

1 INTRODUÇÃO

A noção conceitual de *Compliance* transcende o Direito Penal. Na verdade, transcende o Direito como um todo, perpassando pelas áreas administrativa, econômica, tributária e de gestão de pessoas. Percebe-se, atualmente, a existência até mesmo de estudos psicológicos e éticos envolvendo *Compliance*. No entanto, o tema causa impacto direto em critérios de prevenção, ligados ao Direito Penal Econômico. Normas eficazes de *Compliance* são aptas a reduzirem a criminalidade dentro das empresas. Obviamente que a clareza de tais regras, assim como um aspecto interno e externo, baseado em auditorias, será essencial para o impacto que se pretende demonstrar.

O tema é relevante, principalmente se considerarmos o contexto atual nacional e estrangeiro, com amplas discussões anticorrupção envolvendo não somente o Direito, mas a sociedade como um todo.

Correlacionar *Compliance* ao Direito Penal, como critério de prevenção criminal demonstra o quanto um sistema eficaz de regras de auto regulação é capaz de desestimular algumas práticas delituosas, principalmente aquelas ligadas à fraude e à corrupção. É o que se pretende com a presente abordagem.

O cenário mundial atual denota uma extrema preocupação, crescente nas últimas décadas, com a ética dentro das empresas. A cultura de valorização ética, por sua vez, funciona na prevenção delituosa. A esse argumento se somam ainda os sistemas internos e externos de investigação, que também dificultam e reduzem tais práticas que também são penalmente previstas e sancionadas, a exemplo dos crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e tantos outros.

Nota-se que primordialmente a preocupação das instituições financeiras com o claro estabelecimento de normas de auto regulação, talvez pela ocorrência de verdadeiros e glamorosos escândalos ocorridos desde o início do Século XXI.

Para abordar adequadamente o tema, passamos pela necessária abordagem conceitual e histórica de *compliance*, para em seguida analisarmos a figura dos *compliance officers*, de forma a se entender corretamente o Criminal *Compliance* em sua função de prevenção criminal, objetivo do presente trabalho.

Nossa opção metodológica se deu primordialmente pela pesquisa bibliográfica. Secundariamente e como argumentos de reforço, optamos pela citação de casos. Entendemos como adequada à opção, para que melhor se compreenda o instituto de forma técnica.

2 NOÇÃO CONCEITUAL

O termo *Compliance* deriva do verbo “*to comply*”, de origem anglo-saxã. Ou seja, o significado, primeiramente literal, é de cumprir. Logo, *Compliance* significa a capacidade de se agir conforme um conjunto de regras previamente estabelecidas, a caracterizarem uma ordem a ser cumprida. No entanto, essa ordem não se restringe às leis em sentido estrito, mas sim a um conjunto baseado em valores éticos, de condutas que devem ser seguidas dentro de um sistema empresarial. “Naturalmente a função de *compliance* assume uma posição estratégica no neoliberalismo, pois está intrinsecamente ligada à boa prática negocial, isto é, integra o que se pode denominar de ética comercial” (GLOECKNER, 2013)

De acordo com Martín:

El término cumplimiento es uno de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás. Por sí solo no disse apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidade, entendendo también por legalidade el cumplimiento de obligaciones civiles y directrices internas de la empresa. Esta simplicidade se convierte, sin embargo, em algo extraordinariamente rico y complejo cuando se contempla como actúa el cumplimiento normativo más allá del ordenamento jurídico y como se conforman los programas de cumplimiento de las empresas. (MARTÍN, 2013, p. 23)

No mesmo sentido, Bock:

El término compliance puede ser uno de los más complejos de determinar debido al sincretismo de los derechos administrativo, de sociedades, penal, entre otros. Se puede conceptualizar de forma genérica como “la fidelidad al Derecho en lo que a mandatos y prohibiciones legales se refiere” (BOCK, 2013, p 107)

O conceito empresarial e corporativo de *Compliance* procura reduzir riscos, proteger dados empresariais e por via de consequência evitar práticas que não se coadunem com os valores empresariais, por meio de um conjunto de disciplinas que devem ser seguidas, através do cumprimento de normas regulamentares e legais. Não há como, no entanto, unificar as normas que integram tal conceito. Quando o termo é utilizado, encontramos enormes variações fundamentais, tais como: o ramo empresarial em que será utilizado (Mercado de capitais, Instituições Financeiras e tantas outras), as diversas funções a serem exercidas na empresa, as condutas consideradas como aceitas, as condutas que devem ser observadas, a atuação interna, a atuação frente a terceiros. Todos os fatores elencados impactarão diretamente na formação e observância das normas a serem seguidas. Obedecer tais normas,

mas não somente isso. Ou seja, necessário internalizá-las, acreditar nelas, significa um real agir conforme, um verdadeiro cumprimento do que é estabelecido como essencial. Logo, ser¹ *compliance* significa cumprir intencional e racionalmente o conjunto de regras estabelecidas em uma determinada organização empresarial a que se pertence.

O antônimo de *compliance* é *non-compliance*, não observar regras de conduta, não conter um código de ética, princípios e valores, não se ater à responsabilidade social da empresa, talvez demonstrando uma preocupação puramente econômica, em verdadeiro retrocesso ao desenvolvimento das atuais culturas organizacionais.

O sentido de *non-compliance* pode ser individual ou institucional. Institucionalmente poderia ser notado pela ausência de normas claras de conduta, valores, princípios e ética ou sua previsão obscura e falha. No sentido individual, demonstraria uma ausência de preocupação com o cumprimento de regras existentes. Isso denota a necessidade não somente da elaboração de um sistema de auto regulação, mas principalmente sua implementação, valorização, internalização, pelos mais variados critérios.

Gloeckner destaca a *non-compliance* como procedimento:

A fim de se avaliar a *non-compliance* como procedimento, deve-se registrar duas situações. Tem-se uma *non-compliance* inicial quando a conduta praticada, que se encontra fora do âmbito de regulação é identificada imediatamente. Desta forma, esta identificação permite o controle da agência fiscalizadora (*compliance officer*), da autoridade judiciária ou investigadora (polícia judiciária ou Ministério Público). A segunda forma seria uma “crise no procedimento de *compliance*”, bem mais séria do que a primeira. (GLOECKNER, 2013, p. 4)

As normas de auto regulação que integram o *compliance* objetivam beneficiar todos os *stakeholders*². Geralmente são normas definidas no sistema *top down*.³

A noção de *compliance* pode ser interpretadas sob duas vertentes: O cumprimento das regras externas que são impostas a uma organização como um todo e a observância de sistemas internos de controle, que são impostas para garantir o cumprimento das regras impostas externamente.

