

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

ANDRÉA FLORES

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Andréa Flores; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-488-4

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

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Em uma tarde de sexta-feira do outono brasileiro, o Grupo de Trabalho no âmbito do qual foram apresentados os textos reuniu-se, virtualmente, a fim de debater temas contemporâneos e que desafiam a dogmática penal e processual penal.

Presentes juristas e acadêmicos de todo o país, foram apresentados, abordados e discutidos assuntos ecléticos, de repercussão nacional e internacional, e que versam, sob a ótica do direito material, desde a aplicação de medidas de segurança para fatos alheios à matéria penal até a criminalidade empresarial. No âmbito do direito processual penal, desde o rito do júri até o instituto do Acordo de não Persecução Penal.

Cada um dos temas será apresentado doravante, a fim de que, como sói ocorrer com os Anais de Encontros e Congressos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, possam servir de importante fonte de consulta para acadêmicos e profissionais do Direito. Afinal, as publicações do CONPEDI e, em especial, as do GT de Direito Penal, Processual Penal e Constituição I transformaram-se em manancial indispensável de informações críticas e atuais do atual cenário jurídico do país no tocante às ciências penais.

Os leitores perceberão, com a leitura dos textos, o engajamento e comprometimento dos autores com a transformação social e com a aproximação cada vez mais desejada do direito e do processo penal com a Constituição Federal de 1988.

São os seguintes os temas que compõem o presente livro:

O primeiro bloco reuniu trabalhos sobre: “A Composição dos Conselhos de Justiça Militar e a Democracia” que trouxe como conclusão o caráter democrático dos Conselhos da Justiça Militar tendo em vista a sua composição mista, formada por juízes militares e civis, garantindo-lhe maior legitimidade às decisões; “A hiperexposição pessoal e o direito ao esquecimento e à intimidade” trazendo como conclusão que a sociedade da informação atual trouxe mudanças quanto ao direito à privacidade, incluindo o direito ao esquecimento e o direito à intimidade; “A identificação genética como prova no processo penal: os limites decorrentes da garantia contra a autoincriminação” concluindo que a lei deve ser alterada a fim de que se crie um banco de dados com a identificação genética de todas as pessoas e não somente daqueles que já praticaram crimes; “A omissão penalmente

relevante e a função de garante do compliance officer ambiental” onde se concluiu que o compliance officer embora exerça a função de garante quanto à responsabilização pela omissão imprópria deve ter tal responsabilização restringida pelo conceito de ação e pela teoria da imputação objetiva; “A prática da pedofilia: Estatuto da Criança e do Adolescente, crimes virtuais e à dignidade humana” que mostrou a relevância e necessidade de se combater a pedofilia virtual; “Apontamentos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária” defendendo a responsabilização dos entes jurídicos e a previsão de novas formas de sanção; “Pichação e crime: uma interpretação crítico-sociológica” sugerindo uma nova abordagem às ações dos pichadores, em especial, quando não envolvam dano a particulares.

Após as ponderações feitas nesse primeiro bloco, seguiu-se para a apresentação de outros, distintos e interessantes trabalhos. As variadas temáticas demonstram, com afinco, a grande das produções científicas no campo do Direito pelo Brasil. Destaque para os artigos sobre a aplicação da insignificância nos tribunais superiores; sobre os programas de integridade nas corporações e os fundamentos do direito penal econômico; sobre a maternidade no cárcere; sobre o Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia e a garantia da motivação das decisões judiciais; e sobre a tutela dos interesses difusos à luz do Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e Direito de Intervenção.

Decerto, aqui estão as publicações que imprimirão vida a tantas pesquisas vocacionadas a pensar, instigar e redimensionar conceitos, práticas e mentalidades! Que esses anais sejam lidos, refletidos e iluminem o campo do Direito!

Avante!

PROGRAMAS DE INTEGRIDADE, CORPORAÇÕES E O DIREITO PENAL ECONÔMICO.

INTEGRITY PROGRAMS, CORPORATIONS AND ECONOMIC CRIMINAL LAW.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro ¹
Lélio Braga Calhau ²

Resumo

A implantação dos programas de integridade (Compliance) no Brasil trouxe uma série de novos deveres jurídicos para as estruturas organizacionais do mundo corporativo e, em especial, no tocante à responsabilidade criminal de seus membros. Esse novo cenário, que envolve a responsabilidade criminal decorrente dos chamados crimes societários, será debatido sobre a égide de uma pesquisa bibliográfica e do raciocínio lógico-dedutivo.

Palavras-chave: Esg, Compliance, Criminal compliance, Direito penal econômico, Responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

The implementation of integrity programs (Compliance) in Brazil brought a series of new legal duties to the organizational structures of the corporate world and, in particular, regarding the criminal liability of its members. This new scenario, which involves criminal responsibility arising from so-called corporate crimes, will be discussed about the aegis of a bibliographical research and logical-deductive reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Esg, Compliance, Criminal compliance, Economic criminal law, Responsibility

¹ Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina- IT. Doutor e Mestre (UFMG). Professor de graduação, mestrado e doutorado na Dom Helder-Escola de Direito. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG.

² Doutorando na Dom Helder- Escola de Direito. Mestre pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Penal (Universidade de Salamanca-Espanha). Professor de Criminologia (FESMP-MG). Promotor de Justiça.

