

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-715-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I” do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”, o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS RELAÇÕES ENTRE COMPLIANCE E A POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

RELATIONSHIP BETWEEN COMPLIANCE AND CRIMINAL LIABILITY OF PRIVATE LEGAL ENTITIES

Leonela Otilia Sauter Soares ¹

Resumo

Este trabalho analisa se as regras de compliance são aptas como parâmetro para responsabilização da pessoa jurídica de direito privado, em face do Direito Penal e dos princípios que o regram. Em sendo possível, quais consequências as companhias podem sofrer. Quanto ao método, a abordagem do tema é hipotético-dedutivo; o procedimento empregado na investigação é exploratório e comparado; enquanto a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental. Inicia-se com o conceito de compliance, elementos e funções, posteriormente tratando da responsabilização da pessoa jurídica de direito privado, enfocando nos requisitos necessários.

Palavras-chave: Compliance, Criminal compliance, Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado, Princípios de direito penal, Direito penal

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines is whether it is possible to use the compliance rules as a parameter for criminal liability of private legal entities, despite of criminal law rules and its principles. If so, what kind of consequences can the companies suffer. To proceed to the research, the method applied to the approach is hypothetical-deductive, and the procedure is exploratory and comparative. The research technique is bibliographical and documentary. The paper starts with the concept of compliance, elements and functions, then, it deals with criminal liability of private legal entities, focusing on its requisites.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance, Criminal compliance, Criminal liability of private legal entities, Principles of criminal law, Criminal law

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), pelo programa do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA).

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por base verificar se as regras de *compliance* podem servir de parâmetro para fins de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em face dos princípios do Direito Penal, em especial, o princípio da legalidade. Busca-se também averiguar quais elementos da violação das regras de *compliance* seriam decisivos para a imputação da pessoa jurídica, ou seja, até que ponto é possível atribuir responsabilidade criminal ao ente jurídico de direito privado por inobservância do *compliance*.

Compliance é um termo de origem americana, “to comply with”, que significa “estar em conformidade com”. No Brasil, a expressão *compliance* era essencialmente usada na Administração. No Direito, *compliance* traduz, de certo modo, a “conformidade ao direito”. Por sua vez, o Direito Penal determina as condições e as consequências jurídicas dos comportamentos que infringem a norma penal, posteriormente à ocorrência dos fatos. Muito se tem discutido, no plano internacional, quanto aos instrumentos de supervisão empresarial em termos penais. O *Criminal Compliance* constitui precisamente um destes instrumentos. Ele é expressão do princípio vigente em todos os ordenamentos jurídicos estatais, segundo o qual as empresas e seus órgãos devem operar harmonicamente com o direito vigente.

Na tentativa provisória de resolver o problema norteador deste artigo, erige-se a hipótese de que as regras de *compliance* possam servir como parâmetro para fins de responsabilização penal. Para análise dessa hipótese, inicialmente cabe avaliar o que é *compliance*, seus elementos e consequências de não adoção, (item 2) e o detalhamento dos elementos para a responsabilização da pessoa jurídica (item 3). Por fim, o exame do tipo penal na ótica brasileira visa à apreciação do *compliance* e suas consequências em relação ao ordenamento jurídico brasileiro (item 4). Para tanto, na abordagem, a pesquisa foi desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo. Já no aspecto procedimental, os métodos empregados foram o exploratório e o comparado. A técnica de pesquisa empregada foi bibliográfica e documental.

2 COMPLIANCE

A maior preocupação das sociedades industrializadas, no começo do século XX, era exclusivamente a busca pelo lucro, então, quanto maior a procura pelos interesses econômicos, maior seria a elevação da riqueza e do bem-estar geral. Desde o início do século

passado, o mundo se deparava com organizações tais como a de Al Capone (1899-1947), líder do crime organizado em Chicago, EUA. Acredita-se que a atuação dele teria originado o termo “money laundering” (RIZZO, 2014, p. 34).

No entanto, houve uma mudança de paradigmas, em especial, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque de 1929, o que levou os atores da política norte-americana a buscar mecanismos de reequilibrar o sistema. Aparece, então, a função de *compliance*. Em 1934, a SEC, agência regulatória do mercado de ações, o equivalente à CVM no Brasil, foi criada para coibir às atividades ilegais das empresas (DE CARLI, 2012, p. 80-86). Em 1960, a figura do profissional de *compliance* (*compliance Officer*) ganha força, e a sua primordial função é dar efetivo cumprimento às leis e proteger os negócios dos investidores (RIZZO, 2014, p. 21). Com o escândalo Watergate, em 1974, teve início um gradual processo de ética nas instituições e de combate à corrupção.

Entende-se por *compliance* as definições dadas por Rotsch, Coimbra e Binder (ROTSCH, 2014, p. 129, COIMBRA; BINDER, 2010, p. 2), sucintamente descrito como “conformidade ao direito”. Cirino dos Santos e Rocha (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 20-21; ROCHA, 2009, p. 614-617) definem o princípio da legalidade como instrumento constitucional de proteção individual, pautado na irretroatividade legal, proibição do costume como fundamento ou agravamento de penas e crimes, proibição da analogia como método de criminalização, e a vedação de indeterminação dos tipos legais das sanções penais.

Conforme SAAVEDRA (2005, p. 153), o conceito de *compliance* surgiu na década de 90. Passou a ter relevância penal, no contexto brasileiro, com a Lei nº 9.613/98 (BRASIL, 1998), e a Resolução nº 2.554/98 (BRASIL, 1998(c)). As instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro e de criar sistemas de controles internos que previnam as práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e condutas que coloquem em risco a integridade do sistema financeiro.