Consoante a *International Compliance Association*⁴:

¹ E não somente estar *compliance*. Aquele que apenas cumpre as regras com receio de um sistema de auditoria, poderá descumpri-la caso esse sistema não funcione adequadamente. Portanto, a enorme importância de internalização e crença nas regras como padrão comportamental. Aquele que valoriza a ética empresarial não deixará de cumpri-la quando sistemas de auditoria falharem ou forem ausentes.

² funcionários, clientes, fornecedores, comunidades, etc

³ De cima para baixo, sendo definidas internamente, em regra, pelo alto escalão executivo ou ainda externamente por consultores especializados

In the context of financial services businesses compliance operates at two levels.

Level 1 - compliance with the external rules that are imposed upon an organisation as a whole

Level 2 - compliance with internal systems of control that are imposed to achieve compliance with the externally imposed rules. (ICA, 2015, p.1)

No Brasil, a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI) diferencia auditoria interna e *compliance*:

Conforme publicado pelo “THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS” dos EUA, a Auditoria Interna é uma atividade independente, de avaliação objetiva e de consultoria, destinada a acrescentar valor e melhorar as operações de uma organização. A Auditoria Interna assiste a organização na consecução dos seus objetivos, através de uma abordagem sistemática e disciplinada, na avaliação da eficácia da gestão de risco, do controle e dos processos de governança.

Contudo, para executar seu trabalho é preciso que o profissional da Auditoria Interna esteja inteirado sobre as atividades desenvolvidas pelo “*Compliance*”, com o estabelecimento de um trabalho em parceria, coordenado onde, quando de suas visitas, a Auditoria possa munir-se das informações relevantes, principalmente sobre o resultado da identificação e avaliação dos controles e riscos.

As atividades desenvolvidas por estas áreas não são idênticas mas sim complementares pois enquanto a Auditoria Interna efetua seus trabalhos de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens, a fim de certificar o cumprimento das normas e processos instituídos pela Alta Administração, o *Compliance* executa suas atividades de forma rotineira e permanente, sendo responsável por monitorar e assegurar de maneira corporativa e tempestiva que as diversas unidades da Instituição estejam respeitando as regras aplicáveis a cada negócio, por meio do cumprimento das normas, dos processos internos, da prevenção e do controle de riscos envolvidos em cada atividade. *Compliance* é um braço dos Órgãos Reguladores junto a Administração, no que se refere à segurança, respeito à normas e controles, na busca da conformidade. (ABBI, 2009, p. 3)

Consoante Martín:

Um afluente no menos importante del rio del compliance es la auditoria interna, cuya función original radicaba em detectar el fraude interno, cometido por empleados y directivos contra la empresa. Los sistemas de cumplimiento son solo um conjunto de buenas intenciones, si no van acompanhados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento. (MARTIN, 2013, p. 25)

Segundo Benedetti (2014, p. 143), *compliance* abarca um duplo campo de atuação: subjetiva e objetiva. O primeiro, de índole facultativa, a ser adotada ou não pelas organizações

⁴ Este texto foi retirado da URL <http://www.int-comp.org/faqs-compliance-regulatory-environment>

empresariais, abrange os regulamentos internos, com o objetivo de reduzir riscos e práticas delituosas. Já o segundo é uma imposição legal⁵.

É possível perceber o impacto que os sistemas de auto regulação empresarial podem causar na responsabilidade social das empresas, já que há uma ligação direta com questões éticas e valorativas. As normas de *compliance* geralmente integram Códigos de conduta, envolvendo ética, princípios e valores de uma Instituição.

Até mesmo com a análise dos dez princípios do Pacto Global das Nações Unidas, é possível perceber o quanto o correto cumprimento das normas de auto regulação pode ser responsável pela observância de alguns deles. “O Pacto Global pede às empresas para aceitar, apoiar e aplicar, dentro da sua esfera de influência, um conjunto de valores fundamentais nas áreas de direitos humanos, padrões trabalhistas, meio ambiente e combate à corrupção” (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2014).

O décimo princípio estabelece que “As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.”

Importante destacar que “No cerne das iniciativas de *compliance* está a preocupação com a quebra da confiança no relacionamento econômico e social entre as organizações, os funcionários e os *stakeholders*.” (SANTOS, 2009).

Ligado ao conceito de *compliance* encontra-se o conceito de Risco de *Compliance*, definido como “o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares, códigos de conduta etc.” (Federação Brasileira de Bancos, 2009, p. 11).

Atualmente, segundo o Comitê de *Compliance* da ABBI, o termo:

Vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa “cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto”, ou seja, *compliance* é estar em conformidade, é o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição. (FEBRABAN, 2009, p.11)

É usual, por algumas empresas, a divulgação pública de suas condutas de *compliance*. Desta forma, muitas disponibilizam em seus sites seus modelos de conduta empresarial.⁶

⁵ Trata-se de previsão contida na lei de lavagem de dinheiro, alterada pela Lei 12683/2012. A nova redação dos artigos 9º, 10 e 11 demonstram uma mais rigorosa implementação de controle, a evitar a prática de branqueamento de capitais. Muito embora a lei tenha estabelecido deveres direcionados a reduzir riscos e prevenir delitos, não se utilizou a nomenclatura *compliance*.

3 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

A globalização é responsável por um impacto direto no Direito Penal Econômico, fazendo com que cada vez mais, as organizações empresariais se preocupem com o mundo dos negócios, desenvolvendo técnicas modernas que possam minimizar os riscos de sua atividade, não somente sob o viés econômico, mas considerando a responsabilidade social e jurídica empresarial.

Muito embora as práticas anticorrupção tenham surgido por volta de década de setenta (CAMARGO, 2013), no que concerne à origem de *compliance* nas instituições financeiras, aponta-se 1913, ano em que foi criado o Banco Central Americano (SANTOS, 2009).

Consoante Coimbra:

A função de *compliance* recebeu o impulso inicial nas instituições financeiras, para as quais se converteu em requisito regulatório (...) expandindo-se, mais recentemente, para os mais diversos setores; e isto porque o *compliance* é uma questão estratégica, que se aplica a todos os tipos de organizações. (COIMBRA, 2010, p. 1)

No entanto, nem sempre houve grande preocupação institucional com ser e estar *compliance*. Apenas quando a corrupção e outras condutas antiéticas e fraudulentas começaram a ser vistas como impeditivas de um desenvolvimento estatal é que as sociedades internacionais começaram a se preocupar de forma mais efetiva com o estabelecimento de certas regras. Atualmente, “os economistas têm enfatizado o papel da corrupção como um gargalo ao desenvolvimento” (PAGOTTO, 2013).

