assim, o rastreamento de sua origem deletéria.

Gênese esta, ilícita, que em seus primórdios, prejudicou, seja a título do exemplo do crime de sonegação fiscal ou por outro tipo antecedente, uma sociedade empresarial, uma instituição financeira, uma sociedade que poderiam ter evitado o dano com a implementação de um programa de conformidade penal.

Em complemento, Bitencourt, (2016, p. 449), entende que:

> [...] a criminalização da lavagem de dinheiro de forma autônoma, e sua progressiva desvinculação das infrações penais antecedentes, deve ser interpretada sob a perspectiva de que essa forma de criminalidade apresenta substancialidade e lesividade próprias.

O jurista ensina que o dano à ordem econômica provocado pela lavagem de capitais, prejudica toda uma sociedade, corroborando assim, com o entender de que uma alternativa de prevenção ao atual sistema penal repressivo, deve ser lançada diante desta probabilidade.

Posto isso, é possível afirmar que as políticas de c*ompliance* vão além da política criminal de combate à lavagem de capitais por meio da colaboração das pessoas privadas na

identificação de atividades suspeitas. Pode-se elencar diversos pontos essenciais de política eficiente de *compliance*, e mais especificamente de *criminal compliance.* As características do *criminal compliance* englobam diretrizes internas de prevenção. Estas balizas seriam as de prevenção, supervisão e investigação na busca de evitar ou descobrir delitos praticados por meio ou sob a proteção da pessoa jurídica.

As empresas devem assumir internamente uma postura preventiva, fixando códigos de condutas. O marco da política de *criminal* c*ompliance seria* a nomeação de um responsável dentro de um departamento especializado, o denominado *compliance officer*, ou garantidor delegado, com as funções de vigilância, assessoramento, advertência e avaliação dos riscos legais de gestão. Em especial quanto a função de vigilância, seria desenvolvida a prevenção de delitos praticados no âmbito interno da empresa, como, a título de exemplo, o já descrito crime de lavagem de capitais.

Pelo ensinamento de Sieber (2013, p. 71), os programas de C*ompliance* são técnicas de autoregulação regulada ou co-regulação, variando muito em seu conteúdo, pois, sob esta ótica de observância se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a organização empresarial, assim como delitos praticados em favor da empresa, aglutinando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais.

No concernente ao Poder Público, o mesmo poderá impor programas de cumprimento criminal de três maneiras distintas e correlacionadas entre si, ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos das empresas. Países como Itália e Chile já desenvolveram políticas rígidas de cumprimento atreladas a verificação estatal.

Em que pese a relevância dos programas de cumprimento em matéria penal, estas políticas criminais de prevenção delegadas à iniciativa privada devem ser adotadas com cautela, pois não se deve delegar a função de polícia a iniciativa privada, tampouco impor um risco normativo de tamanha grandeza que prejudique o livre desenvolvimento das atividades econômicas, violando assim postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal e o livre exercício econômico.

No caso das políticas de cumprimento e colaboração aplicáveis a prevenção e combate à lavagem de capitais, forma cristalina e regulamentada de *criminal compliance* no Brasil, o objetivo do C*ompliance* não é outro senão fornecer informações para que o Estado possa tomar ciência da realização de crimes de alvejamento. Entretanto, aos particulares investigados é negada a proteção da norma processual penal, desenvolvendo-se investigações criminais a

margem dos órgãos efetivamente de persecução criminal e, mais grave, com a participação de pessoas privadas supostamente da confiança do investigado. De outro lado, se impõe obrigações a inciativa privada que extrapolam o limite de sua atuação numa verdadeira delegação do poder de polícia. Sobre a legitimidade desta forma de atuação, destaca-se, novamente, o posicionamento de Rios (2010, p. 53):

> Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu- se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um "equilibrado compromisso" depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional.

Ante o exposto, as políticas de *criminal compliance* devem ser estudadas com um maior aprofundamento, especialmente aos limites de imposição de obrigação aos particulares e os custos que estes riscos normativos criminais podem gerar na atividade empresarial.