1.INTRODUÇÃO

As grandes mudanças que a globalização provocou internacionalmente nas últimas décadas do século XX e nas primeiras duas do século XXI não passaram incólumes em diversos setores sociais do Brasil e a pandemia do COVID-19 só aponta mais acelerações e transformações na sociedade.

Atividades, que existiam há décadas, foram, em poucos anos, varridas do mapa e substituídas por novas e outras, ou até mesmo pelos computadores. A educação vive uma revolução com a adoção, em massa, da educação à distância e o meio corporativo ainda desconhece a profundidade das transformações que prevalecerão pós-pandemia do COVID-19.

O meio empresarial foi atingido em cheio. Cada vez mais a competição com empresas internacionais, muitas com fábricas estrategicamente instaladas em países com mão de obra mais barata e farta, levando a níveis injustos de competição para as empresas brasileiras, levaram o mercado a uma situação de disputa cada vez mais atroz e acirrada.

Nesse contexto, práticas empresariais "inovadoras" passaram a ser realizadas cada vez mais, não só para se garantir o lucro, mas para a própria sobrevivência das empresas, em um mundo corporativo cada dia mais competitivo e desregulado.

Através de mecanismos internacionais, nos quais o Brasil se encontra inserido, como a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico -, algumas práticas classificadas como corrupção foram proibidas e levaram a uma cooperação internacional sem precedentes entre as autoridades de diversos países, iniciadas, em grande parte, para impedir uma competição desigual entre as empresas norte-americanas e europeias nesse ambiente corporativo, em que tráfico de influência e pagamento de benefícios prejudicavam interesses empresariais dos EUA e da Europa.

Foi nesse contexto que surgiram instrumentos internacionais incentivando a instalação de programas de *compliance*, buscando implantar padrões internacionais de integridade dentro das empresas e que, junto com a competitividade cada vez mais brutal no meio corporativo, passaram a regular a vida das empresas e, também, as atividades corporativas mundo afora, como no Brasil.

Com o fortalecimento dos protocolos ESG (Environmental, Social and Governance), em especial, a partir dos anos de 2018/2019, e que tiveram na pandemia do COVID-19 uma grande ampliação sobre sua necessidade de resultados efetivos e passaram a ser objeto de discussões não apenas no meio corporativo, mas pela mídia, governos e por muitos setores da sociedade, o respeito ao ESG, com programas de

compliance efetivos e que possam gerar a responsabilidade criminal não apenas de gerentes, mas de diretores e até de CEOs de grandes corporações na área ambiental, clama uma ação mais responsável das corporações.

Todavia, os recentes desastres ambientais em Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, são provas concretas de que programas de *compliance* realizados apenas com fins “meramente cosméticos” ou ufanistas não protegem nem os próprios trabalhadores dessas corporações, nem o meio ambiente ou a própria sociedade.

É para tal finalidade, ou seja, de chamar atenção para o fato de que a mera ou simples adoção de programas não é o bastante, mas também é necessário um estofo dogmático que venha a lastrear a imputabilidade penal e a integridade das empresas de forma efetiva, que o trabalho se apresenta.

A abordagem concretiza-se mediante pesquisa bibliográfica e adota raciocínio lógico-dedutivo, em que se tem como tese a ideia de que os protocolos de ESG e de *compliance* são necessários diante de uma nova classe de consumidores mundiais e de maiores e melhores padrões de controle internacionais. Como antítese, tem-se que a importação açodada das práticas internacionais não é suficiente, mas, ao contrário, é geradora de inúmeros efeitos colaterais. Como síntese, defende-se que a importação de práticas que promovam maior integridade empresarial, seja precedida de um conhecimento prévio da realidade brasileira, de estudos criminológicos e dogmáticos que levem à melhor compreensão das iniciativas e que possam, em âmbito penal, corresponder aos anseios de responsabilidade penal empresarial e de categorias efetivas de imputação que correspondam à punição de gestores, inclusive por crimes omissivos, sem atentar contra os princípios clássicos, seculares e garantísticos do direito penal.

Primeiramente, será feita uma abordagem da inserção do ESG e de programas de *compliance* na atividade empresarial. Em seguida, já direcionando o foco para a seara penal, o *compliance* e, em especial, o *criminal compliance* como mecanismos de prevenção à criminalidade serão abordados. Por fim, o foco recairá sobre as dificuldades a serem enfrentadas, mesmo e principalmente, diante da adoção das práticas de programas de integridade empresarial.

2. ESG, COMPLIANCE E ATIVIDADE EMPRESARIAL

Os primeiros programas de *compliance* surgiram nos anos oitenta do século passado e, com o incentivo da OCDE e outros organismos internacionais, rapidamente se

espalharam mundo afora, sendo que, na primeira década do século XXI, passaram a influenciar e afetar diretamente as empresas no Brasil e os seus presidentes, diretores e executivos de alta gerência.