⁶ No site da Pfizer http://www.pfizer.com/files/investors/corporate/bluebook_portuguese_brazil.pdf, acessado em 28/01/2014 às 10:30, é divulgado seu blue book (Resumo das políticas da Pfizer sobre conduta empresarial), ressaltando a responsabilidade de reconhecer os problemas legais e éticos mais importantes na afetação do negócio. No resumo, encontra-se condutas tais como combater comportamentos corrosivos, egoístas e maldosos como responsabilidade de todos. Um dos compromissos é de agir sempre com integridade. É fácil notar que o resumo não apenas se direciona internamente, mas também aos envolvidos com o negócio, como os próprios fornecedores. “A Pfizer também exige que seus fornecedores, funcionários temporários/prestadores de serviços respeitem padrões elevados. Geralmente, a informação pública também ressalta as consequências da não conformidade com os padrões, podendo incluir multas, processos ou prisão. No site da Ativa Investimentos <https://www.ativainvestimentos.com.br/Content/files/Codigo-de-Conduta-e-Atuacao.pdf>, acessado em 28/01/2015, às 10:55, a publicidade abrange ainda, além do código de conduta e ética, o código de conduta empresarial, as regras de parâmetro e atuação, além de links que conduzem a todas as regras normativas que envolvem, direta ou indiretamente a Instituição.

Consoante NEGRÃO⁷ (2014), o surgimento de *compliance* se dá pela necessidade do mercado de instituir formas de controle interno, para estar em conformidade com algumas regras gerais comuns, representando uma necessidade da globalização no combate às fraudes dentro das organizações, abrangendo ainda a prevenção de delitos específicos, como lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo.

No Brasil, em 1998, ano que inicia a era dos controles internos (NEGRÃO, 2014), foi sancionada a Lei 9613/98, conhecida como lei de lavagem de dinheiro, alterada em 2012 pela Lei 12683, que visou a maior eficiência de controle, rechaçando ainda mais a prática de lavagem⁸. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁹, órgão criado no âmbito do Ministério da Justiça, foi instituído pela Lei 9613/98, atuando na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Além do COAF, outros órgãos se direcionam ao controle e fiscalização de mercados específicos, como a Superintendência de seguros privados (SUSEP)¹⁰, Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹¹ e Banco Central (BACEN)¹². Tais órgãos atuam com ingerência na experiência regulatória nacional. (BIANCHI, 2011).

⁷ Ao fazer a digressão temporal, é destacada a década de 1950 como a “Era de *Compliance*”. Foi em 1950 que “*a prudential securities*, nos Estados Unidos, contratou advogados com o intuito de acompanhar a legislação e monitorar atividades de valores mobiliários.”, muito embora tenha sido apenas na década de 60 que a *Securities Exchange Commission* (SEC) passou a cobrar a contratação de *compliance officers*, a fim de que fossem elaborados regulamentos internos, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento dos procedimentos fixados. Na década de 80 surge o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), organização sem fins lucrativos que se dedica à melhoria dos relatórios financeiros. Em 1998 teve início a era dos controles internos, quando foram publicados pelo Comitê da Basileia os treze princípios respeito da supervisão pelos administradores dos controles internos.

⁸ O artigo 9º da lei de lavagem elenca aqueles que se sujeitam às obrigações descritas nos artigos 10 e 11. Com a alteração promovida pela Lei 12683/2012, foram incluídas as juntas comerciais e os registros públicos, as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; financeiras, societárias ou imobiliárias; e alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais, assim como essas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares, as empresas de transporte e guarda de valores; as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; e as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

⁹ As competências do COAF são elencadas nos artigos 14 e 15 da Lei 9613/98.

¹⁰ Autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pelo controle e fiscalização do mercado de seguros privados.

¹¹ Autarquia, em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pela Lei 6385/76. Dentre seus objetivos, encontra-se o de assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e balcão.

¹² De acordo com o artigo 1º do seu regimento, “O Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, com sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional.”, possuindo por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional.

Apenas em 2002 houve alteração do Código Penal (Decreto Lei 2848/1940), para incluir os tipos penais de corrupção passiva e ativa em transação comercial internacional¹³. Tal alteração derivou da ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto 4410/2002¹⁴. No entanto, o grande marco de preocupação internacional foi a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto 5687/2006¹⁵. A partir daí, passou a existir uma nítida preocupação mundial com o tema. Antes disso, os Estados funcionavam de forma autônoma, sem preocupação com cenários estrangeiros.

No combate à corrupção começaram a ser adotadas práticas voltadas à transparência. Em 2004, a Controladoria Geral da União criou o Portal¹⁶ da Transparência do Governo Federal, onde se consegue saber onde são utilizados os recursos públicos.

Consoante PAGOTTO:

Até recentemente, os Estados não precisavam se preocupar com o que os outros Estados faziam dentro de seus territórios - somente em raras ocasiões, havia um elemento extraterritorial envolvido. No entanto, o advento da globalização e da interdependência econômica integrou os países como nunca e forçou os diferentes Estados a observar os problemas de seus pares, tanto quanto seus próprios. Em realidade, passou-se a prestar mais atenção ao fato de que certas políticas públicas adotadas por um Estado podem impactar diretamente sobre as de outro. Essa visão se torna mais impressionante quando o tema é a corrupção. Fazer vistas grossas ao que se passa fora de suas fronteiras, atitude imbuída do mais puro espírito hobbesiano, não é mais possível. Exige-se uma postura proativa face à corrupção ocorrida no exterior e seus impactos sobre o território nacional. Afinal, a inação pode trazer efeitos deletérios àqueles Estados que forem passivos.” (PAGOTTO, 2013, p. 21-22)

Recentemente, no Brasil, foi aprovada a Lei 12846/2013, denominada Lei anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Seu período de *vacatio legis* foi de cento e oitenta dias, tendo entrado em vigor no dia 29 de janeiro de 2014.

