

CRIMINAL COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE PENAL À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

DA SILVA, Luiz Gustavo ¹

HELENE, Paulo Henrique ²

RESUMO: O tema *Compliance* apresenta grande repercussão mundo afora, especialmente, no âmbito do Direito Penal, passando à denominação de *Criminal Compliance*, ligada diretamente ao Direito Penal Econômico, baseando-se, para tanto, em um programa versátil, aliado às políticas públicas e privadas. Trata-se da expressão de uma ideia de autorregulação gerida por pessoas jurídicas, vista por meio de empresas, buscando evitar o cometimento de ilícito, para que seja possível se encaixar nos mais variados âmbitos de uma companhia. Desse modo, para o devido funcionamento do *Compliance Program*, este se vale da figura do garante, denominado *Compliance Officer*, de forma geral, realizada por um funcionário de alto escalão dentro da corporação, responsável por analisar e realizar as denúncias necessárias para um adequado funcionamento do *Compliance Program*. Ainda assim, cabe elencar que o ponto auge das discussões acerca desse instituto, encontra-se na responsabilidade penal de pessoas jurídicas, assunto este que é grande alvo do mundo jurídico, por possuir demasiadas questões a serem entendidas, principalmente, quando relacionado ao programa de cumprimento. Logo, almeja propiciar uma verdadeira caça na busca de conquistar o Direito Penal Mundial, com o propósito de alcançar uma padronização ou concepção adequada para responsabilizar a pessoa jurídica que venha a cometer crimes.

PALAVRAS-CHAVE: *Criminal Compliance*; Responsabilidade Penal da pessoa jurídica; Direito Penal Econômico.

CRIMINAL COMPLIANCE AND CRIMINAL LIABILITY UNDER BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The *Compliance* theme has a great repercussion worldwide, especially in the scope of Criminal Law, changing its denomination to *Criminal Compliance*, directly connected to the Economic Criminal Law, being based on a versatile program, allied to public and private policies, being the expression of an idea of regulated self-regulation of legal entities, seen through companies, seeking to avoid the commission of illicit acts, so that it is possible to fit into the most varied scopes of a company. Thus, for the proper functioning of the *Compliance Program*, it relies on the figure of the guarantor, called *Compliance Officer*, in general, performed by a high-ranking employee within the corporation, who is responsible for analyzing and making the necessary reports for the proper functioning of the *Compliance Program*. Even so, it is worth mentioning that the peak point of the discussions about this institute is in the criminal liability of legal entities, a subject that is a great target of the legal world, for having too many questions to be understood, mainly when related to the *Compliance Program*. Therefore it aims to provide a real hunt in the quest to conquer the World Criminal Law, with the purpose of achieving a standardization or adequate conception to hold the legal entity responsible for committing crimes

KEYWORDS: *Criminal Compliance*; Criminal Liability of the Legal Entity; Economic Criminal Law.

¹ Acadêmico do Curso de Direito no Centro Universitário FAG, lgsilva5@minha.fag.edu.br.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com estudos na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal, Processual Penal e Tributário, com formação complementar em Direito Penal e Processo Penal Alemão, Europeu e Internacional pelo Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Pesquisador integrante do núcleo de Estudos Sistema Criminal e Controle Social do PPGD da UFPR (Grupo SCCS). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Professor de Direito Penal no Centro Universitário FAG, no Grupo Focus e na Escola de Magistratura do Paraná. E-mail: paulo2h@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A presente reflexão tem como tema principal o *Compliance* em sua vertente relacionada ao ramo do Direito Penal, consagrando-se como *Criminal Compliance*, que tem por finalidade precípua, por meio de um sistema de autorregulação regulada, evitar ou prevenir que pessoas jurídicas realizem infrações penais.