Segundo LUZ (2018, p. 295):

O Brasil [...] comprometido a estabelecer medidas preventivas à corrupção por força da ratificação dos Tratados Internacionais sobre a matéria, promulgou, em 2013, a Lei n. 12.846, conhecida como Lei Anticorrupção. A referida legislação estabelece, pela primeira vez, a responsabilidade administrativa objetiva das pessoas jurídicas na hipótese de serem praticados atos lesivos à administração no benefício e interesse daquelas. Os atos lesivos à administração incluem a corrupção e condutas fraudulentas relacionadas ao processo licitatório, nos termos do artigo 5º do aludido diploma. Caso os atos mencionados sejam praticados no benefício e interesse da pessoa jurídica, esta poderá ser sancionada com multa e publicação da decisão condenatória, nos termos do artigo 6º. A Lei em comento trata da possibilidade dos deveres de compliance mitigarem a responsabilidade da pessoa jurídica. O decreto que regulamenta a legislação também trata dessa possibilidade.

A partir da implantação de normas internacionais¹ de *compliance*, surgiram novas atribuições no seio das corporações, que passaram a ter que manter programas de integridade de nível internacional, com o objetivo de garantir a transparência nas competições e fomentarem a prevenção de ilícitos de toda sorte (administrativos, trabalhistas, ambientais, financeiros, etc) dentro de suas próprias estruturas.

Para FALAVIGNO e LEQUES (2018, p. 228) os riscos brasileiros não são pequenos:

O Brasil, é sem dúvida, um país que apresenta expressivos riscos, sob o ponto de vista da criminalidade econômica, sobretudo corrupção, a investidores estrangeiros. Nesse sentido, a existência de um programa de integridade eficiente pode ser um diferencial para a atração desse capital.

Com a implantação dos programas de integridade, novos deveres funcionais passaram a fazer parte das atribuições² dos diretores das corporações, muitos deles, com

¹ “[...] Toda a nova sorte de legislações, mormente penais econômicas, deve ser entendida como fruto de um novo modal de fonte legislativa, oriundo de *soft law*. Mesmo com o reconhecimento de que esse novo Direito mundial pode ser viciado por uma interlegalidade que gera, por sua vez, um desbalanço e desequilíbrio de forças entre os (ainda presentes) Estados, a sua fonte geradora mostra-se, a princípio, válida. Essa validade, no entanto, deve ser vista conforme venha a ser tida a interiorização de dado dispositivo ao ordenamento nacional. [...]”. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 63).

² “Todo o debate acerca da necessidade de gerenciamento e prevenção do risco, necessariamente passa pela interlocução com a economia. No mês de agosto de 2007, eclodiu, a partir dos Estados Unidos da América, uma das maiores crises econômicas da história do capitalismo. A concessão de empréstimos hipotecários de alto risco no setor imobiliário, denominado de ‘sub-prime’, expôs, de forma jamais vista, a fragilidade e a insegurança do sistema financeiro global. Os riscos oriundos das operações realizadas no mercado financeiro foram amplamente questionados, visto que a crise norte-americana afetou a economia em escala mundial”. (CASTRO, 2015, s.p).

objetivos declarados que, em parte, trazem diretrizes que vão de encontro à realidade corporativa selvagem, que grande parte desses executivos estão submetidos no seu dia a dia.³

Todavia, a mera implantação desses programas de integridade ainda não atinge efetivamente o mundo corporativo, até por não possuímos, no âmbito criminal, conhecimento criminológico adequado sobre os crimes empresariais⁴ no Brasil.

Adverte Saad-Diniz (2019, p. 109), sobre esse desconhecimento empírico da criminalidade corporativa no Brasil:

Os estudos de compliance apresentam, ainda, uma série de limitações. Apesar da euforia do mercado brasileiro em torno do novo "produto", sabe-se muito pouco sobre as causas e consequências da criminalidade no âmbito corporativo. A fundamentação ética do comportamento empresarial ainda é incoerente, a educação executiva pouco explora as evidências científicas e a interpretação judicial não encontra referenciais claros para tomada de decisão nem por parte de reguladores, nem dos fiscalizadores, nem mesmo dos regulados.

Por tais razões, a mera introjeção do *compliance* no ordenamento, sem que outras medidas sejam adotadas, em especial, de caráter extrapenal, não terá o condão de alterar a realidade no meio corporativo. Haverá não apenas um aumento da punição sem resultados concretos, como poderá, em tese, trazer para o mundo corporativo um "engessamento" prejudicial para as empresas, causar grandes prejuízos para a economia do Brasil, e até, efetivamente, não prevenir nada.

Laufer (2006, p. 129) adverte sobre esses perigos e sobre a falta de resultados que os programas de conformidade mal feitos podem gerar:

A ideia de que a conformidade e os princípios de governança corporativa devem ser eficazes é enganosamente simples. É excessivamente simplista [...] Iniciativas de conformidade muito diferentes compartilharão o mesmo resultado crítico, como eficácia, mas o definirão de maneira bastante diferente. Princípios de Governança enfrentam desafios comparáveis. Manter uma estrutura recomendada do conselho

³ Como as normas foram inseridas via mecanismos internacionais, não houve uma preparação prévia, de orientação, assimilação de longo prazo, para que essas normas fossem adaptadas ou até melhor assimiladas por parte da nossa cultura organizacional e corporativa no Brasil. Simplesmente foram adicionadas à nossa realidade jurídica sem nenhum cuidado ou preparação para que as mesmas fossem mais efetivas.