O objeto de estudo de *criminal compliance* confunde-se, em grande parte, com o do Direito Penal Econômico, de modo que a maior parte dos autores tenta diferenciar as duas matérias. Assim, realmente não significaria nada de novo se fosse só um novo nome para a disciplina antiga. Apenas do início das investigações contra crimes empresariais é que surgiu a necessidade de prevenção criminal, uma das características dominantes do *Criminal compliance* (SAAVEDRA, 2005, p. 153). Dada a necessidade imposta, as empresas de capital aberto e as instituições financeiras estabelecem nichos de mercado que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e de criar controles.

Blanco Cordero (2012, p. 826-840) tece uma análise penal da eventual responsabilização da empresa, levantando críticas e oposições, a exemplo da necessidade do embasamento no Direito Penal. Gloeckner (2014, p. 147-172) trata de pontos críticos desse tipo de responsabilização, como a vedação de produzir provas contra si mesmo, e a vedação de autoincriminação.

A partir da mudança de paradigmas, as organizações buscam meios de conduzir seus gestores e colaboradores a inserir e praticar a ética diariamente no contexto profissional, por meio de um conjunto de normas, técnicas e instrumentos. Dá-se a esse conjunto de práticas o nome de ética empresarial ou organizacional, “[...] que envolve o conjunto de valores, princípios e fins que orientam o comportamento da organização e compõem a sua cultura corporativa, influenciando as suas estratégias, estrutura e decisões [...]” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 12). Para dar condições de aplicação à ética empresarial, surge o *compliance*.

“*Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 2). *Compliance* também pode ser visto como “os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa” (MAEDA, 2013, p. 167).

O termo *compliance* (ROTSCH, 2013, p. 129), entretanto, difere da governança corporativa. A governança corporativa é, de acordo com a CVM e com a BOVESPA, um conjunto de práticas ou mecanismos que objetivam garantir a tomada coerente de decisões, alinhadas com as visões da empresa, finalizando o desempenho delas. Esse processo protege todos os participantes do mercado de capitais, e necessita de transparência. As ações perante a BOVESPA têm níveis diferenciados para o grau de confiabilidade da governança corporativa (BM&F BOVESPA, 2015, s.p.).

O conceito trazido pelo IBGC revela que a governança corporativa:

[...] é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. A governança corporativa é orientada pelos seguintes princípios: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa. A governança contribui para o aumento do valor da sociedade, a facilitação de seu acesso ao capital e a contribuição para a perenidade da empresa (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, s.p.).

Já o *compliance* faz parte dos mecanismos internos da governança corporativa. Os outros mecanismos incluem o controle acionário, o Conselho de Administração, práticas transparentes, planejamento estratégico, auditoria interna. Nas palavras de Benedetti:

Na verdade, quando se fala em Compliance, automaticamente se quer referir aos sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores (BENEDETTI, 2014, p. 75).

O risco de *compliance* é entendido como risco legal de sanções regulatórias, de perdas monetárias ou de abalo na reputação – consequência provável caso se deixe de cumprir leis, regulamentos, convenções de mercado, padrões estabelecidos por associações, códigos de conduta e práticas pautadas por boas condutas (BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, 2015, s.p.). O descumprimento ou as falhas podem estar relacionados com o gerenciamento de funções, conflitos de interesses, problemas na venda de produtos, políticas de prevenção à lavagem de dinheiro (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 2).

O *compliance* abrange não só o ordenamento jurídico local, em suas especificidades, mas também, “[...] convenções internacionais, códigos de ética setoriais, códigos de melhores práticas, políticas internas da organização e o código de ética ou de conduta da organização” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 34). Além de regulamentações das próprias empresas e das normas de cada país, existem princípios orientadores, normalmente direcionados a setores específicos, *e.g.*, bancos, indústria química, indústria farmacêutica (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 57).

São considerados elementos essenciais para a garantia da função de *compliance*: o suporte da equipe de liderança, levantamento e processamento dos dados sobre riscos, adoção de políticas e controles internos, criação de canais de comunicação, treinamento dos funcionários (MAEDA, 2013, p. 196) e auditoria. A empresa deve ser clara ao mostrar que o cumprimento das normas é valor fundamental da empresa, inclusive as normas éticas (MAEDA, 2013, p. 181-182).

Dessa forma, o programa de *compliance* precisa levar em conta as características da organização, como o setor de atuação, a estrutura corporativa, a atividade, o país onde as práticas acontecem, a cultura local, o ordenamento jurídico, bem como qualquer outra circunstância específica que deva ser observada. O programa não é estanque, mas os requisitos mínimos a se observar são iguais para todas as empresas. Esse programa deve ser constantemente verificado e atualizado, em razão da mudança de entendimento das autoridades quanto ao devido cumprimento legal (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 20-22).

Nesse ponto, em síntese, verifica-se que são elementos necessários para compreender o *compliance*: o histórico dos programas de *compliance*, o risco de *compliance*, e a influência de normas estrangeiras e locais.

A quebra de uma regra envolve não só uma falha individual, mas uma falha da organização. A busca por mecanismos de *compliance* envolve melhora na rentabilidade, redução de custos e aumento da competitividade. Da mesma forma, esses mecanismos servem como elemento coercitivo para cumprir normas e evitar corrupção. Segundo Coimbra e Binder: “[...] empresas precisam estar preparadas para ser transparentes, responsáveis e para enfrentar o controle social” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. xii). A função de *compliance* pode ser compreendida como a que assegura transparência e alinhamento aos objetivos da organização, assim como mecanismo de mitigação de riscos (RIZZO, 2013, p. 34).

É preciso lembrar que a simples implementação de programas de *compliance* não é capaz, *per se*, de tornar a empresa imune aos escândalos, crises e desvios comportamentais de seus gestores e colaboradores. No entanto, a adoção desses programas reduz consideravelmente os riscos, aprimora a fiscalização interna e aumenta o rigor no combate a fraudes.

A ABBI define a missão de *compliance* como:

assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do sistema de controles internos da instituição, procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como, disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes (ABBI, 2014, s.p.).