Diante disso, dentro do âmbito empresarial e voltada para políticas de Direito Econômico, há a figura do *Compliance Officer*, ou seja, o garante, responsável por realizar e fazer com que as regras e pilares estabelecidos sejam devidamente exercidos dentro do programa de cumprimento, também denominado *Compliance Program*. Sendo assim, a temática abordada, apesar de nova, apresenta muitas discussões acerca do sistema, principalmente no tocante à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

À vista dessa premissa, o presente estudo tem como objetivo fundamental realizar uma análise do instituto *Criminal Compliance* à luz da responsabilidade penal da pessoa jurídica, como uma resposta às mudanças para um novo Direito Penal Econômico, em especial, no Brasil, visando assim, inicialmente, realizar um apanhado acerca dos pilares do tema, esclarecendo os programas, a figura do garante por trás dele, bem como discorrer sobre o tratamento da questão da responsabilização penal da pessoa jurídica.

Dessa maneira, o trabalho se vale do método dedutivo em sua totalidade. A metodologia de pesquisa aplicada é de caráter exploratório, e a abordagem do trabalho é feita por meio de pesquisa bibliográfica.

Diante do exposto, a análise visa tecer breves e simples apresentações acerca dos pontos mencionados acima, sendo necessário, primordialmente, entender do que se trata o sistema denominado *Criminal Compliance*. Em um segundo momento, faz-se necessária uma rápida apresentação da figura do garante, compreendido como a gestor do *Compliance Program*, bem como aludir o entendimento que se obteve com a AP 470, que deu margem ao tratamento da responsabilidade penal do garante no Brasil. Por último, coube a esse trabalho introduzir o ponto da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pincelada pela atual legislação ao combate de crimes contra corrupção.

2 TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO E A CULTURA DO COMPLIANCE

A sociedade de risco nada mais é do que a teoria formulada pelo por Ulrich Beck, em 1986, a qual indaga que a sociedade de risco produz uma fase no desenvolver da sociedade, esta em que se relaciona com os sucessos advindos da modernidade industrial e que passaram a obter as consequências de suas próprias ações.

De modo geral, a sociedade de risco designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os sucessos da modernização industrial passam a gerar efeitos colaterais imprevisíveis, diagnosticados como causa de danos e destruições (ambientais, econômicos, políticos e individuais) e, num segundo momento, como riscos cientificamente projetados e social, econômica e politicamente percebidos e geridos. (BOSCO, 2011, p. 162)

A idealização proposta ao termo “risco” é uma variável, que acompanha os progressos da sociedade, logo, pode-se dizer que o referido tem um significado mutável de acordo com o progresso da humanidade, pois em cada era o termo apresenta aspectos circunstanciais fáticos diferentes. Na Idade Moderna, é apresentado como oriundo de decisões, e a insegurança acarretada pela tomada de decisão. Isso porque, na medida em que deixam de ser vistos como fruto de um “destino natural”, associando-se à decisão humana, eles dizem respeito a aspectos futuros discernidos para a ação presente, como apontado por Bosco (2011, p.11).

Tal ponto deságua na sociedade pós-moderna ou modernidade reflexiva, trazendo a idealização ao termo de uma sociedade de autodestruição da vida na Terra, cuja ameaça seria global, mas o ponto que é capaz de diferenciá-lo das demais épocas é a forma como é produzido pela humanidade. “Portanto, o risco se universaliza na medida em que o vínculo entre destruição e modernização é estabelecido, e uma vez que destruições e danos figuram como resultado da ação humana, eles podem, por definição, ser evitados” (BOSCO, 2011, p-11).

Reflexivamente, na sociedade de risco, nesse ponto, alguns fatores podem ser insignificantes à sociedade, quando não são afetadas por este, a título de ilustração o abastecimento nuclear. Porém, se determinado fator for reconhecido pela sociedade, esta passa por um processo denominado “revolução silenciosa”, na qual, quando um determinado fator de ameaça é reconhecido pela sociedade, seus efeitos colaterais são acompanhados do retorno social, por óbvio acabam recorrendo ao Estado.

Quanto mais enfática for a ampliação dos perigos no processo de modernização, quanto mais conspícua for a ameaça aos valores básicos do público geral e quanto mais evidente isso passar a ser na consciência de todos, tanto mais profundamente é abalada, na relação entre economia, política e esfera pública, a estrutura funcional de poder e de competências baseadas na divisão de trabalho. (BECK, 2011, p. 96.).