⁴ “[...] Pensar o problema da criminalidade corporativa no Brasil requer a avaliação de regime democrático em franco processo de maturação, ainda pendente de superação de resquícios do passado autoritário e forte relação de dependência econômica e da presença de multinacionais para promover suas iniciativas de desenvolvimento socioeconômico. Uma criminologia econômica eminentemente brasileira deve atuar no enfrentamento da relação incestuosa entre empresa e autoritarismo, entre marginalização da criminalidade de rua, indiferença com a criminalidade corporativa e o fanatismo moral das campanhas de "limpeza ética". A priorização da criminalidade corporativa e as iniciativas de autorregulação devem ser profundamente redefinidas, se for mesmo o caso de manifestação genuína de acerto de contas entre as organizações empresariais e a sociedade brasileira, mediado pela integridade nos negócios”. (SAAD-DINIZ, 2019, p. 125).

com diretores independentes e diretrizes de governança de ponta pode ganhar reconhecimento, prêmios e, ainda, levar a uma colossal falha de governança.⁵

Os protocolos de *compliance* carecem não apenas serem inseridos, mas precisam ser efetivos. Quando não se sabe exatamente quais são as perguntas adequadas em torno da criminalidade corporativa, por exemplo, os programas de integridade podem pecar por se tornarem alienados da realidade das empresas.⁶

Inexiste dúvida de que a implantação desses programas de *compliance* nas corporações trouxe uma série de benefícios para a sociedade, já que incrementou o *Accountability*⁷ nas empresas. Todavia, o questionamento é necessário: essas normas podem ferir a nossa estrutura constitucional de responsabilização e a qual custo?

A resposta é negativa, já que mais integridade/austeridade deve representar lisura; o intérprete, portanto, deve procurar integrar esses novos institutos sem gerar a ineficácia dos mesmos, retrocessos, ou até mesmo um inexistente óbice constitucional.

Ideias que fujam a essa hermenêutica podem representar desincentivo para que os executivos das corporações e os colaboradores tenham uma percepção de que aqueles programas estão sendo implantados apenas para atender formalidades da lei e que, no fundo, não representam os objetivos reais (não declarados) da sua corporação.

3. COMPLIANCE E PREVENÇÃO PENAL

A partir da inserção desses instrumentos internacionais de *compliance* à nossa realidade, surgiram novos deveres por parte das corporações e dos seu executivos, que passaram a ser de vários níveis: administrativo, civil e até criminal.⁸

⁵ Texto original: The idea that compliance and principles of corporate governance must be effective is deceptively simple. It is overly simplistic [...] Vastly different compliance initiatives will share the same outcome criterion, such as effectiveness, but will define it quite differently. Governance principles face comparable challenges. Maintaining a recommended board structure with independent directors and state-of-the-art governance guidelines may earn recognition, win awards, and yet lead to a colossal failure of governance.

⁶ No mesmo sentido, o posicionamento de Eduardo Lemos de Albuquerque, que cita a questão da insegurança jurídica e da (função) cosmética de programas sem efetividade. (ALBUQUERQUE, 2019, p-137-139).

⁷ Sobre a importância de se melhorar o *Accountability* nas corporações, vide: (FISSE; BRAITWAITE, 1993, p-12-16).

⁸ Assim, preliminarmente, criminal *compliance* relaciona-se ao cumprimento das normas jurídico penais no seio da sociedade empresarial, referindo-se à evitação de crimes relacionados com determinada atividade empresarial. Este significado básico, no entanto, não resume o fenômeno que ora se estuda. De fato, “se *compliance* significasse, somente, o cumprimento das normas, não haveria qualquer novidade que justificasse o frisson em relação ao tema, uma vez que, no Estado de Direito, pessoas físicas e jurídicas sempre estiveram obrigadas ao cumprimento das normas jurídicas”. (LUZ, 2018, p. 24).

Novos institutos, originados em países de cultura inglesa, com o objetivo de controlar práticas ilícitas, e, em especial, a corrupção, foram sendo inseridos, ao longo dos anos, como a leniência, sem que existissem estudos criminológicos ou dogmáticos brasileiros prévios que levassem à melhor compreensão dessas iniciativas e uma melhor adequação das mesmas à realidade pátria.

Como exemplo, podemos também citar a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁹, adotada pelo legislador constituinte de 1988, e que não possuía nenhuma base técnico-dogmática para ser implantada no Brasil naquele momento. Com o advento da Lei 9.605/98, o mandamento constitucional de que esse instituto seria aplicado no Brasil foi trazido em âmbito legislativo federal, e diversos pesquisadores Brasil afora passaram a se debruçar sobre os novos desafios deste instituto.¹⁰

Nesse contexto, Albuquerque (2019, p. 111) adverte que o fomento a uma cultura empresarial de respeito à legalidade, portanto, se mostra como o primeiro fundamento de um programa de *compliance*, sendo necessário, para atingir esse fim, um suporte direto da direção da empresa tanto ao programa propriamente dito, quanto aos funcionários responsáveis por executá-lo.

Apenas a edição de uma lei penal, por si, é incapaz de alterar a realidade do mundo corporativo, que vem sendo construída ao longo de décadas, com todas as suas idiossincrasias, sendo necessário mais do que apenas criar a norma penal para prevenir a ocorrência dos delitos corporativos.