¹³ Os artigos 317 e 333 já traziam a previsão dos crimes de corrupção passiva e ativa, respectivamente. No entanto, apenas envolviam a Administração Pública nacional. A Lei 10467/02 incluiu os crimes contra a Administração Pública Estrangeira, tendo ainda alterado, à época, a antiga redação da Lei 9613/98 (Lei de lavagem de dinheiro), fazendo incluir em seu artigo 1º os crimes contra a Administração Pública Estrangeira como antecedentes da lavagem de dinheiro. Posteriormente, a Lei 9613/98 foi alterada pela Lei 12683/12, que suprimiu o rol do artigo 1º, tornando possível que qualquer infração penal seja apta a caracterizar antecedente possível para o crime de lavagem de dinheiro. A própria lei de lavagem também foi fruto dos compromissos internacionais realizados pelo Brasil com o intuito de rechaçar a corrupção e outras condutas anti éticas. Neste mesmo conjunto normativo derivado de compromissos internacionais, podemos indicar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar (LC) 101/2000), a Lei da Ficha Limpa (LC 101/2000), a Lei de transparência Pública (Lei 12527/2011), a nova lei antitruste (Lei 12529/2011) e a nova lei do crime organizado (Lei 12850/2013). (CAMARGO, 2013).

¹⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm

¹⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

¹⁶ Disponível em <<http://portal.datransparencia.gov.br>>, acesso em 28 fev. 2014, às 16:58

A lei segue padrões internacionais rígidos dos Estados Unidos da Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e do Reino Unido (UK Bribery Act)

Consoante Camargo:

Este, que é um mecanismo legal aparentemente inovador no cenário tupiniquim, virtualmente se dispõe a coibir a prática de corrupção dentro seio empresarial e conseqüentemente a ocorrência de atos lesivos principalmente aos cofres públicos, assim como cria meios para garantir o ressarcimento dos eventuais prejuízos por esses mesmos atos, causados por representantes de empresas que não venham a seguir padrões minimamente éticos no curso de suas atividades. (CAMARGO, 2013, p.2)

4 CRIMINAL COMPLIANCE

A inserção de eficazes modelos de auto regulação é responsável pela produção de efeitos diretos no Direito Penal Econômico, como critério de responsabilidade individual e empresarial. A ética empresarial está diretamente ligada ainda à responsabilidade social.

De certa forma, é possível afirmar a impossibilidade de se abordar temas fundamentais de Direito Penal Econômico sem que se faça referência à *compliance*, até porque, como visto anteriormente, o termo compreende um sistema normativo interno com objetivo bastante amplo, dentre o qual se inclui o de evitar e/ou reduzir os riscos penais. Atualmente, termos como códigos de condutas, de valores, Código de ética e de conduta e alguns outros, descrevem novos conceitos empresariais, representando um amplo espectro de objetivos e valores. (CORIA, 2014).

No código ético de uma organização geralmente se percebe o compromisso na luta contra a corrupção, a lavagem de dinheiro, o abuso do poder econômico interna e externamente e tantos outros delitos que integram o objeto de estudo do Direito Penal Econômico.

A noção de *Criminal Compliance* envolve o caráter de prevenção da responsabilidade penal. Neste cenário, é possível afirmar uma especialização e limitação quanto ao conceito amplo de *compliance*, pois este se estende a cenários jurídicos e extrajurídicos, ao contrário do primeiro, que se restringiria ao âmbito Penal Econômico.

4.1 A RESPONSABILIDADE PENAL DOS *COMPLIANCE OFFICERS*

A crescente preocupação mundial com as normas de auto regulação possibilitaram até mesmo o surgimento de uma nova carreira, qual seja, a dos *compliance officers*, com o objetivo de identificar e investigar potenciais criminosos dentro do cenário das empresas. (SAAVEDRA, 2011).

Segundo Benedetti:

Para efeito de gerenciamento do *Compliance*, são criados os chamados *Compliance Officers*, compostos por profissionais dotados de expertise técnica e de gestão para avaliar os riscos e criar controles internos na empresa com objetivo de prevenir ou minimizar os riscos de responsabilidade legal. (BENEDETTI, 2014, p. 81)

Uma questão discutida por todos que abordam o tema é acerca da eventual possibilidade de responsabilidade penal dos *compliance officers* ou *chiefs legal officers*. É indiscutível que um assessoramento inadequado por parte destes profissionais pode expor os dirigentes e colaboradores das organizações a riscos que poderiam ter sido evitados¹⁷. No entanto, as condutas, por partes destes profissionais, que acabam por gerar riscos, podem assumir as mais diversas modalidades, o que impacta diretamente na possibilidade de responsabilização penal. Há de se perquirir o aspecto subjetivo e objetivo da conduta praticada.

Eventualmente, seria possível responsabilizar penalmente o *compliance officer*. Consoante Silva Sanchez:

La infracción de los deberes que le incumben no genera necesariamente responsabilidad penal para el compliance officer por um determinado hecho delictivo. Es necesario, en primer lugar, que un miembro de la empresa cometa um delito doloso; y que, con respecto a esse hecho principal doloso, el compliance officer haya obrado dolosamente. La excepción es, de nuevo, el caso de el delito em cuestión admita la intevención imprudente. En todo caso, sin embargo, la omission imprudente de vigilancia por parte del compliance officer podría generar una responsabilidad penal, conforme a Derecho español, para a la persona jurídica. Para ello es necesario que el delito cometido por parte del sujeto insuficientemente vigilado sea uno de los que pueden generar tal responsabilidad penal de la persona jurídica, según la expresa previsión del legislador. (SANCHES, 2013, p. 200)

¹⁷ Os profissionais do direito que exercem a função de *compliance officers*, consoante destaca Benedetti, estão sujeitos ao Estatuto da advocacia, que em seu artigo 32, estabelece que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

No entanto, quanto à responsabilidade penal dos *compliance officers*, há de se ter um cuidado todo especial, a fim de não se permitir uma responsabilidade penal objetiva. Desta forma, não será possível imputar penalmente ao *compliance officers*, em caso de ausência de dolo ou culpa, o crime praticado por terceiro e por ele não percebido.

Segundo Bianchi:

Sobre esse último ponto, qual seja, a indicação do responsável pelo cumprimento dos regramentos dispostos pelos órgãos reguladores, é necessário refletir sobre a possibilidade de responsabilização penal do diretor em caso de conduta caracterizada pelo não agir do agente, quando seu dever é o de evitar a ocorrência de um resultado lesivo. Tal figura, para o direito penal denominada de garantidor, vem prevista no artigo 13, § 2º, que estabelece: o "dever jurídico incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado; de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado. (BIANCHI, 2011, p. 1)

Consoante Cabete e Nahur:

A partir do momento em que se indica, dentro da própria organização empresarial, de forma clara, quem é o responsável pela fiscalização da conduta tributária ou ambiental, por exemplo, já não restam muitas dúvidas quanto às pessoas físicas que devem responder por eventuais atividades ilícitas perpetradas sob seu crivo. (CABETE E NAHUR, 2013, p. 19)

No entanto, o tema perpassa necessariamente pelas normas gerais de Direito Penal, a vedar uma hipótese de responsabilidade penal objetiva. É possível que se indique um potencial culpado profissional, a sempre ser imputado em caso de conduta geradora de riscos e danos tutelados pelo Direito Penal? Nos parece que não, sob pena de chancelar eventuais fraudes que, visando a proteção da pessoa jurídica ou até mesmo de altos executivos, indicam em documentos “inquestionáveis” aquele que é responsável se a conduta for praticada dentro da Organização.