2 O SANEAMENTO PELA AUTORREGULAÇÃO

Na mesma linha da Lei de lavagem de capitais, no ano de 2013 entrou em vigor a Lei nº 12.846/2013, chamada de Lei anticorrupção, que passou a viger no início do ano de 2014. Mencionado diploma legal versa sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas nas esferas civil e administrativa por práticas de atos contrários à administração pública.

As perdas sociais da corrupção são conhecidas, notadamente em países assinalados pela desigualdade social e pelo desgaste midiático da administração e dos administradores públicos, assim como ocorre no Brasil.

A corroborar o exposto, Pérez Cepeda e Benito Sánchez (2011, p. 195), informam que estes custos são passiveis de destaque na esfera política com o notório deteriorar de instituições democráticas no âmbito dos direitos fundamentais, vez que acarreta prejuízos a igualdade, ao pleno exercício e efetividade destes direitos, assim como no âmbito econômico, “lo cierto es que en el largo plazo los efectos de la corrupción sobre la economía pueden ser devastadores pues tiende a perpetuarse en el tiempo y a expandirse en el espacio.”

A Lei brasileira anticorrupção decorre de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à mesma, como a título de exemplo: *(i)* Convenção sobre o Combate da

Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, chamada de convenção da OCDE, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000, *(ii)* Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002 e *(iii)* a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

Destacados tratados obrigam que os países signatários tomem medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades das pessoas jurídicas pela corrupção. Por conseguinte, a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu em seu artigo 2º a responsabilização objetiva, nos âmbitos do Direito Administrativo e Civil, pelos atos lesivos praticados à administração pública nacional ou estrangeira disposto no artigo 5º da mesma Lei, tais como, a título exemplificativo, a promessa de vantagem indevida à agente público.

Apesar de não estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que está de acordo com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (DEBBIO; MEDA e AIRES, 2013, p. 323). A presente discussão ganha força na medida em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é uma realidade no Direito Penal europeu assim como constitui uma tendência que, via de regra, fará parte da contemporaneidade global. Bacigalupo (2011, p. 120) entende e aponta que: "la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad generalizada tarde o temprano en el derecho penal europeo continental y probablemente también en el derecho penal latinoamericano".

Posto isso, a concepção contemporânea da autorregulação passa a ser um imperativo e a mudança de paradigmas é evidente. Ante a crescente influência do *criminal* c*ompliance*, tem-se como primeira hipótese do trabalho a constatação de que há uma nova forma de intervenção e atuação no âmbito do Direito Penal destinada a evitar o processo e a prevenir eventual responsabilização criminal, o que acarretará em custos para a atividade econômica empresarial. Conforme Tiedmann (2013, p. 33), trata-se de uma nove espécie de intervenção estatal na esfera da responsabilidade criminal, que irá interferir na atividade empresarial mesmo antes do início de eventual processo:

> Más amplia que la habitual: no solo orientada a la defensa en un proceso penal, sino previa al proceso y a toda decisión económica jurídicamente controvertida, orientada, por lo tanto a evitar el proceso, dado el costo, no solo en dinero, sino sobre en términos de prestigio en la opinión publica, que el proceso e la exposición pública que este implica conllevan para La empresa y sus directivos personalmente.

Deste modo, não há como pensar no desenvolvimento da atividade empresarial

desacompanhada da figura do gestor de conformidade e riscos. Bottini (2010, p. 51), destaca que a atividade empresarial deve ser desenvolvida diante da noção de risco e elemento ameaçadores, na qual o gerenciador de riscos torna-se indispensável:

> Risco imprescindível para as atividades produtivas x elemento ameaçador – nessa ambiguidade que surge o gestor. À gestão do risco é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens. É qualquer pessoa encarrega de avaliar os riscos. A avaliação e a elaboração de estratégias de enfrentamento de risco ganham terreno e importância nos espaços empresariais. Instrumentos de auto-regulamentação, de incentivo de controle de riscos, de desenvolvimento sustentável pautam a autuação de organizações privadas.