Tais mudanças levaram a uma situação de *autorregulação*¹¹ *regulada* por parte das empresas; o Estado continua a controlar, mas compartilha com as corporações

⁹ “Em direito comparado, há diferentes formas de atribuir conduta delitiva às pessoas jurídicas. Quando o crime é praticado desde a empresa, são duas as formas para fundamentar sua punição: a autorresponsabilidade (culpabilidade por ato próprio) e a heterorresponsabilidade (culpabilidade por ato de terceiro). A teoria inglesa da identificação (*Alter Ego Theory*) atribui à empresa a intenção ou o conhecimento de um órgão que possa ser classificado como a mente e a vontade dirigentes (*managerial mens rea*). Nos Estados Unidos, a conduta delitiva de agentes ou empregados é atribuída à empresa por meio da responsabilidade vicarial. O modelo sugerido por Klaus Tiedemann, na Alemanha, é o de culpa pela organização deficiente da empresa, que falha em adotar medidas para evitar a ocorrência de crimes. Este modelo foi adotado tanto na Alemanha como na Itália, no âmbito do direito administrativo”. (VERÍSSIMO, 2017, p. 346)

¹⁰ Entre eles podemos citar Sérgio Salomão Shecaira e Fernando Galvão, que defendem o instituto. Por outro lado, a grande maioria dos penalistas, entre os quais Juarez Cirino dos Santos, se opuseram à adoção de tal instituto no Brasil.

¹¹ “Na autorregulação exigida, conforme expresso nas leis de Lavagem de Dinheiro e na lei Anticorrupção e seu decreto, há um modelo intermediário entre a intervenção estatal pura e o modelo liberal absoluto, recorrendo a Estado a uma estratégia regulatória diferenciada, valendo-se das próprias empresas para lograr seus objetivos. Em contrapartida, a empresa que se autorregula, caracteriza a ausência de intenção em práticas criminosas e, com a transparência de suas atividades, projeta prevenção a crimes e suspeitas”. (BONNACORSI, 2017, p. 222).

obrigações jurídicas, sobre como prevenir e agir para que os ilícitos não surjam ou sejam controlados já na sua origem, o que diminuirá o dano para todos.

4. A QUESTÃO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE

Uma das dificuldades práticas de se implantar esses programas é que eles trabalham com a ideia da autorregulamentação regulada. Ou seja, com esses programas de integridade, busca-se que a regulação da atividade corporativa seja realizada pelos próprios interessados e não apenas pelo Estado.

A adoção dos mecanismos internacionais de *compliance* à realidade corporativa brasileira, surgiram problemas de várias ordens, que não existiam antes nas empresas, inclusive, sobre quem seria responsabilizado pelo descumprimento desses programas de integridade nas áreas administrativas, cíveis e trabalhistas e, principalmente, na área criminal.

Sobre isso, alertam Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 62):

A situação mais evidente, contudo, parece, em termos mundiais, dizer respeito às formas de controle de corrupção que estão a se verificar mundo afora. Inegavelmente assunto de interesse, tem gerado uma paralela discussão acerca não só da responsabilidade individual dos envolvidos em eventos de corrupção, mas, também, das pessoas jurídicas onde, muita vez, os eventos de corrupção acabam por se dar. Aqui, a pedra fundamental da atual preocupação penal: a validade e a legitimidade de estipulação de formas modais de autorregulação empresarial e como estas implicam em efeito cadeia, em efeitos penais, gerando o que se denomina *criminal compliance*.

Sobre a área criminal, recentes episódios envolvendo crimes corporativos com repercussão criminal no Brasil revelaram que tais surgem apenas quando o problema já está instalado, e não há mais nenhuma possibilidade de se intervir.

Seguindo uma lógica comum no mercado de capitais, somente quando o mercado vai mal, é que se descobre quando uma ou outra determinada empresa, que era considerada "queridinha" por todos, estava, em verdade, mal administrada e acabou falindo, gerando prejuízo para milhares de pessoas.

Melhor dizendo, quando tudo vai bem, há pouco a se questionar sobre os programas de integridade, mas quando uma situação muito negativa surge, com repercussões criminais, é hora de se buscar os responsáveis, e de forma surpreendente,

diversos atores do meio corporativo se veem envolvidos diretamente com a responsabilidade penal.¹²

5. DIREITO PENAL ECONÔMICO, COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL EM CRIMES CORPORATIVOS.

O direito penal econômico é,¹³ talvez, uma das áreas do direito penal que mais sofreu essas repercussões nas últimas décadas, diante não apenas da resistência clássica de muitos penalistas à responsabilização penal das pessoas jurídicas, mas também sobre qual estrutura dogmática será adotada para responsabilizar (ou não) os envolvidos em crimes corporativos.

Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 65) lembram que, em termos gerais, a questão passou a ser utilizada, também, pelo direito penal econômico. A dúvida acaba por se mostrar, em um primeiro passo, sob a forma que essa interação deve se firmar, ou melhor, se existe uma responsabilidade da empresa por obediência de preceitos que a mesma deve seguir. Em novas responsabilidades assumidas pelo ente jurídico, deve-se imaginar as dimensões de responsabilidade vinculadas à autorregulação e ao modo que o Direito penal econômico deve lidar com tal realidade.