Pensamos que o melhor caminho, principalmente quando nos referimos ao trabalho do advogado, seja o apontado por Benedetti:

O trabalho preventivo de *Compliance* tem o mesmo peso de responsabilidade de qualquer trabalho elaborado pelo advogado; nem mais, nem menos.

O importante é que, o conhecimento técnico-jurídico e sua expertise, possam garantir ao cliente a realização de um bom trabalho de *Criminal Compliance* que, na hipótese de uma eventual incidência em crime, possa o trabalho, realizado resolver da melhor maneira possível o problema. (BENEDETTI, 2014, p.97).

Nos parece que a figura do *compliance officer* desafia, portanto, alguns questionamentos:

- a) A tomada de decisão ilegal ocasiona a responsabilidade penal da pessoa jurídica?
- b) A mera existência formal deste profissional, indicada em documento de aparente legalidade, ocasiona a sua responsabilidade jurídica?
- c) São penalmente responsáveis os diretores da pessoa jurídica?
- d) A omissão na tomada de decisões ocasiona a responsabilidade penal do omissente?

Perpassaremos, a seguir, por cada uma das questões acima propostas.

a) A imputação penal da pessoa jurídica não possui fundamento inicial no Direito Penal, mas sim na teoria da realidade objetiva ou teoria organicista, desenvolvida no Século XIX, na Alemanha, pelo civilista e historiador Otto Von Gierke, já na sua primeira obra *Deutsche Genossenschaft* (1868), que sustentou que as pessoas jurídicas são dotadas de vontade própria, independente da de seus membros ou representantes. (RIQUELME, 2009).

Vejamos a indicação feita por Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas:

O primeiro precedente conhecido é da Suprema norte-americana, que concluiu ser possível responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica. Trata-se do caso *New York Central & Hudson River Central* foi que, se a lei diz que uma pessoa pode cometer crime, sem distinguir se é física ou jurídica, é porque ambas podem ser processadas. O raciocínio simples e direto surpreende a nós outros, habituados a acaloradas discussões acadêmicas, muitas vezes sem qualquer sentido prático. (FREITAS e FREITAS, 2001, p. 64)

No referido julgado, onde era atacada uma decisão estadual pela possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, havia sido atacada a referida decisão, sob o argumento de inconstitucionalidade do *Elkins act. 32*, que mencionava a prática de delitos pelas corporações e a resposta através de sanções penais. Na decisão, foi abordado primeiramente que, em ações de responsabilidade civil, uma empresa pode ser responsabilizada por perdas e danos pelos atos de seu agente no âmbito de sua função, mesmo se feito arbitrariamente, mera culpa ou contra as ordens expressas.

Foi decidido que enquanto as empresas não podem cometer alguns crimes, podem cometer os que consistem em propositalmente fazer algo proibido por lei, o que ocorreu no caso.

Desta forma, a Suprema Corte entendeu que o Congresso tem o poder de regular o comércio interestadual, de assegurar direitos iguais a todos os envolvidos nele, e que a Lei de 19 de fevereiro de 1903, conhecida como Lei Elkins, não seria inconstitucional por atribuir à corporação responsabilidade penal por violar ato de Comércio Interestadual, por conduta praticada por seu agente.

O Tribunal reconheceu que a maior parte do comércio interestadual é conduzida pelas corporações, e que não poderia dispensá-los de punição pelo fato de haver doutrina no sentido de que essas corporações não poderiam cometer crimes.

Abordou ainda que a Lei Elkins quando se direcionava à responsabilidade penal da pessoa jurídica, não estaria ofendendo o princípio da presunção de inocência utilizado para a pessoa física, o que não eivaria a referida lei de inconstitucionalidade, fundamentando que toda lei deve ser interpretada de forma a manter sua constitucionalidade.

Desta forma, a decisão foi no sentido da constitucionalidade da lei, para que se possa incluir tanto o agente que praticou a conduta, quanto a corporação em uma acusação penal¹⁸. Ressalte-se que o precedente foi em termos da Suprema Corte Norte-Americana, pois Tribunais Estaduais já haviam proferido decisões neste sentido. Portanto, data de mais de um século, no direito comparado, a possibilidade de se responsabilizar a pessoa jurídica na seara penal.

A Constituição Federal de 1988¹⁹ trouxe pela primeira vez, no Brasil, a previsão da possibilidade de se responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Antes de 1988 somente a pessoa física poderia responder por qualquer espécie de crime. Ou seja, vigorava entre nós o princípio *societas delinquere non potest*.

¹⁸ O julgado “*New York Central & Hudson River Railroad Company vs. United States*”, é de livre tradução da autora, mas pode ser encontrado em sua origem no site <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/212/212.US.481.57.html>

¹⁹ A Constituição Federal de 1988 assim estabelece:

"Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em Lei.

...

Par. 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

"Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

...

Par. 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se relativamente os crimes contra o meio ambiente, o disposto no artigo 202, parágrafo 5º."

Nossa legislação não trazia qualquer previsão expressa da ausência de responsabilidade, tampouco adotava a fórmula do “atuar em lugar de outrem”, atendo-se fielmente à teoria finalista e seus preceitos.

No entanto, apenas quanto aos crimes ambientais a lei trouxe previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental²⁰.

Desta forma, apenas se pode afirmar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no Brasil, em se tratando de crime previsto na Lei 9605/98, desde que presentes os requisitos definidos em seu artigo 3º.²¹

b) Como ordenamento fiel ao princípio da culpabilidade, segundo o qual não se pode admitir a responsabilidade penal sem dolo ou culpa, não se pode admitir, no Brasil, a responsabilidade penal por mera previsão documental. Ou seja, o documento indicativo da responsabilidade frente à organização, por prevenção de riscos, por si só, não é apto a gerar a responsabilidade penal. A de se averiguar, casuisticamente, se presente conduta que colaborou, comissiva ou omissivamente para a criação ou implemento do risco ou dano gerados.

c) Tal indagação perpassa pelos mesmos argumentos vistos acima. A mera figura de alto executivo, sócio, gerente ou diretor não caracteriza, por si só, a responsabilidade penal.