As funções de *compliance* têm como foco a monitoria de atividades de risco e prevenção das ações danosas. Essa fiscalização se dá pelo estabelecimento de limites e atuação pela integridade. Uma vez estabelecidos os limites, a empresa passa a atuar com uma identidade de governança, independente de quem estiver no poder. Essa busca por uma identidade é possível porque as entidades não têm apenas um objetivo específico para a personalidade jurídica, mas “são também entidades éticas, que se orientam segundo alguns valores, padrões e melhores práticas [...]”. Por isso, a maneira como as empresas são governadas passou a ser um tema de interesse coletivo” (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 11-13).

Além das funções protetivas de identidade da empresa, e de imposição da ética corporativa, o *compliance* é visto como um pilar da governança corporativa, por fortalecer o respeito às regras e por mitigar riscos. Assim, evita-se a violação das normas e desgastes desnecessários – inclusive ações civis ou criminais. Essa busca por padrões éticos acaba por

antecipar a conduta da empresa em futuras regulações. Dessa forma, o *compliance* reduz gastos logísticos e o tempo de resposta a um problema, porque os riscos são mais visíveis a quem estiver atuando na gestão da empresa. De acordo com Benedetti: “Como resultado, há um aumento na possibilidade de sucesso da empresa, o que beneficia todos (diretos e colaboradores de maneira geral), bem como o consumidor, que representa, neste contexto, a sociedade” (BENEDETTI, 2014, p. 89).

No entanto, o *compliance* deixará de existir se os riscos não tiverem tratamento adequado. Cabe lembrar que o programa de *compliance* deve ser um facilitador das relações dentro da organização, nunca um problema burocratizador. Do contrário, o programa não cumprirá a sua função (RIZZO, 2013, p. 22). De acordo com Rizzo, “*compliance* caminha ao lado da governança corporativa e da gestão de riscos, e é bem difícil considerar um sem o outro, já que são ligados no conceito e na prática”. Almeida dos Santos adverte para “a impossibilidade [do uso] de supersistemas de controle como instrumento para sanar a corrupção. A prática de *compliance*, no entanto, contribui para o enfrentamento do problema” (ALMEIDA DOS SANTOS, 2011, p. 24).

O abandono das práticas de *compliance* acarreta diversas consequências. Podem-se enumerar os danos à reputação da marca, dos funcionários, sanções criminais, civis e administrativas, cassação de licença de operação - como no caso dos bancos -, multas, encargos legais, punições cada vez mais severas e até mesmo dificuldade de convívio no ambiente de trabalho.

Quando o *compliance* é descumprido, há dificuldade no mercado para atrair investidores e manter os clientes, já que a reputação da empresa fica comprometida. É por meio de regras objetivas que se oportuniza, a quem procura a organização, a chance de escolher qual é melhor forma de manter a reputação. Em caso de *non-compliance*, os danos atingem também a coletividade (e.g., dano ambiental e reputação econômica) e várias pessoas, individualmente (lesão ao investidor). Até o próprio direito, se não aplicar as sanções adequadas, é prejudicado na confiança e na segurança jurídica. De um modo geral, a corrupção e o desrespeito ao *compliance* causam a má-alocação de recursos.

Maeda aponta que o tema anticorrupção tem se tornado prioridade para as grandes empresas, em especial as multinacionais. “A simples comunicação ao mercado de que uma empresa está em processo de investigação ou colaborando com as autoridades na apuração de possíveis violações de legislações anticorrupção gera efeitos imediatos no valor das ações da empresa” (MAEDA, 2013, p. 68-69).

Além disso, o cumprimento de regras de *compliance* reduz os custos da empresa, em negociações comerciais, atrai investidores, mantém profissionais competentes e éticos, dá vantagem competitiva em relação a consumidores engajados, aumenta a credibilidade da empresa. Em contrário, o não cumprimento das regras enseja responsabilização criminal e administrativa, o risco de cair no ostracismo, danos à reputação e à marca, multas e perda de oportunidades (RIZZO, 2013, p. 61-62).

Ademais, o *compliance*, para além das implicações de mercado, tem implicações penais. Como disposto na Lei nº. 9.613/98 (BRASIL, 1998(b)), há determinações para que atores específicos do mercado financeiro (players) se submetam ao *compliance*.

No plano internacional, as consequências de non-*compliance* estão vinculadas às regulações dispostas nos diplomas legais. Os mais notórios são o FCPA e o *UK Bribery Act*. Para se determinar o que é um programa de *compliance* efetivo, o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) aponta alguns critérios, como: a existência de um manual interno distribuído aos colaboradores e funcionários, a contratação de um *compliance officer*, treinamento frequente de todos os funcionários, a criação de um setor para que se recebam as denúncias, e a punição pela quebra das regras descritas nos modelos do manual (COSTA; ARAÚJO, 2014, s.p.).

O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) é um ato legislativo que inclui disposições ao *Securities Exchange Act*, de 1934. Criminaliza não só o oferecimento ou pagamento de propina, prática de suborno ou qualquer ato de corrupção em relação a funcionários públicos estrangeiros, mas pune as empresas que não mantiverem registros contábeis adequados. A adoção de normas de *compliance* tem papel importante no FCPA, pois é decisivo para a propositura da ação penal norte-americana saber se a empresa foi condescendente com os atos de corrupção, se havia programa de *compliance* efetivo, e quais foram as medidas adotadas para mitigar os danos (CARVALHO, 2014, p. 41-52).

O *UK Bribery Act* (UKBA) abrange a corrupção de forma mais ampla, tratando da corrupção nacional, estrangeira, pública e privada. Nessa legislação, a prevenção falha da corrupção é considerada ilícito penal autônomo. Logo, cabe ao particular o ônus da prevenção (adoção de programa de *compliance*) (CARVALHO, 2014, p. 41-53).