Se a adoção dos programas de *compliance* traz o alento de trabalharmos a prevenção desses problemas, a baixa entrada desses valores no mundo real corporativo acaba trazendo um outro problema com o qual executivos não lidavam no passado: os vestígios que ali ficavam. Isso, em especial, se deve ao fato de que, no mundo das corporações, em que grandes decisões são efetivadas em silêncio e sem chamar a atenção do grande público (porque não documentadas e oriundas da própria mecânica dessas

¹² “Enfim, independente das muitas polêmicas pelo confronto da legislação brasileira com a tendência mundial da adoção de programas de integridade, apresenta-se evidente que mesmo se argumentando pela inexistência da obrigação legal de se estruturar uma verdadeira autorregulação, paralela ao controle estatal, a aplicação de medidas possíveis, necessárias e razoáveis, aptas a diminuir a possibilidade de danos aos olhos das autoridades públicas, certamente constitui uma circunstância fática que poderá ter influência decisiva na mitigação da responsabilidade criminal”. (SÁ, 2016, p. 228).

¹³ “A argumentação de que o direito penal econômico não concebia o delito econômico estruturado com base na noção de bem jurídico foi outra barreira levantada contra o direito penal econômico. Esse argumento só teria sentido dentro de um ordenamento jurídico-penal liberal, uma vez que o Estado Liberal de Direito devia proteger e garantir o exercício dos direitos naturais de seus cidadãos e aqueles decorrentes do contrato social, os conhecidos bens jurídico-penais individuais. No entanto, o bem jurídico que norteia as construções do direito penal econômico é o bem jurídico-penal supraindividual, concebido a partir do movimento intervencionista estatal do pós-Primeira Guerra Mundial. A noção de bem jurídico-penal supraindividual foi ponto fundamental na estruturação de um direito penal inserido tanto no estado social de direito quanto no estado democrático de direito”. (ZINI, 2012, p. 150.)

negociações), são, agora, questionadas e investigadas e podem gerar indícios de que determinados executivos de uma corporação sabiam, de antemão, a ocorrência ou não de um problema, que posteriormente se converteu em uma tragédia: Mariana e Brumadinho, em Minas Gerais, são exemplos disso.

E as incertezas¹⁴, presentes, ainda, no meio jurídico penal, acabam por trazer mais insegurança aos que atuam no meio corporativo. Pressionados pelas metas a que são submetidos, ficam perplexos sobre como devem agir, isso quando não executam certa conduta que hoje é legal, mas que, no futuro, pode ser interpretado como crime corporativo, a partir, por exemplo, da modificação do entendimento dos Tribunais Superiores, mormente diante da mudança de sua composição.

A dogmática penal moderna abomina qualquer forma de responsabilização objetiva criminal de pessoa. Há limites incontornáveis para a persecução penal e o seu desrespeito fulmina, por si só, qualquer ação do Estado que busque imputar uma condenação sem que esses limites¹⁵ democráticos sejam observados.

Adverte Luciano Feldens (2021, p. 101-102) que a teoria da norma penal não foi projetada para fazer frente a essas novas formas de intervenção, que são objeto do direito penal econômico. Ele aponta, em especial, problemas envolvendo a tipicidade, ilicitude, culpabilidade, materialidade, sanção penal no delito econômico e a delimitação da autoria nos delitos societários.

Punir presidentes, diretores e altos executivos e gerentes das corporações por condutas criminais, onde os mesmos estão apenas vinculados ao resultado por ocuparem objetivamente cargos de direção, é algo impossível e proibido em um estado democrático de direito.

¹⁴ “Há uma arbitrariedade e imprevisibilidade para a construção e processamento dos casos de ‘crime corporativo’. A diferença entre um caso criminal contra um agente ofensor e acusações contra uma entidade será mais ou menos simples a depender da agência ou departamento que pega o caso em pauta antes. Achar desvios corporativos usualmente se desdobra na responsabilidade do administrador sênior frente aos resultados das investigações internas; as reações dos investigadores, reguladores e promotores em uma série de agências federais frente à seriedade da ofensa; a extensão da cooperação corporativa entre os reguladores e promotores; a expressão de remorso formal e informal da empresa; a localização na hierarquia corporativa do agente ou agentes responsáveis; a proeminência e visibilidade da empresa na comunidade; e a efetiva falta da corporação, p. ex. a falha organizacional de ter em funcionamento políticas e procedimentos de prevenir atos antiéticos e ilegais de acontecerem” (LAUFER, 2016, p. 19).

¹⁵ “Se por um lado é certo que o direito penal tem sido expandido sob a justificativa de dar respostas à complexidade e aos perigos da sociedade atual, por outro lado deve-se notar que os critérios de imputação jurídico penal não acompanham necessariamente esse desenvolvimento. Vale dizer, com a paulatina ampliação do âmbito de intervenção penal, mediante a criação de novas figuras delitivas que cada vez mais se afastam do que historicamente constituiu o núcleo do Direito Penal, surgiu uma inevitável tensão em face de alguns institutos tradicionais da teoria do delito”. (SILVA, 2018, s. p).

Para tanto, há que se aplicar as normas penais (inclusive, as de direito penal econômico) com todas as limitações ao poder de punir¹⁶, da mesma forma como nos demais crimes ordinários. Não se pode, em uma busca a qualquer custo de responsabilização por crimes corporativos, ignorar conquistas democráticas muito sedimentadas.