Esta nova visão deve ser situada no seu contexto histórico e analisada de acordo com a expansão do Direito Penal inserido em uma sociedade globalizada, cada vez mais utilizado para controlar o desenvolvimento das atividades empresárias. Posto isso, tem-se que o discurso da autorregulação e do gerenciamento do risco normativo penal possui reflexos econômicos e político-criminais, exigindo uma mudança de paradigmas para prevenir, "*ex ante*", a produção de um evento delitivo.

3 EFEITOS DAS POLÍTICAS DE CUMPRIMENTO

Em outra perspectiva de raciocínio, grande porção da doutrina pátria entende que a responsabilização criminal da pessoa jurídica seria inconstitucional por violar princípios fundamentais do Direito Penal, em especial o princípio da culpabilidade, personalidade da pena e punibilidade, certo que a legislação brasileira já prevê este instituto, mesmo que de forma limitada aos crimes contra o meio ambiente (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 431).

Deste modo, em determinados tipos penais, a exemplo dos de poluição e desmatamento é possível a responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação de elevadas penas de multa e sanções restritivas de direito como as de paralisação das atividades.

Entretanto, a aplicação da norma penal sobre atividade empresarial pode se desenvolver de outras formas, principalmente, por meio da responsabilização criminal dos sócios, dirigentes e empregados e por meio do ramo correlato ao Direito Penal Econômico denominado pela doutrina espanhola de Direito de Intervenção (MARTINÉZ-BUJAN PÉREZ, 2011, p. 72).

A responsabilidade criminal será sempre pessoal e subjetiva, desta forma, os atos típicos cometidos na empresa ou pela empresa não estão limitados a responsabilidade criminal

da pessoa jurídica, mas podem ser imputados as pessoas físicas responsáveis subjetivamente pela tomada de decisões na empresa.

Em que pese o ordenamento brasileiro não admitir a responsabilidade criminal da empresa por tipos como os da lavagem de capital, sonegação fiscal, evasão de divisas, corrupção ativa e fraude a licitação, dentre outros característicos da atividade empresarial, seus sócios, administradores e empregados poderão ser penalmente processados e condenados por tais condutas, desde que reste comprovada a sua culpa.

Já o Direito de Intervenção, seria uma espécie de meio termo entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade civil, sendo necessária a compatibilização do princípio da subsidiariedade com a avaliação da real necessidade e idoneidade da pena. Segundo Martinéz-Buján Pérez (2011, p. 72), seria um direito sancionador situado no meio do caminho entre o Direito Público e o Direito Privado, caracterizado por garantias e procedimentos menos rigorosos que os penais e que apliquem sanções menos lesivas a direitos individuais, voltados a tutela de relações econômicas que violem bens jurídicos de menor relevância. Pode-se afirmar que nesta categoria jurídica estaria enquadrada a responsabilização trazida no ordenamento pátrio pela Lei anticorrupção acima destacada.

Estas três formas de se imputar responsabilidade e sancionar pessoas por atividades ilícitas desenvolvidas no âmbito da atividade econômica empresarial podem acarretar uma série de efeitos negativos e custos às empresas. Os prejuízos decorrentes de um processo criminal não se limitam aos efeitos da condenação que eventualmente aplique pena de multa, restritiva de direitos, ou mesmo reparação de danos, o simples fato de ser alvo de investigações pelas autoridades policiais e de ser processados criminalmente geram abalos incomensuráveis.

Os custos originários da submissão da empresa e seus dirigentes a uma investigação policial e por um possível processo penal, refletem também na exposição negativa de suas imagens, o que gera efeitos potencializados com a presença da mídia atual e da velocidade da informação transmitida por meio das redes sociais.

A pessoa, física ou jurídica, submetida a processo criminal tem sua imagem exposta publicamente em nível mundial, o que pode despertar preconceitos e prejulgamentos realizados por pessoas sem capacidade técnica ou com total desconhecimento da realidade fática discutida nos autos processuais ou administrativos.