Beck, em seus escritos, visando abarcar o conceito de modernidade na sociedade de risco, atribuiu ao termo “reflexividade” as características essenciais para tratar a teoria. Dito isto, a reflexividade da modernização significa uma possibilidade de mudança perante os costumes de uma época, frente às alterações sociais, formando assim uma nova ótica introduzida pelos avanços sociais.

Até a segunda metade do século XX, a sociologia se preocupou com a modernização de uma sociedade tradicional, ainda em muitos aspectos feudal; desde então, com o acúmulo de efeitos micro-sociológicos derivados dos sucessos da modernização ininterrupta, o problema da modernização da sociedade tradicional se converteu em problema da modernização da sociedade industrial, a superação de sua disposição de classes, de sua técnica produtiva, da divisão sexual do trabalho, do modelo nuclear da família (BOSCO, 2011, p. 44).

Diante da temática, a teoria da sociedade de risco se torna um tema de extrema relevância para o *Compliance*, haja vista que a instituição do programa no âmbito empresarial visa minimizar os riscos frente a sua reputação, bem como riscos legais aos quais a empresa está sujeita, caso venha a ocorrer alguma transgressão de direito, como a prática dos crimes de corrupção ou lavagem de dinheiro, concretizando a tese de que para minimizar os riscos, é necessária a prevenção. Ainda, cabe elencar que diante da modernização, o Estado se vem mostrando incapaz de combater as altas taxas de criminalidade ou garantir segurança, demonstrando-se necessárias parcerias público-privadas, como assevera Veríssimo:

Se é verdade que os riscos estão ligados às decisões humanas, o problema não está somente com as decisões que geram os riscos, mas também com aquelas que os distribuem. Isso, no âmbito de uma sociedade extremamente complexa como é a nossa, faz com que, cada vez em maior medida, a proteção dos bens jurídicos de uma pessoa dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros (VERÍSSIMO, 2018, p.144).

Posto isso, é possível elencar que, no contexto da globalização e diante das transformações sociais, não se pode alavancar o *status* apenas no ramo sociológico, tendo em vista que tal contexto abrange uma nova necessidade, seja esta sociedade de risco, em que as empresas privadas possuem poder e podem ser usadas a favor da insuficiência de recursos do Estado, “não apenas por falta de acompanhamento das novas realidades sociológicas, mas também pela imposição de poder que representam as novas Corporações” (BUSATO, 2018, p. 91).

Então, frente às novas demandas da sociedade de risco, não obstante a seara do Direito Penal, pode-se mencionar que:

É preciso um ajuste discursivo para uma política criminal que, a um só tempo, não abra mão de garantias conquistadas ao longo do desenvolvimento dos freios do sistema punitivo, e se ajuste às necessidades atuais a respeito de quais os pontos em que efetivamente podem ser identificados ataques graves a bens jurídicos fundamentais. (BUSATO, 2018, p. 92).

3 CRIMINAL COMPLIANCE E A REALIDADE BRASILEIRA

O termo *Compliance* é um substantivo que tem como significado *concordância com o que é ordenado*. Também é reconhecido pelo termo *to comply with*, ou seja, *obedecer*, ainda pela famigerada expressão *cumprimento*. Porém, como explana Carla Veríssimo (2015, p.122), “longe de apenas significar o cumprimento de normas jurídicas, o termo tem relevância em razão de determinada manifestação histórica do *Compliance*, em especial, aquela ligada à atividade empresarial”.

Surgem, nos Estados Unidos da América do Norte, os denominados *Compliance Programs*, que possuem, em sua concepção, a finalidade preventiva contra delitos econômicos empresariais, por meio de uma correção estatal e privada, o que Silveira (2015, p.136) aduz como “uma ideia autorregulação regulada de pessoas jurídicas vistas como empresas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícito”.

Na realidade estadunidense, os *Compliance Programs* visam, principalmente, avaliar o grau de responsabilidade empresarial, por meio de *Guidelines for Sentencing Organizations*, mas há inúmeras outras possibilidades de utilização do programa, moldando-se conforme a atmosfera em que é inserido, mantendo sempre o caráter preventivo ao combate de ilícitos. (SILVEIRA, 2015, p.137).