Outro campo capaz de provocar profundas dificuldades dentro de uma nova realidade inserida nos programas de integridade, é o que diz respeito à aplicação do erro no direito penal, haja vista que, em muitos casos, as decisões corporativas são realizadas por um colegiado, e não individualmente, por um presidente ou diretor.¹⁷

Mas não é só, pois outro desafio é o que envolve a responsabilidade dos *compliance officers*¹⁸ na estrutura corporativa. Isso porque, em muitos casos, eles possuem, concretamente, poucos poderes decisórios sobre determinadas ações da direção da empresa.

Na prática, em alguns casos, eles, de fato, não possuem poder ou autonomia quase nenhuma. Isso pode levar, erroneamente, a uma situação de se responsabilizar o *compliance officer* juntamente com a direção da empresa, correspondendo, isso, a uma verdadeira responsabilidade objetiva, o que não é permitido no âmbito penal.

Nesse sentido, a advertência de Luz (2018, p. 241):

¹⁶ “Também deve ser desautorizado qualquer esforço no sentido de enaltecer o caráter aflitivo da pena com o propósito de incrementar a prevenção geral. Há outro princípio que não pode ser desobedecido e que se encontra, muitas vezes, em posição inconciliável com esta função da pena. Trata-se do cânone da proporcionalidade, por meio do qual a gravidade da sanção deve corresponder à gravidade do fato, ainda que para isto tenha que se sacrificar uma parte dos efeitos — o que é legítimo buscar-se — da prevenção geral, para salvaguardar também direitos — agora, entretanto — individuais. A prevenção geral, seja positiva (aquela que busca a estabilização do Direito), seja negativa (na qual se procura afastar o agente do propósito criminoso, intimidando-o), muitas vezes só pode ser alcançada por meio de previsão elevada de pena. Tais questões, todavia, repete-se, não podem determinar a intensidade punitiva. O processo de cominação abstrata da pena há de ser guiado por uma reflexão filosófico-jurídica a ser elaborada no marco programático da Constituição, sem levar em conta as reações ocasionais e emotivas que determinados crimes provocam na sociedade. Só assim, o Direito Penal adquirirá um caráter garantidor. À sociedade, neste processo, cabe a tarefa de indicar as condutas que reprova, não determinando o âmbito de criminalização, porém”. (BIANCHINI, 1999, s.p).

¹⁷ “Um campo particularmente fértil para se estabelecer pontes entre o direito penal econômico e as teorias criminológicas da aprendizagem é o tratamento do erro de proibição, podendo-se desenvolver critérios de julgamento ou soluções teóricas criativas para a análise de casos de erro em contextos empresariais de decisões coletivas”. (FERRAZ, 2015, p. 15).

¹⁸ “[...] os Compliance Officers funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo Compliance, surge um segundo problema: o caráter “quase-tautológico” do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa tem de se adequar às leis é uma trivialidade. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do Compliance, ela não pode ser buscada nesse aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia. Dado que se trata de assunto complexo e que não poderá ser esgotado, tendo em vista os limites do presente artigo, no que segue, concentraremos a análise apenas em apenas um de seus aspectos: a problemática dos deveres de Compliance”. (SAAVEDRA, 2011, s.p).

Desde logo, é importante afirmar que o simples cumprimento dos deveres de compliance, por meio da estruturação adequada do programa, não servirá, de maneira automática, para a imputação ou exclusão de responsabilidade, necessitando-se de investigação verticalizada, que concatena os elementos de um programa de compliance eficaz com os elementos da tipicidade dos crimes omissivos. Segundo aqui se entende, um programa bem estruturado, seguindo todas as recomendações fixadas em diversos documentos nacionais ou internacionais [...], poderá servir, à luz da experiência concreta, de parâmetro para permitir a exclusão dos elementos necessários para a configuração dos crimes omissivos. Já a ausência, total ou parcial, de elementos básicos de um programa de compliance eficaz, poderá, na hipótese de existência de um dever, fundamentar a responsabilização a título de omissão imprópria, sendo o ônus argumentativo e probatório exclusivo da acusação.

Além da estrutura do setor de *compliance*, devemos observar não só a questão da autonomia, como também, de fato, se a direção da empresa busca com a estrutura criada, no caso concreto, servir de uma "barreira" de proteção para os atos corporativos ilícitos da cúpula, buscando protegê-la de eventual responsabilidade penal. Assim, apenas os executores e gerentes da estrutura corporativa seriam atingidos, quando, em verdade, os atos foram definidos pela cúpula, que pode tentar utilizar, quando descoberto, o ilícito, a estrutura de *compliance* como "responsável" por atitudes ilícitas da corporação.

E, talvez, um dos pontos mais controvertidos seja o de como avaliar, com a presença de uma estrutura de *compliance*, a responsabilidade criminal dos envolvidos em crimes corporativos no tocante aos delitos de omissão.

Barrilari (2018, p. 194) adverte, quanto a isso, que o tema da imputação de responsabilidade individual tem destacada importância no contexto de um mecanismo preventivo de responsabilidade, no qual os programas de *compliance* assumem papel de relevo em relação à imputação de responsabilidade àqueles encarregados pela fiscalização, implementação e direção dos programas. Nesse passo, ainda no campo da conduta, traçadas algumas considerações sobre a autoria e a participação, a omissão demanda uma especial atenção.