Em complemento, a previsibilidade legal de aplicação de medidas cautelares penais pode resultar em bloqueio de valores em conta bancária e investimentos, sequestro de bens, limitação de direitos e de desenvolvimento de determinadas atividades, resultando prejuízo

econômico e até inviabilizando a atividade empresarial em determinadas conjunturas.

A corroborar o exposto, os custos já elencados pela responsabilização criminal à atividade empresarial fazem com que políticas como as de prevenção e autocontrole expressas pelo *criminal compliance*, necessitem de planejamento e aplicação para além dos seus custos imediatos de implementação, com um olhar especial para os prejuízos que podem evitar a médio e longo prazo. Assim, as análises dos efeitos econômicos das políticas de cumprimento de normas penais devem ser consideradas tanto na esfera jurídica como na esfera empresarial.

4 EXAME ECONÔMICO EMPRESARIAL DAS POLÍTICAS DE CONFORMIDADE

No Brasil, moderno estudo tem demonstrado que a crescente relevância da economia global e o aumento de investimentos estrangeiros diretos exigem a necessidade de adequação da atividade empresarial às diretrizes internacionais de políticas anticorrupção e de prevenção à prática de crimes relacionados à atividade econômica transnacional, a exemplo da lavagem de capitais:

> Mudanças estão ocorrendo nesse cenário. Como algumas dessas empresas dependem do mercado de capitais e de organismos de desenvolvimento para obter recursos necessários à ampliação dos negócios, elas estão incorporando boas práticas de governança corporativa alinhadas aos requisitos da Bolsa de Valores e órgãos de financiamento. A preocupação com níveis de governança corporativa tem crescido significativamente no Brasil durante a última década, no entanto ainda há espaço para melhorias. (CLAYTON, 2013, p. 153).

Nesta linha, se faz cogente trazer a elaboração do presente estudo, a chamada Análise Econômica Empresarial do Direito. Gico Junior (2011, p. 19) leciona que:

> [...] o referido campo do conhecimento humano tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a avaliação e aplicação de normas jurídicas, principalmente às suas consequências.

O ensinamento supra conduz a constatação de que cada vez mais os postulados da economia têm se revelado necessários para o estudo do ordenamento jurídico e da complexidade em que se assentam as relações sociais, sendo uma importante ferramenta interdisciplinar para compreender os impactos e implicações que uma norma legal produz na sociedade, de forma a verificar o estabelecimento ou modificação dentro de um contexto específico (BITTENCOURT, 2014, p. 28).

Pinheiro (2005, p. 09), assegura que essa necessidade de leitura interdisciplinar advém de uma nova realidade de atuação jurisdicional, ao menos no que se refere à postura do advogado. Este não é o único detentor do monopólio de acesso à justiça, e o Poder Judiciário acabou se tornando uma alternativa distante para a solução dos conflitos, seja em razão do alto custo que demandam os processos judiciais, a morosidade do sistema jurídico, a imprevisibilidade das decisões até os imensuráveis prejuízos à imagem das corporações:

> Diante da realidade, não é mais o advogado que administra o monopólio de acesso à justiça, tampouco pode ser considerado um elemento causador de tumultos, ganancioso e pernóstico. Seu papel mudou radicalmente para a sociedade e para as empresas. Muito mais do que um formalizador das decisões *ex ante*, o advogado é fundamental para agregar valor ao acionista e evitar riscos que possam colocar em xeque o negócio em si. O poder judiciário acabou se tonando uma alternativa mais distante para solução de conflitos.

Portanto, o incremento de uma nova postura gerencial e de governança corporativa no âmbito do Direito Penal, advindo de normas que vinculam o comércio global e Leis específicas que recentemente estão sendo criadas no ordenamento jurídico pátrio, deve-se conjugar a sua respectiva análise econômica empresarial.

Este viés possibilitará verificar a relação entre os custos de implantação e os impactos que a adequação à necessidade de autorregulação poderá gerar no âmbito empresarial, em especial na diminuição do risco de demandas judiciais, preservação da ética, imagem e prevenção contra fraudes econômicas. Também, o reconhecimento de programas de *compliance* minimizará cizânias no mercado, em que empresas que investem na prevenção, inclusive em decorrência de legislações internacionais, estão de certa forma, em desvantagem em comparação com empresas que não possuem qualquer obrigação ou incentivo para adoção dos programas de *compliance* (DEBBIO; MEDA e AIRES, 2013, P. 323).