No plano nacional, a Lei Anticorrupção brasileira abordou o tema dos programas de *compliance* de forma mais sutil, conforme art. 7º, inciso VIII. O *compliance* é apenas uma circunstância a ser considerada para a sanção, mas não trata se há redução de pena ou de isenção de responsabilização. O tratamento tímido dos programas de *compliance* vem sendo criticado, pela falta de segurança jurídica e desincentivo à implementação. De outro lado, por

ser matéria nova, teme-se que a aplicação da lei se torne insustentável (CARVALHO, 2014, p. 56).

3 RESPONSABILIDADE PENAL: ELEMENTOS

O conceito de pessoa jurídica é dado no campo do Direito Civil. A definição trazida por Pontes de Miranda trata da pessoa jurídica como uma criação do direito a quem são atribuídos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 281). Kelsen (2011, p. 114-118), por outro lado, compreende a personalidade jurídica como uma construção artificial do Direito. Essa criação confere direitos e deveres aos indivíduos. Pontes de Miranda (1983, p. 281) vê na pessoa jurídica um conceito do mundo jurídico, mas como uma importação do mundo fático; não uma criação abstrata, tal qual Kelsen.

A pessoa jurídica apresenta como características: ser sujeito de direitos e deveres, autonomia patrimonial, limitação de responsabilidade, capacidade jurídica autônoma e reconhecimento enquanto ente. A finalidade comum e a *affectio societatis* dizem respeito apenas às sociedades (LÔBO, 2009, p. 177-185). A personalização é uma técnica jurídica utilizada para atingir determinados efeitos práticos, “não recobrando toda a esfera da subjetividade em direito. Nem todo sujeito de direito é pessoa. Assim, a lei reconhece direitos a certos agregados patrimoniais, como o espólio ou a massa falida, sem personalizá-los” (LÔBO, 2009, p. 279-314).

Já o conceito de ação, no Direito Penal, tem papel relevante. Como aponta Roxin, a opinião mais comum é que “[...] ação é uma conduta humana significativa no mundo exterior, que é dominada, ou ao menos dominável pela vontade [...] (tradução livre)” (ROXIN, 1997, p. 57-58). E essa ação precisa ser típica, coincidir com as descrições delitivas que se encontram na parte especial do Código Penal (ROXIN, 1997, p. 194).

Na mesma linha, entende-se não ser ação, de acordo com o Direito Penal Alemão, os atos das pessoas jurídicas, por ausência do elemento anímico. Tendo em vista a necessidade de retornar à pessoa jurídica para perceber as vantagens obtidas, é mais eficaz exigir a responsabilidade das pessoas que atuam na empresa. Essa discussão tem voltado à tona na Alemanha, sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, para dar uma resposta mais eficaz à criminalidade. Lá, a resposta ainda não parece muito clara: enquanto um setor propõe a adoção de medidas de segurança, outro tenta a punição da pessoa jurídica, atribuindo a ela capacidade real e superando o modelo tradicional de ação (capacidade de ação por meio de

seus órgãos), que, de acordo com Roxin, contém falhas de imputação (ROXIN, 1997, p. 258-260).

A teoria da ficção em Savigny não reconhece a pessoa jurídica como possível sujeito ativo do crime, porque ela é uma criação fictícia, sem vontade própria, sem consciência, vontade e finalidade. Dessa forma, careceria dos elementos para a imputabilidade, capacidade de pena, compreensão do injusto (CAPEZ, 2015, p. 163). Já a teoria da realidade ou personalidade real, de Otto von Gierke, qualifica a pessoa jurídica como um ente real, uma pessoa distinta dos membros que a compõem. Por esse ângulo, e diferentemente da proposta de Savigny, a pessoa jurídica teria capacidade de ação, por ter vontade própria, e seria capaz de praticar atos ilícitos, tanto civis quanto penais (CAPEZ, 2015, p. 166). Nessa senda, Zaffaroni aponta que a disputa entre as teorias da realidade e da ficção ainda não se extinguiu:

No obstante, una vez consagrada en la ley francesa la responsabilidad penal de las corporaciones, la disputa entre las teorías de la realidad y de la ficción no se extinguió, sino que continúa en la seno mismo de las posiciones que fundan la responsabilidad, que se dividen entre una tesis que la fundamenta en una voluntad real de la persona moral y otra que sólo la admite como reflejo o rebote del ilícito de las personas físicas que componen sus órganos o su representación. Para los primeros la responsabilidad penal de la persona jurídica es directa (como que se deriva de una voluntad propia y real), en tanto que para los segundos es indirecta (o derivada de la voluntad de los que integran sus órganos). Puede pensarse que, según se acepte una u otra tesis, las consecuencias en cuanto a los requisitos configuradores de la voluntad y de la consiguiente imputación subjetiva, serían diferentes; no obstante, [...] las diferencias no son tan notorias a nuestros efectos (ZAFFARONI, 2013, p. 49-50).

Aos adeptos da teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o ente poderia ser responsabilizado pelos seus atos e, para assegurar o juízo de culpabilidade, a empresa poderia ser comparada com a conduta de outras da mesma natureza para saber se a conduta era exigível ou não (deslocamento da ideia de homem médio). Dessa forma, a ideia de culpabilidade da pessoa jurídica estaria atendida. Ademais, a pena não deveria ultrapassar a pessoa da empresa, mas o que tem acontecido é confundir a pena e as consequências indiretas sobre terceiros (CAPEZ, 2015, p. 167-168).

Outro elemento na compreensão da temática é o tipo penal, que se subdivide em tipo objetivo e em tipo subjetivo. A definição de tipo legal pode ser dividida em tipo legal, tipo de injusto e tipo de garantia. O tipo legal “contém a descrição do comportamento proibido, com todas as suas características (subjetiva, objetiva, descritiva e normativa)” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 101). O tipo de injusto verifica “a realização não justificada do tipo legal, com elementos positivos e negativos” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 106). O tipo de garantia, por sua vez, “realiza as funções da política criminal atribuídas ao princípio da

legalidade, culpabilidade, condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 106).