Trata-se de um dos temas mais controversos no direito penal e que, sob a ótica dos crimes corporativos, talvez encontre aplicação mais difícil. Em tais casos encontra-se um ambiente probatório por vezes desafiador; há graus de hierarquia¹⁹ que podem

¹⁹ “Esse papel de facilitador da transferência *top-down* da responsabilidade penal tem consequências um tanto perversas quando o sistema jurídico em que opera a empresa tem mecanismos de incentivo à delação premiada, porquanto tende a criar a figura do *whistleblower* reverso, isto é, pessoas que ocupam cargos diretivos da companhia (sócios e administradores) tornam-se, elas mesmas, as denunciante de eventuais ilícitos, transferindo a responsabilidade penal para níveis mais baixos da hierarquia corporativa (empregados, executivos e técnicos). Note-se que isso pode, inclusive, ocorrer de forma consensual, ou seja, mediante compensação ou ajuste com aqueles que serão incriminados. Tem-se, com isso, verdadeiro incentivo à criação de bodes expiatórios”. (SARCEDO, 2016, p. 62).

dificultar, sobremaneira, a compreensão do dolo e da culpabilidade de eventuais envolvidos. Assim, o direito penal terá que se debruçar por muito mais tempo para solucionar toda uma miríade de novos e complexos problemas para a implantação segura de uma responsabilidade penal corporativa na questão do *criminal compliance*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de novos mecanismos de prevenção de atos ilícitos nas empresas, como a corrupção, resultado de orientações internacionais que o Brasil se submete, trouxe ao nosso ordenamento jurídico uma série de novos institutos, dentre eles, os programas de *compliance* ou de integridade.

Tais programas geram novos deveres jurídicos para a alta estrutura das corporações com o escopo de propiciar melhor conhecimento e prevenção de possíveis irregularidades. Isso possibilita a correção da irregularidade pela direção da corporação, atendendo as normas internacionais que tratam do tema e previne, internamente, a prática de desvios funcionais.

A simples instalação de estruturas de *compliance* nas corporações não autoriza, todavia, a responsabilização criminal do *Compliance Officer* sem que haja antes uma apuração cautelosa e adequada da estrutura do setor, o grau de autonomia, transparência da comunicação corporativa. As ações dos *Compliance Officers* devem ser avaliadas à luz do direito penal econômico.

A punição, a qualquer título do *Compliance Officer*, sem a individualização de sua conduta, corresponde a aplicação de responsabilidade penal objetiva, o que não é permitido pelo direito penal moderno.

Desafios enormes se apresentam ao direito penal econômico em face da implantação desses programas de integridade, em especial, sobre a responsabilidade do próprio *Compliance Officer*, da direção da corporação, de órgãos colegiados, dos atos omissivos e da própria responsabilidade penal da pessoa jurídica (nos casos de crimes ambientais, como permitido na legislação nacional). Não se pode permitir que meras cruzadas morais ou qualquer movimento que leve outro nome, fragilize os direitos e garantias fundamentais em face de eventuais irregularidades corporativas.

Enfim, não basta importar, temos que refletir e nos adaptar!

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos de. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo, RT, 2018.

BIANCHINI, Alice. **Direito Penal Econômico**: os fins justificam os meios? São Paulo, Boletim do IBCCRIM, v. 84, nov. 1999.

BONNACORSI, Daniela Villani. Compliance e prevenção penal. *In: Compliance e integridade*: aspectos práticos e teóricos. OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de. (Org.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CASTRO, Rafael Guedes de. **Anticorrupção e compliance criminal**: reflexões iniciais, desenvolvimento e perspectivas do grupo de estudos das Faculdades da Indústria. Disponível em: <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/conhecimentointerativo/article/view/194/175>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; LEQUES, Rossana Brum. Compliance criminal: a necessidade de mais incentivos estatais para a adoção de programas de compliance voltados ao combate à corrupção no ambiente corporativo. *In: Compliance e temas relevantes de direito e processo penal*: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HOHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos. *In: Direito penal e economia*. BOTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coords). Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FISSE, Brian; BRAITWAITE, John. **Corporations, crimes and Accountability**. Cambridge: Cambridge University, 1993.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Uma introdução à teoria da associação diferencial: origens, atualidades, críticas e repercussões no Direito penal econômico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, 1-27, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

LAUFER, William S. **Corporate bodies and guilty minds: the failure of corporate criminal liability**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

_____. Ilusões de compliance e governança. *In: Tendências em governança corporativa e compliance*. SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Orgs.). São Paulo: LiberArs, 2016.

LUZ, Ilana Martins. **Compliance & omissão imprópria**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SÁ, Ana Luiza de. Compliance criminal: reflexos de sua adoção pelo particular. *In: Tendências em governança corporativa e compliance*. SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Orgs.). São Paulo: LiberArs, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: RT, 2019.

_____. **Vitimologia Corporativa**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 226, set. 2011.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SILVA, Robson Antônio Galvão da Silva. Direito penal econômico e teoria do crime. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 308, jul. 2018.

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

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 60, p. 146-208, jul. 2012. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2012v60p147/165>>. Acesso em: 13 fev. 2022.