Se é certo que a implementação de programas de prevenção e de cumprimento de normas, inclusive as penais como ocorre no caso das obrigações de colaboração com a política contra o crime alvejante, gera custos reais para a atividade empresarial, tais como treinamento de pessoal, contratação de consultorias externas, criação de departamentos específicos de *compliance*, de outro lado, estes programas podem trazer potenciais benefícios a serem explorados. A política de cumprimento de obrigações pode ser utilizada como ferramenta de *marketing* tanto para vender a integridade da empresa como para vender serviços personalizados decorrentes da necessidade de se conhecer melhor os consumidores:

> Es cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede dificultar la maximización de beneficios, que es lo que persigue toda empresa. Pero

> también se puede utilizar como forma de publicidad positiva, pues permite eludir la mala imagen que se puede derivar de posibles incumplimientos, y compensar de alguna manera los costes de sus inversiones. (BLANCO CORDERO, 2009, p. 121).

O panorama do gerenciamento de riscos a partir da ideia de *criminal compliance* adquire contornos contemporâneos e práticos na medida em que além da pertinente análise econômica, necessário se faz o estudo a partir dos reflexos na responsabilidade criminal sobre a atividade empresarial. É neste sentido que o Direito Penal é afetado e a perspectiva da prevenção orienta novos paradigmas penais: *(i)* o desvalor de resultado é substituído pelo desvalor de ação, *(ii)* a opção pela tipificação de crimes de perigo abstrato, *(iii)* a recorrente administrativização do Direito Penal, *(iv)* indeterminação dos crimes omissivos impróprios e o *(v)* estabelecimento de um número cada vez maior de normas penais em branco.

Na doutrina dos países onde os deveres de gerenciamento de risco e autorregulação já se faz presente, muito se tem discutido sobre o alcance desses programas para a atribuição de responsabilidade criminal, seja excluindo a responsabilidade criminal ou funcionando como causa de diminuição de pena.

De acordo com a legislação espanhola, Silva Sanchez (2013, p. 30) propõe uma especial reflexão em torno do tema: os programas de cumprimento normativo jurídico-penais efetivamente implantados e realmente operativos eximem de pena a pessoa jurídica?

Para um setor da doutrina haveria sua exclusão em razão de 3 (três) argumentos: um literal, se existe o programa de *compliance* pode-se afirmar que a pessoa jurídica exerceu o devido controle de seus empregados. Um argumento teleológico, se existe um programa de *compliance* não se poderia responsabilizar a pessoa jurídica sem violar o princípio da responsabilidade e um sistemático: se um programa de *compliance post delictum* atenua a pena, o anterior deveria excluí-la.

Políticas de respeito às normas penais dentro da atividade empresarial com o intuito de evitar o cometimento de delitos em favor da empresa e de delitos praticados por meio da empresa, utilizada nesta modalidade como instrumento para a prática de ilícitos penais, poderão acarretar vantagens na atividade empresarial. Estas vantagens poderão vir na forma de um diferencial publicitário positivo a empresa que zela pela correspondência normativa de suas atividades, e, também, pelos custos evitados na prevenção de processos judiciais, especialmente processos criminais, os quais acarretam desgaste de imagem institucional e de seus diretores, assim como prejuízo direito por meio da aplicação de penalidades como multas e paralizações das atividades, o que já é uma realidade no ordenamento brasileiro no que tange aos crimes

contra o meio ambiente, regulados na Lei nº 9.605/98.