Quanto ao tipo subjetivo, Cirino dos Santos descreve:

O tipo subjetivo da omissão de ação própria é o dolo, e da omissão de ação imprópria, o dolo e a imprudência. Segundo a teoria dominante, o dolo não precisa ser constituído de consciência e de vontade, basta deixar as coisas correrem com conhecimento da situação mais o conhecimento do resultado, porque dolo como vontade consciente de omitir a ação mandada constituiria exceção rara (o médico decide recusar paciente em estado grave sob o argumento de inexistência de leito livre) (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 101).

O dolo pode ser compreendido como a força psíquica do delito, “vontade consciente de realizar o tipo objetivo do crime”, “saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 125). Não se descartam elementos intencionais, tendências ou qualificações pessoais para caracterizar o crime como doloso. “O estudo do tipo dos crimes dolosos tem por objeto o dolo (elemento subjetivo geral) e as intenções (elemento subjetivo especial), existentes em conjunto com o dolo em determinados delitos” (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 125-127). É preciso ter em mente que o dolo “[...] é composto por um elemento intelectual (consciência, representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica) como fatores de formação da ação típica dolosa”.

O elemento intelectual está no fato de se conhecer as circunstâncias do fato, e esse conhecimento precisa ser atual e manifestado; não basta que esse conhecimento fique aguardando para estar em prática. Já o elemento volitivo do dolo é a vontade atual, incondicionada de realizar o delito disposto no tipo objetivo (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 125-127). A CRFB prevê – sob discussão - a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos arts. 225 e 173, no entanto, o Direito Penal tradicional tem grandes dificuldades para aceitar a responsabilidade de entes coletivos. Dessa forma, a consideração dos elementos do tipo subjetivo, em especial, os elementos de cognição e vontade, é fundamental para a verificação de intenção ou não na prática delitiva a partir dos fundamentos de *compliance*.

4 COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

É possível associar *compliance* e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo em vista a peculiaridade de cada um dos institutos? É viável imputar à pessoa jurídica responsabilidade por atos praticados em seu benefício, pela atuação de seus gestores e funcionários? A existência de punição nas esferas administrativa e civil não é suficiente para punir a pessoa jurídica? Não se trata de inversão do papel do próprio Direito Penal, em

especial quando se considera o Direito Penal como *ultima ratio*? Impostas as perguntas, cabe discutir de que forma o *compliance* auxilia (ou não) na busca pela responsabilidade penal dos entes jurídicos de direito privado.

Para demonstrar de que forma a adoção de programas de *compliance* pode minimizar a responsabilização da empresa em âmbito penal, a título exemplificativo, traz-se a legislação penal espanhola, que no artigo 31 bis, adotou a responsabilidade penal para pessoas jurídicas, valendo-se da existência de programas eficazes de *compliance* (SILVEIRA, 2015, p. 49-97). A título exemplificativo, a Lei nº. 9.613 (BRASIL, 1998), alterada pela Lei 12.683/12 (BRASIL, 2012), traz, em especial nos artigos 9º a 11, além dos arts. 41 e 42 do Decreto nº. 8.420/15 (BRASIL, 2015), medidas para a adoção de programas de integridade (ou de *compliance*). Tais programas podem envolver diversos setores, como normas penais (*criminal compliance*), do consumidor, tributárias, trabalhistas. A interpretação das normas penais pode levar à responsabilidade penal, e por essa razão, o trabalho de *criminal compliance* dentro das empresas é relevante (BOTTINI, 2013, s.p.), pois “*está a se descortinar um admirável novo mundo, onde dados do direito empresarial, comercial, tributário e penal acabam por se fundir*. Por certo, isso acaba por estabelecer um novo firmamento ao direito penal. [...] Um exemplo disso se encontra, claramente, no que se entende por responsabilidade penal da pessoa jurídica” (SILVEIRA, 2015(b)).

Para a viabilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, os maiores valores agregadores de *compliance* são: a percepção da ética individual e da ética coletiva, com os trabalhos de fiscalização, adoção de manuais e treinamentos. Dessa forma, com as condutas individualizadas, é possível vislumbrar qual a vontade do ente (aqui visto como a empresa) ou de seus agentes, e determinar de que maneira a conduta se voltou em benefício ou não da empresa. No entanto, caso se compreenda que a pessoa jurídica não possa ser responsabilizada, o *criminal compliance* ainda serve de base para determinar qual dos agentes praticou a conduta reprovada, para que se tomem as medidas sancionatórias proporcionais e adequadas.

Ante a perspectiva de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos ao bem jurídico, faz-se necessário analisar se a imputação de responsabilidade por infração da conduta de *compliance* lesiona o princípio da legalidade. O referido princípio concretiza-se no tipo de injusto, na descrição legal da ação proibida. De acordo com Cirino dos Santos:

Em primeiro lugar, a criminalização da pessoa jurídica lesiona a proibição material do princípio da legalidade, expresso na fórmula *nullum crimen sine lege*; em segundo lugar, a instituição da responsabilidade penal da pessoa jurídica lesiona a proibição formal do princípio da legalidade, expresso na fórmula *nulla poena sine lege* (CIRINO DOS SANTOS, 2013, p. 281).

A adoção do *criminal compliance* pode servir, inclusive, para a individualização da conduta de cada colaborador da empresa, numa espécie de vigilância coletiva ou “gerenciamento coletivo” (BENEDETTI, 2014, p.126).

Posicionando-se de forma contrária ao *criminal compliance* e à responsabilização penal da pessoa jurídica, Blanco Cordero (2012, p. 834-840) levanta críticas quanto à responsabilização da empresa, pois mais se parece com uma delegação do Estado do que um aprimoramento do Direito Penal. Gloeckner ressalta, com uma das dificuldades de implantação do *criminal compliance*, a vedação de produzir prova contra si mesmo (2014, p. 147-172).