²⁰ Tal previsão se encontra na Lei 9605/98:

Artigo 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único - A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Artigo 21: As penas aplicadas isolada, cumulativamente ou alternativamente para as pessoas jurídicas, de acordo com o dispositivo do artigo 3º são:

I – multa

II – restritivas de direitos

III – prestação de serviços à comunidade

Artigo 22: As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I. - suspensão parcial ou total das atividades;

II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídio, subvenções ou doações.

²¹ Durante muitos anos, a jurisprudência brasileira, no âmbito dos Tribunais Superiores, exigiu a aplicação do princípio da dupla imputação, somente permitindo a imputação da pessoa jurídica nos casos em que também fosse identificada e imputada a pessoa física responsável pela prática da conduta. No entanto, em 2013, o STF “por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime. A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná.”, informação disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244969>>, referente ao RE 548181. Acesso em 25 jan. 2015.

Bacigalupo (2011) alerta para o fato de que uma das consequências da crise econômica é um aumento na regulação penal da responsabilidade da empresa e dos seus diretores, o que pode ser percebido na Espanha em uma das reformas do Código Penal²².

O ideal é que o aumento do risco de uma crise econômica acarrete um aumento regulatório interno por parte das organizações, a fim de se evitar a expansão do Direito Penal Econômico e a consequente e crescente responsabilidade penal.

Caso seja comprovada a conduta praticada pelo sócio, gerente ou diretor, primordialmente considerado o seu elemento subjetivo, seria possível a responsabilização. Muitas vezes, nos crimes societários, não se torna possível, desde logo, identificar e individualizar as condutas praticadas por diversos integrantes. Neste caso, há de se diferenciar a denúncia de todo genérica da denúncia parcialmente genérica. Nos chamados crimes societários, nossos Tribunais Superiores têm admitido a chamada denúncia parcialmente genérica, aquela em que não se exige que o Ministério Público individualize de forma minuciosa a conduta de cada envolvido, desde que deixe clara a sua participação para o fato delituoso. Não é admitida, no entanto, a denúncia de todo genérica, devendo esta ser declarada inepta, pois equivaleria a possibilitar a denúncia pelo simples fato de o agente figurar como sócio ou alto executivo dentro de uma organização empresarial²³.

d) Questão tormentosa surge acerca da possibilidade de se considerar os *compliance officers*, internos, diretores de organizações, como autores mediatos dos delitos praticados por seus subordinados. Bacigalupo (2011) descarta tal possibilidade, rechaçando a autoria mediata por omissão. No entanto, hipótese diversa se daria quando o subordinado cumpre fielmente regras estabelecidas pelos superiores, hipótese em que a jurisprudência Alemã e Espanhola admite a responsabilidade penal do superior hierárquico. Outro ponto também de relevo diz respeito às decisões tomadas por órgãos colegiados. Neste caso, como se haveria de proceder na responsabilização de seus integrantes? Todos seriam responsáveis pela decisão tomada pelo órgão ou se deveria individualizar os posicionamentos. Ao discorrer sobre o tema, sustenta a existência de um dever que vai além da mera vigilância, para abranger o

²² *Ley Organica* 5/2010. Por esta reforma, foi incluído o artigo 31 bis no Código Penal Espanhol, dispondo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

²³ Em 2011, o STJ julgou o HC 171168, no seguinte sentido: “Nos crimes societários, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta delituosa de cada acusado, bastando, para tanto, que ela seja narrada de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa. Precedentes. A leitura da denúncia demonstra ser ela peça bem elaborada e de acordo com as regras processuais pertinentes, estando devidamente acertado o comportamento do réu, obedecendo com todo o rigor o artigo 41, do Código de Processo Penal.” (STJ - HC 171168 / -Relator(a) Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ) - QUINTA TURMA 22/02/2011).

dever de tomar decisões aptas a evitarem a produção de riscos. Com isso, a omissão na tomada de decisões corretas não teria o poder de afastar a posição de garantidor. No entanto, a responsabilidade não pode ser considerada como ilimitada, dependendo da averiguação da proporção da organização. Há casos de organizações gigantescas, em que há nítida dificuldade ou até mesmo impossibilidade, em alguns casos, de se acompanhar todas as decisões tomadas diariamente que podem vir a gerar riscos para a organização e para terceiros.

4.2 A AUTO REGULAÇÃO EMPRESARIAL COMO MEIO DE PREVENÇÃO CRIMINAL

Compliance induz à ideia de que as organizações se preocupam com a elaboração de regimentos internos que preveem regras de condutas e valores a serem observados pelos colaboradores, assim como, em alguns casos, por terceiros envolvidos no negócio, tais como fornecedores e eventuais prestadores de serviços. Tais regimentos internos demonstram os valores que devem ser desenvolvidos, assim como as condutas que devem ser adotadas, com enfoque na ética empresarial.

Considerando que não há uma autonomia absoluta do Direito Penal Econômico, ele deve se adequar aos princípios básicos do Direito Penal, tais como: o princípio da legalidade da infração econômica, irretroatividade da lei maléfica, o princípio da segurança jurídica, o da proporcionalidade, o da culpabilidade, intervenção mínima, ofensividade ou lesividade, dentre outros.

Sob o enfoque, essencialmente, do princípio da intervenção mínima, o direito penal deve funcionar apenas como *ultima ratio*, o que esbarraria no expansionismo penal, derivado de fatores midiáticos e pirotécnicos, que buscam transformar o direito penal em *prima ratio*. Reforçando o argumento de intervenção mínima, o *compliance* pode funcionar como critério de prevenção. No entanto, a mera previsão formal regimental não é apta, por si só, a obedecer tal viés preventivo. Prever ética e moral não significa que valores e condutas passarão a ser observados pelos colaboradores ou por terceiros. Desta forma, torna-se necessária uma implementação eficiente de *compliance*. Somada à previsão regimental, os princípios, valores, condutas que representam um padrão a ser seguido, devem ser internalizadas nos

colaboradores. Para isso, a equipe de *compliance* precisa investir no aspecto educacional formador. Ou seja, formar adequadamente seus profissionais, insistir em formas de internalização dos valores é essencial para que as normas internas não sejam tão apenas proforma, mas sim eficientes e aptas a evitarem a prática delituosa no âmbito das empresas.