Desta forma, a análise integrada dos programas de *criminal compliance*, especialmente no que se refere a atuação preventiva da criminalidade econômica transnacional e as políticas anticorrupção, aos seus reflexos econômicos na atividade empresarial podem representar um novo paradigma para a política criminal e para a atividade econômica empresarial. O destaque dos riscos normativos da atividade empresarial frente a um modelo penal em expansão somados aos benefícios oriundos de programas preventivos podem ser o início de uma mudança na forma de relacionar a atividade empresarial ao Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias expostas no caminhar do presente artigo, permitem destacar as hodiernas considerações finais no que tange a relação entre as políticas de *criminal compliance* aplicáveis às atividades empresariais e os seus reflexos econômicos.

Verificadas atividades empresariais estão sujeitas a um complexo regramento jurídico, especialmente no âmbito do Direito Penal e do Direito Empresarial, notório exemplo diz respeito às atividades que envolvem em seu objeto o risco de serem utilizadas para a lavagem de capitais e corrupção. Aos naturais riscos do negócio jurídico soma-se o risco normativo, representado pela necessidade de correta adaptação ao regramento jurídico-normativo, demandando a implementação de políticas de conformidade penal empresarial.

O ordenamento jurídico do Brasil segue uma tendência de política criminal desenvolvida internacionalmente por meio da qual se busca uma ampliação do âmbito de alcance das normas penais, incluindo a responsabilização criminal e administrativa das pessoas jurídicas. Nesta linha de política criminal, foi criada e publicada a Lei anticorrupção, onde se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro orientações internacionais de repressão à corrupção, que, por decorrência lógica, demandam da atividade empresarial novos investimentos na prevenção de ilícitos.

Em face do exposto, a implementação de políticas de *criminal compliance* é uma realidade a ser enfrentada pelas empresas brasileiras. A análise de seus custos não pode ter a desatenção do Direito. Esta necessidade é reforçada diante dos efeitos negativos advindos da submissão da empresa, seus sócios, administradores e empregados a processos e condenações criminais.

As implementações dos programas de cumprimento de normas, especialmente de

cunho criminal, geram custos a atividade empresarial, contudo, referidos programas podem ser utilizados em benefício da empresa, revertendo estes gastos em benefícios e investimentos, tais como aqueles decorrentes da melhoria da imagem da pessoa jurídica para a sociedade como um todo, além dos valores economizados pelo simples evitar que processos criminais advenham.

Posto isso, os benefícios acarretados à atividade empresarial com a criação e implementação de programas de conformidade penal devem ser destacados como forma de incentivo ao desenvolvimento de uma nova cultura das relações entre Direito Penal, Direito Empresarial e típica atividade empresarial.

A prevenção da realização do ilícito penal em benefício da empresa e de crimes cometidos em seus invólucros, deve ser incorporados nas práticas de governança corporativa, o que deverá resultar em nítidos avanços na política criminal nacional, especialmente nas áreas da criminalidade econômica transnacional, na medida em que se substitui o ineficaz estimulo pela ameaça de pena, por um incentivo positivo advindo dos benefícios do melhor desempenho da atividade econômica em adequação às normas de prevenção e conformidade. Alçando a realidade empresarial corporativa brasileira a patamares não antes imaginados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**, Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: ed. 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1- 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica. In **EGUZKILORE**, número 23, San Sebastián, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal, Parte Geral**, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Júris – ICPC, 2008.

DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. **Temas de Anticorrupão e Compliance**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

DESCARTES, René. **Discurso do Método.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FÖPPEL, Gamil; LUZ, Ilana Martins. **Comentários críticos à Lei brasileira de lavagem de dinheiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GICO JR, Ivo. Introdução à análise econômica do direto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais.** São Paulo: Futura, 2001.

MARTINÉZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General**, 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanc, 2011.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción, In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública**, Vol. IV, São Paulo, RT, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico**: Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal. São Paulo. Saraiva-GV law, 2010.

SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, In: **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Valência, Tirant lo Banch, 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona. Ed: Atelier, 2013.

TIEDMAN, Klaus. El derecho comparado em el desarollo del derecho penal econômico. In: Zapatero, Luis Arroyo; Martín, Adan Nieto. **El Derecho Penal Economico en La era Compliance**. Valência, Tirant lo Blanch, 2013.