Cabe lembrar que, na visão de Prado (2013, p.132), prepondera a visão de que as pessoas jurídicas têm realidade própria distinta das pessoas físicas ou naturais, em razão da ausência de: a) capacidade de ação no sentido penal estrito; b) capacidade de culpabilidade (princípio da culpabilidade); c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena), indispensáveis à configuração de uma responsabilidade penal subjetiva. Qualquer capacidade da pessoa jurídica seria tomada de empréstimo da pessoa física.

O dever de *compliance* para as pessoas obrigadas, estabelecido no artigo 10, na visão de Badaró e Bottini, não é pela instituição de mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas de ter estruturas organizadas com registros e notificação de atividades consideradas suspeitas. Assim, o descumprimento das normas administrativas da Lei nº. 9.613/98 (BRASIL, 1998(b)) não seria suficiente para atrair o dever de garantia e configuração de omissão imprópria. Mesmo que esse caráter de dever de garantia fosse atribuído, seria necessário analisar o dolo de resultado e a capacidade de impedimento, demonstrando consciência da lavagem, de meios de interromper a atividade criminosa e o dolo direto do agente ao se omitir (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p.151-152).

No plano internacional, as normas têm se tornado cada vez mais severas, inclusive para as pessoas jurídicas, na busca pelo combate à corrupção. Inclusive, em março de 2018, entrou em vigor na Argentina a Lei nº. 27.401, que estabelece regime de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de direito privado, estrangeiras ou nacionais, com ou sem participação estatal que cometerem crimes contra a Administração Pública. Nessa lei, há previsão de que a empresa que espontaneamente denunciar, retornar os benefícios ilegais do crime e tiver programa de integridade não sofrerão consequências administrativas, nem serão responsabilizadas. Os requisitos do programa de integridade incluem a existência de código

de ética, aplicáveis a todos da empresa, regras para prevenir ilícitos nas contratações públicas e treinamentos e capacitações periódicas sobre o programa de integridade.

A hipótese de que pode existir imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica no ordenamento brasileiro se alinha com a doutrina de Thomas Rotsch. Em suas obras, ele afirma que os problemas sobre o conteúdo e a necessidade de *compliance* costumam se misturar com os problemas genéricos da imputação no Direito Penal. Em especial, Rotsch propõe que *compliance* possa servir para a prevenção da responsabilidade penal, porque o *Criminal compliance* representaria um desenvolvimento além do Direito Penal Tradicional, como certo mecanismo de controle, quase irreversível. O Direito Penal, segundo o autor, caminha para o desenvolvimento de soluções de *compliance* (ROTSCH, 2010, p.64). Na Alemanha não há previsão legal expressa em relação ao *compliance*, entretanto, há doutrinadores que defendem a sanção reduzida da pessoa jurídica quando o programa de *compliance* for efetivo (COSTA; ARAÚJO, 2014, s.p.).

No sistema norte-americano, a pessoa jurídica (*corporation* ou *company*) pode ser responsabilizada por crimes, desde que sejam compatíveis com sua natureza (atividades econômicas, de segurança no trabalho, de contaminação atmosférica e de proteção ao consumidor). Apesar ser comum que se exija *mens rea* e *actus reus*, costuma-se admitir *strict liability* inclusive para a pessoa jurídica (PRADO, 2013, p.142-143).

Na Itália, também há previsão de redução de pena para as empresas que adotarem programas efetivos de *compliance*. O Decreto nº. 231 (ITÁLIA, 2001), que regulamentou a matéria, estabelece que a responsabilidade jurídica da empresa está condicionada à existência de delito da pessoa física. No entanto, a punição é independente. A responsabilidade da pessoa jurídica continua existindo, mesmo se o agente, pessoa física - seja representante, diretor ou pessoa sob supervisão destes -, não puder ser identificado (TESI, 2012, s.p.). Também existe uma distinção entre vantagem e interesse, em que, mesmo não existindo interesse da pessoa física, mas havendo a obtenção de uma vantagem (ainda que não econômica), o agente e a empresa serão responsabilizados (BUSATO; GUARAGNI, 2012, p. 20), com sanções pecuniárias, de interdição, confisco e divulgação da sentença (TESI, 2012, s.p.).

Já na Espanha, as pessoas jurídicas são responsabilizadas quando há falha na prevenção do dever de controle. Para Robles Planas, não há como ter um modelo de responsabilidade penal para as pessoas jurídicas que não resulte em violação dos princípios fundamentais do direito penal, no entanto, há expressas previsões legais na legislação espanhola. Isso poderia ou resultar em um sistema materialmente penal, e o qualificar como

inconstitucional, justamente pela incompatibilidade com os princípios penais, ou resultar em um sistema formalmente penal e entender como um sistema de imposição de ônus às pessoas jurídicas (ROBLES PLANAS, 2016, p. 219-220).

NUCCI (2015, p. 86-87) entende que, pela responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, expressamente disposta na CRFB (art. 225, §3º e art. 173, §5º), bem como pela existência de diploma exposto para crimes ambientais cometidos por pessoa jurídica e a jurisprudência sobre o tema, é possível responsabilizar o ente jurídico, em especial, porque a Lei Anticorrupção teria natureza penal¹. Como resultado, tem-se que a pessoa jurídica será punida pela responsabilidade objetiva. A responsabilidade penal da pessoa jurídica ficará vinculada ao ato praticado por uma pessoa física, cuja existência é condicionada ao dolo (NUCCI, 2015, p. 100).

Dessa forma, adoção de programas de *compliance* no âmbito da Lei Anticorrupção apenas pode atenuar a pena das empresas, mas não as isentar. A responsabilidade penal deve ser posta claramente, de tal sorte que se possa exigir o dolo (responsabilidade subjetiva). A pessoa jurídica possui vontade própria, que se manifesta no conjunto de seus atos, inclusive de seus funcionários. Nucci ainda crê que a punição da pessoa física é prescindível em relação à da pessoa jurídica, e que são requisitos básicos para que a pessoa jurídica seja punível, no âmbito da Lei Anticorrupção: a) o ato de uma pessoa física, b) a existência de dolo e o vínculo com a pessoa jurídica; c) o benefício em favor da pessoa jurídica (NUCCI, 2015, p. 216-221).