O critério de *compliance* como fator de prevenção objetivaria também evitar a responsabilidade penal dos dirigentes e da própria pessoa jurídica (no caso de crimes ambientais) pela conduta de seus prepostos.

A maior transparência no âmbito empresarial é necessária em um mundo globalizado, assim como a ética nas relações de trabalho, pois aderir a normas de condutas, dentro da empresa, evita a prática delituosa dentro e fora dela.

A responsabilidade assumida pelas organizações deve ir muito além de se manter conforme às determinações legais. É necessário o desenvolvimento de uma mentalidade e de valores coletivos, para que todos dentro da empresa e que a ela se ligam, evitem comportamentos geradores de risco.

Outro fator importante se liga a formas de fiscalização que tornem possíveis exigir dos colaboradores que se comportem conforme a exigência estabelecida nos códigos internos. Não só o sistema interno de regras, mas também um sistema interno de fiscalização se torna necessário para que se implemente o efetivo estar *compliance*, gerando direto impacto no critério de prevenção penal. Torna-se necessária, para isso, uma gestão eficiente, comprometida e bem formada. O próprio conceito de *Criminal Compliance* já induz à uma expectativa de prevenção penal, a impedir ou pelo menos dificultar a existência de fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e tantos outros delitos correlatos.

Para que o criminal *compliance* se dê de forma adequada e eficiente, as organizações precisam se preocupar com o ponto de partida, qual seja, a contratação de uma equipe habilitada e especializada em *compliance*.

O *Criminal Compliance*, como fator de prevenção penal, possui atuação *ex ante* ampla, abrangendo a análise de todas as atividades, colaboradores, funções, fornecedores, prestadores de serviços, de forma que a implementação de normas internas seja adequada a estes fatores, assim como os eventuais sistemas de fiscalização, que podem funcionar de forma mais ou menos rígida de acordo com o perfil empresarial. Algumas empresas, por exemplo, vedam acesso a sites pessoais e redes sociais no horário de trabalho, enquanto em

outras, o uso é permitido em alguns horários. Alguns preferem estimular o uso consciente, fomentando a percepção racional pelo próprio colaborador. Logicamente, o profissional habilitado tentará acomodar os valores a serem seguidos com a melhor normativa e fiscalização internas.

Segundo Benedetti:

A inserção destas medidas acaba por deflagrar, inclusive, o que chamamos de “gerenciamento coletivo”, o que quer dizer um gerenciamento, ao mesmo tempo, de todas as pessoas atuantes na empresa, umas em relação às outras, pois o sucesso no cumprimento das responsabilidades de um, em não raras vezes, dependerá da realização adequada das responsabilidades de outro.

Como resultado, há um aumento na possibilidade de sucesso da empresa, o que beneficia todos (diretores e colaboradores de maneira geral), bem como o consumidor, que representa, neste contexto, a sociedade. (BENEDETTI, 2014, p. 158/159)

Quando o *Criminal Compliance* é eficiente, é possível a identificação daqueles colaboradores passíveis de imputação penal. Muitas vezes, no entanto, a internalização das normas e os critérios de fiscalização são aptos a impedirem a efetiva prática delitiva e a consequente responsabilidade penal daqueles identificados, minimizando riscos dentro e fora da organização empresarial.

Para que a prevenção seja possível, caberá ao profissional de *compliance* conhecer amplamente a legislação. Neste caso, a penal. Muitas vezes a própria legislação penal já induz aos critérios de prevenção, como é o caso da lei de lavagem de dinheiro²⁴. Quando presente, dentro dos códigos éticos, dos regulamentos e dos demais documentos internos, regras de conduta que se adequem ao que preceitua o aspecto objetivo de *compliance* (legislação de cumprimento obrigatório), haverá indiscutível redução dos riscos e das práticas delituosas. Em alguns casos, quando os sistemas internos de reforço das regras e de fiscalização forem efetivos, é possível que se espere até mesmo a inexistência de práticas delituosas.

Não se deve pensar que o Direito Penal é um solucionador universal de conflitos, sob pena de se esperar a delinquência ocorrer, com o fim quase exclusivo de se exercer uma “vingança penal”. Tais argumentos e ideias consagram um Direito Penal de terceira velocidade²⁵, um expansionismo penal²⁶ desmensurado e ineficaz, um direito penal de

²⁴ A lei 9613/98, em seu artigo 9º elenca os deveres que devem ser observados pelas pessoas físicas e jurídicas previstas nos dois artigos seguintes. Esses deveres foram ampliados com a alteração promovida pela Lei 12683/2012.

²⁵ Siva Sanchez se utiliza desta nomenclatura para se referir ao Direito Penal do Inimigo. Consoante Luisi (2007), Jacobs foi o primeiro que se utilizou da expressão Direito Penal do Inimigo e o fez pela primeira vez em tom crítico, durante uma palestra proferida em 1985, em Frankfurt. Já em 1999 reacendeu o tema em conferência realizada em Berlim, sustentando a necessidade de um direito penal voltado ao cidadão e de um outro direito penal para o inimigo. Como características desse

emergência²⁷ e a inflação legislativa que dele decorra. A prevenção de índole extrapenal pode ser muito mais eficaz, uma vez que busca reinserir eticamente aquele que muitas vezes ainda se encontra na fase de cogitação da prática delituosa, impedindo, de forma ética e consciente que ele ingresse nas demais fases do *itercriminis*. Uma prevenção efetiva impede, muitas vezes, até mesmo os atos preparatórios.

Cabe destacar que o direito penal do inimigo suscita rígidas críticas. Segundo Luisi:

O direito penal em causa tem suscitado ásperas críticas. Cornelius Prittwitz, professor em Frankfurt, sustenta que “o dano que Jacobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotaram entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito” (LUIZI, 2007, p. 112)

Quanto ao Direito Penal de Emergência, são preciosas as lições de Sica:

Com o Direito Penal de Emergência o pan-penalismo sobrepõe-se ao minimalismo de Baratta e Ferrajoli e exsurge como orientação dominante, distante de qualquer racionalidade e da consciência da necessidade de interação (subsidiária) com outros sistemas de controle social. Eficiência e garantia tornam-se, aparentemente, finalidades antagônicas do sistema penal. (SICA, 2002, p. 82).