Em contraposição ao apontado por Nucci, Prado (2013, p. 137-138) afirma que é extremamente difícil apontar sanção a pessoa jurídica, na prática, pois somente com a identificação da(s) pessoa(s) física(s) praticante(s) do ilícito – e fixada a autoria subjetiva – é que será possível responsabilizar a pessoa jurídica. Isso sem contar a mutabilidade da própria empresa, com alteração de sócios e membros, alteração de situação econômica.

Dotti (2013, p. 166; 221) compreende a atribuição de capacidade penal à pessoa jurídica como uma desestabilização do direito positivo, porque seria possível criar diversos “laranjas”, em uma cadeia de prepostos, para transferir a responsabilidade (e dificultar a identificação do elemento subjetivo).

Tendo em vista que, para SANCHEZ RIOS (2013, p. 212-214), a pessoa jurídica é considerada realidade, e não ficção, a consciência da pessoa jurídica é distinta da pessoa física. Assim, a pessoa jurídica não pode ser sujeito de direito penal, porque não tem capacidade no sentido penal, para praticar condutas típicas e ilícitas. Logo, a elas não se

¹ Ver também BRAGA NETTO, 2014, p. 17-34.

aplicam as medidas de segurança. Entretanto, os anseios sociais não encontram uma resposta normativa suficiente nas medidas cíveis e administrativas.

Cirino dos Santos (2013, p. 282) ainda entende incompatíveis com a pessoa jurídica a atribuição de tipo objetivo e subjetivo, seja fundada na realização do risco ou na realização do plano. Em especial, a atribuição de tipo subjetivo à pessoa jurídica parece mais grave porque somente a pessoa física tem os elementos psíquicos necessários para os delitos dolosos. Também aponta que a vontade coletiva da pessoa jurídica é incapaz de produzir dolo. “Por exemplo, a teoria da realidade não pode explicar de que modo a vontade coletiva da pessoa jurídica, manifestada em reuniões, deliberações ou votos, produziria os fenômenos psíquicos da consciência e da vontade próprios do aparelho psíquico da pessoa física”.

Além disso, a chamada lesão do dever de cuidado impõe possível comparação com o homem prudente (o chamado “homem médio” no direito civil), insubstituível por “empresa prudente”. Tiedemann (1995, s.p.) alega que, se a pessoa jurídica é capaz de contratar, seria capaz de delinquir. No entanto, salienta Cirino dos Santos, os argumentos para contratar são objetivos, enquanto os parâmetros penais são subjetivos e objetivos ao mesmo tempo; logo, a comparação não é equivalente (2013, p. 283-284).

Sob a ótica do princípio da culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), há que se levar em conta três elementos: imputabilidade penal, conhecimento do injusto e exigibilidade de comportamento diverso. A capacidade penal da pessoa jurídica jamais poderá ser suprida por um ato na Junta Comercial, por exemplo. Mesmo que se creditasse à pessoa jurídica a vontade de seus sócios, se dois sócios fossem incapazes, a vontade da empresa estaria viciada e a prática ilícita não seria punida? Sendo a capacidade independente, como a coletividade produz uma vontade válida e independente? Se a capacidade penal da pessoa jurídica é vinculada à capacidade penal dos sócios, a lei não poderia dizê-lo (art. 3º, Lei nº. 9.605/98). Ademais, como se dá o conhecimento de injusto da pessoa jurídica? Todos os sócios precisam saber dos fatos ou o conhecimento de um seria suficiente (CIRINO DOS SANTOS, 2013, p. 286-287)?

Mesmo assim, cabe lembrar que o princípio da pessoalidade da pena determina que ela não passe da pessoa do acusado. Falta, então, para a pessoa jurídica, o aparelho psíquico que dê condições de avaliar o delito. Mesmo que se admita vontade coletiva, os que tiverem seus votos vencidos em assembleia poderiam ser responsabilizados (CIRINO DOS SANTOS, 2013, p. 289-290)?

Reale Júnior (2013, p. 353-354) aponta que a interpretação sistemática do texto constitucional indica a inviabilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, pois a ela falta capacidade para a imputação penal. Tendo em vista que a pena não passará da pessoa do

condenado (art. 5º, XLV, CRFB) e o limite imposto pela individualização da pena (que é feita com base na culpabilidade), torna-se evidente a impossibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica.

Busato e Guaragni apontam que os modelos tradicionais de responsabilidade da pessoa jurídica são baseados no ser humano. Em seguida, a responsabilidade é repassada à empresa (no sistema norte-americano, *vicarious liability*). Dá-se essa transferência ou por responsabilidade por ricochete (*responsabilité par ricochet*), tal como no art. 3º da Lei nº. 9.605/98 (BRASIL, 1998), ou pelo modelo inglês da teoria da identificação (*identification theory*). Há outros modelos, como o de autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica (vide Carlos Gomez Jara-Díez), em que haveria culpabilidade autônoma da empresa. Os autores também apontam para a necessidade de se estabelecer, *ab initio*, o tipo da responsabilidade, se auto ou heterorresponsabilidade. A partir dessa base é possível determinar os rumos da pessoa jurídica infratora (BUSATO; GUARAGNI, 2012, p. 55-60).

Em síntese, a doutrina brasileira opõe-se, mesmo com a expressa previsão legal na CRFB e em outros diplomas legais, à adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica porque, no âmbito penal, a superação do dogma da pessoa jurídica como autora do fato delitivo ainda não é suficientemente convincente para a maior parte dos doutrinadores.

5 CONCLUSÕES

As origens do tema *compliance*, tanto no plano internacional quanto nacional, remontam ao século XX. As suas funções e as consequências de não adoção implicam sanções econômicas, cíveis, administrativas e penais. Foram revistos, de forma brevíssima, a noção de pessoa jurídica, a teoria da ação e algumas noções o tipo penal.

Autores com posicionamentos contrários e favoráveis à responsabilidade penal da pessoa jurídica foram contrapostos. Alguns deles, inclusive, contrários ao próprio *criminal compliance*. Destacaram-se motivos pelos quais a doutrina resiste, em parte, em aceitar a pessoa jurídica como ente capaz de ser responsabilizado. Elementos como a falta de cognição, vontade, capacidade de ação, violação de princípios, estiveram presentes.

Conclui-se que, pelas condutas individualizadas com os programas de *compliance*, é possível determinar a vontade do ente ou de seus agentes, e se ela gerou benefício para a empresa. Entretanto, o cenário atual brasileiro não permite que a pessoa jurídica seja responsabilizada pelo descumprimento de programas de *compliance*, seja de forma objetiva, seja de forma subjetiva, aos moldes do que acontece em outros países. Ainda assim, o

criminal compliance é determinante para averiguar qual dos dirigentes ou funcionários cometeu o delito, e para o reforço da credibilidade da empresa.

De modo geral, a doutrina opõe-se à responsabilização penal da pessoa jurídica, porque não se consegue superar os elementos de ação e do tipo subjetivo (consciência e vontade) apresentados para a pessoa física, em especial na autorresponsabilidade. Mesmo as teorias que imputam um papel aos entes coletivos não parecem superar os problemas triviais à imputação da responsabilidade. Ainda que se observe a heterresponsabilidade, é preciso determinar que houve vontade coletiva e conhecimento para comungar esforços no delito em favor da empresa.

É um limiar inseguro deduzir vontade e conhecimento da prática criminosa apenas pela adoção de programas de *compliance*, ressalta-se, no cenário brasileiro atual. Ainda, cabe lembrar que a adoção desses programas onerosa para as pequenas e médias empresas. A classe empresarial não consegue adotar os programas de *compliance* sem que isso signifique custos de alto impacto na própria produção.

De forma sintética, cabe regulamentar de forma mais clara as benesses pela implementação dos referidos programas – que obviamente trazem benefícios, dada a regulamentação forte em outros países – e estabelecer de forma mais clara quais são os limites – se viáveis – para a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito privado no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABBI. Função de Compliance. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcao Decompliance_09.pdf> Acesso em 14 de agosto de 2014.

ALMEIDA DOS SANTOS, Renato. *Compliance* como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. *In: Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 6º Concurso de Monografias: trabalhos premiados*. Presidência da República, Controladoria-Geral da União, p. 161-228, Brasília: CGU, 2011.

ARGENTINA. Lei nº 27.041, 27 de novembro de 2017. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**. Disponível em: <http://infojus.com.ar/leyes/ley-27-401-responsabilidad-penal-las-personas-juridicas/>.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. Compliance and the compliance function in banks. Disponível em <<http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3ª ed. Pamplona: Arazandi, 2012.

BM&F BOVESPA. Diretrizes de Governança Corporativa. Disponível em <http://ri.bmfbovespa.com.br/fck_temp/26_2/Diretrizes_de_Governanca_Corporativa_da_BMFBOVESPA.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O que é compliance no Direito Penal? **Revista Consultor Jurídico**, 30 abr. de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

BRAGA NETTO, Felipe P. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos. *In*: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 17-34.

BRASIL. Decreto nº. 8.420/15, de 18 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 30 de março de 2015.

_____. Lei nº. 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acesso em: 30 de março de 2015.

_____. Lei nº. 9.613/98, de 03 de março de 1998 (b), alterada pela Lei nº. 12.683/12, de 9 de julho de 2012. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 30 de março de 2015.

_____. Lei nº. 12.846/13, de 13 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 30 de março de 2015.

_____. Resolução nº 2.554/98, de 24 de setembro de 1998 (c). **Conselho Monetário Nacional**. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1998/pdf/res_2554_v3_P.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2015.

BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Volume 1, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no Mundo: análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act norte-americano e o Bribery Act do Reino Unido. *In*: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Org.). **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 36-39.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa**

Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). **Manual de Compliance:** preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o Julgamento da APN 470 - Compliance and the decision of Act 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 106/2014, jan./ 2014. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 19 de maio de 2014.

DE CARLI, Carla Veríssimo (organizadora). **Lavagem de Dinheiro:** ideologia da criminalização e análise do discurso. 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DOTTI, René Ariel. A Incapacidade Criminal da Pessoa Jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FEBRABAN. Funções de Compliance. Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

FRANÇA, Lei n° 92-1336, de 16 de dezembro de 1992, *relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur*, Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000177662>>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal *Compliance*, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, vol.1, n. 1, p. 147-172, jan-jun/2014.

GOMEZ JARA-DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: B de F, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Governança Corporativa. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

ITÁLIA, Decreto 231, de 8 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.codice231.com/>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

- PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro**. São Paulo: Trevisan Editora, 2013.
- ROBLES PLANAS. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal - Parte Geral** – 3ª ed., rev., atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**. Gießen, (5), ed. 10/2010.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Tradução da 2ª edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1ª edição. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre Criminal *Compliance*. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 12, p. 153, Jan/ 2005.
- SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. Indagações sobre a Possibilidade da Imputação Penal à Pessoa Jurídica no Âmbito dos Delitos Econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-Diniz, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Corrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: Os Limites da Cooperação Normativa quanto à Lavagem de Dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 56/2012, abr. /2012. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 12 de março de 2014.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ponderações sobre o compliance criminal. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 01 jul. 2015(b). Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3599626/ponderacoes-sobre-o-compliance-criminal#ixzz36DitFFRo>>. Acesso em 06 de agosto de 2015.
- TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em derecho comparado*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - Ano 3 - nº 11 - julho-set/95.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coordenadores). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 4ª edição, revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.