Criminal Compliance serviria como forma de se evitar a incidência do Direito Penal, por considerar a conscientização e internalização dos valores coletivos como fatores que passam a ser defendidos e respeitados por diversos grupos de pessoas. Não se duvida, ainda, que tais valores se explanam para fora do ambiente empresarial, impactando diretamente na vida social e até mesmo familiar daqueles que passam a entender fundamentos éticos. As medidas adotadas de forma intraempresarial teriam, muitas das vezes, o condão de despertar no indivíduo uma ética talvez nunca antes experimentada, impedindo a contaminação futura com ambientes que seriam propensos ao desenvolvimento de corrupção e outras práticas delituosas.

Não se pode permitir que normas casuísticas derivadas de um Direito Penal de Emergência²⁸. Tal atuação é meramente simbólica, “isto é, a de produzir na opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento” (FRANCO, 1997).

“direito”, percebe-se a tipificação exagerada de atos preparatórios, penas desproporcionalmente altas e garantias processuais relativizadas ou inexistentes.

²⁶ As teorias expansionistas se ligam a um direito penal máximo e rígido, com o fim de que a sociedade possa exercer o controle das novas formas de criminalidade

²⁷ Nos parece que o Direito Penal de emergência é o conceito que mais se opõe à ideia de formas de controle extrapenal.

²⁸ No Brasil, é nítida a incidência desta operacionalização do direito. Percebemos épocas em que claramente o Direito penal incide como forma de controle de condutas amplamente noticiadas na mídia. Os anos de 2011 a 2013, por exemplo, foram marcados por diversas alterações relacionadas ao Direito Penal Econômico. Como exemplos tivemos a alteração da lei de lavagem de dinheiro (Lei 12683/2012), a nova lei antitruste (Lei 12529/2011), a nova lei de organização criminosa (Lei

Pensamos que é perfeitamente admissível e até mesmo adequado que o *criminal compliance* funcione como critério de prevenção a afastar a futura e provável incidência do Direito Penal na sociedade de risco, na tutela dos bens jurídicos difusos e coletivos. Não chegamos a sustentar a exclusão do Direito Penal Econômico, o abolicionismo, mas entendemos que ele deva funcionar em um cenário secundário, quando todas as medidas administrativas e regulatórias intraempresariais adotadas não ocasionarem efeito para determinados sujeitos ativos. Na sociedade global de risco, a principal preocupação deve estar em prevenir futuros danos com critérios administrativos públicos e privados, ao contrário de fazer do direito penal uma forma de gestão de riscos, derivada da ineficácia ou inexistência de critérios administrativos intraempresariais na esfera pública e privada ineficazes.

CONCLUSÃO

A globalização causou uma indubitável expansão do Direito Penal Econômico, fruto do surgimento de uma sociedade global de risco. No entanto, existem formas de se reduzir a incidência desmensurada do Direito Penal, através de critérios de prevenção extrapenal.

Com base na análise do instituto *Compliance*, em pleno desenvolvimento e fruto da crescente preocupação das organizações empresariais, é possível percebê-lo como um dos critérios de prevenção extrapenal.

Portanto, ao nos debruçarmos sobre o *Criminal Compliance* ao longo deste trabalho, foi possível percebê-lo como necessário e adequado a evitar a criminalidade econômica, seja no âmbito do alto escalão empresarial ou até mesmo dos colaboradores, fornecedores e eventuais prestadores de serviço.

Concluimos, para isso, a essencialidade da contratação, no âmbito empresarial, de profissionais, preferencialmente advogados, com ampla formação e expertise quanto ao tema, a fim de elaborar regras de auto regulação internas eficazes a reduzir ou até mesmo evitar o surgimento de riscos e danos que possam vir a ocasionar futura responsabilidade penal individual ou coletiva.

Acreditamos ter demonstrado, desta forma, que a adoção do *Criminal Compliance* no âmbito intraempresarial se coloca em sentido diametralmente oposto ao expansionismo penal, fomentando a ética como principal fator prevencionista.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho penal**. Navarra: Aranzadi, 2011.

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

BIANCHI, Eliza. **“Criminal Compliance” sob à ótica do estudo do risco**. 2011. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/criminal-compliance-sob-%C3%B3tica-do-estudo-do-risco>. Acesso em 15 jan. 2015.

BOCK, Dennis. **Compliance y deberes de vigilancia en la empresa, en Compliance y Teoría del Derecho**, KHULEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo, ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (eds.), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 107.

CABETE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **“Criminal Compliance” e Ética Empresarial. Novos desafios do Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

CALLEGARI, André Luís; VILLAREJO, Julio Días-Maroto; STRECK, Lenio; LUISI, Luiz; MELIÁ, Manuel Cancio; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. **Compliance empresarial e investigação preliminar**. Academia Edu, 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/8038636/COMPLIANCE_EMPRESARIAL_E_INVESTIGA%C3%87%C3%83O_PRELIMINAR>. Acesso em: 22 jan. 2015.

COIMBRA, **Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações**. Rio de Janeiro: Atlas Editora, 2010.

CORIA, Dino Carlos Caro. **¿DERECHO PENAL EN LA ERA DEL “COMPLIANCE”?**. Disponível em http://www.cedpe.com/blogs/Derecho_penal_economico_y_de_la_empresa/?p=74. Acesso em 24 jan. 2015.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro. Elsevier, 2013.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Documento Consultivo – Função de Compliance – Grupo de Trabalho ABBI-FEBRABAN*. Versão 2009. Disponível em: <<http://www.febraban.com.br>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

FRANCO, Alberto Silva. **Novas tendências do direito penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.5, n.56 esp., p. 2, jul. 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a Natureza**. São Paulo: RT, 2001.

GLOECHNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal Compliance, Lavagem De Dinheiro E O Processo De Relativização Do Nemo Tenetur Se Detegere: Cultura Do Controle E Política Criminal Atuarial**. Publicação do XXII CONPEDI, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em 26 jan. 2015.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: SENAC, 2014.

MARTÍN, Adán Nieto, **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal, en Compliance y Teoría del Derecho**, KHULEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo, ORTÍZ DE URBINA, Íñigo (eds.), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.

PAGOTTO, Leopoldo. **Esforços Globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil** in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro e AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIQUELME, Sergio Fernandes. **La era del corporativismo. La representación jurídico-política del trabajo en la europa del siglo XX**. Revista de estudios hitórico jurídicos. n.31 Valparaíso 2009, versão on line em http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552009000100015&script=sci_arttext.

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. Prevenção e combate à corrupção no Brasil**. 6º. Concurso de Monografias da CGU. Brasília: ESAF, 2011. p. 161-229.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Reflexões iniciais sobre criminal compliance**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT, 2007.

SILVA-SANCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. Madrid:
Editora B de F, 2013.