De tal modo, o *Compliance* pode ser compreendido como:

Protocolos específicos através dos quais os governos corporativos estabelecem o marco e os meios para um comportamento generalizado da empresa, tudo em respeito ao estabelecido em normas penais. Nesse sentido, emerge significativa importância às recomendações éticas inseridas nos chamados códigos de condutas das empresas (SILVEIRA, 2015, p.144)

Na atual realidade do cenário penal, tal instituto abarca diversas dúvidas, principalmente, por sua construção, baseada em autorregulação. Para tanto, o programa deve

obedecer a uma série de marcos, legislações e meios para um comportamento uniforme, respeitando plenamente as normas penais. Dessa maneira, tais recomendações tornam claras as condutas a serem mantidas ou respeitadas no programa, que servirão como instrumento de reforço, evidenciando uma infração de dever presente, assim como abordado por Silveira (2015, p. 145).

Logo, há uma ampla discussão dogmática quanto às possibilidades de descumprimento dos preceitos relacionados às práticas do *Criminal Compliance* no âmbito empresarial, em especial, no tocante à responsabilização. Esse ponto apresenta extrema dificuldade na individualização da conduta, tornando-se extrema uma responsabilização penal de pessoas físicas, pois é vista uma precária legitimidade para tanto, diante das abordagens. Por outro lado, mais amplo e uniforme, os indícios vão a favor de uma elaboração de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Não obstante, nota-se que é realmente recomendável a elaboração de um plano único de seu próprio *Compliance Program*, fato que auxilia na prevenção e contribuição para solução de tais embates.

3.1 AUTORREGULAÇÃO REGULADA NOS *COMPLIANCE PROGRAMS*

Uma vez apresentados, os *Compliance Programs* são “uma prática empresarial de implantação de cultura corporativa com o cumprimento de normas” (FELÍCIO, 2018, p. 123.). Para tanto, valem-se de um sistema de autorregulação regulada, que “diz respeito a uma interação das estruturas de autorregulação condicionadas externamente com os poderes públicos”, como elenca Silveira (2015, p. 81). Dessa maneira, pode ser compreendida como um complemento de regulação pública e autorregulação privada frente a uma nova tendência mundial do Direito.

Desse modo, o modelo empregado, a cultura corporativa, dá-se porque é aberta uma margem para a empresa se autorregular, porém, sem deixar de entrelaçar com os sistemas ofertados pelo Estado. Felício (2018, p.124) caracteriza o modelo por ser “um subsistema econômico autopoietico porque embora internamente sua operativização seja fechada, cognitivamente está aberto, eis que se conecta com a regulação estatal para se estruturar”.

Pensando a partir de um viés de regulação estatal, esta coexiste com a regulação privada, para uma proposta de relacionamento entre Estado e economia. São apresentados três

modelos deste sistema: a autorregulação exclusiva e voluntária; a regulação exclusiva e estatal; e a autorregulação regulada.

O primeiro modelo é padronizado em um âmbito no qual há um desregulamento estatal em conjunto com o modelo de estado liberal econômico. Veríssimo (2018, p.149) explica que o “Estado é negativo, ou seja, de não interferência na atividade privada, confiando na capacidade do mercado e da autorregulação da economia”. Já o segundo padrão estaria diretamente ligado com o modelo de bem-estar social. “Nesse modelo, o Estado dirige a economia, quer explorando, diretamente, algumas atividades econômicas, quer controlando determinadas práticas comerciais” (VERÍSSIMO, 2018, p.149).

Por último, nos é apresentado o que seria a autorregulação regulada, abarcada como uma renúncia Estatal a tentativa de controle, adotando, para tanto, um modelo misto, passando então a coexistir com as normas provenientes dos poderes Legislativos e Executivos, as normas internacionais e as regras estabelecidas pelos próprios setores regulados. O ponto crucial deste seria que “ambos os entes, público e privado, compartilham as atividades regulatórias de forma com que, mesmo que seja o Estado que aprove o sistema, o ente privado colabora com o fornecimento de dados” (SILVA, 2020. p. 79-80).

Sendo assim, o último, apesar de não receber um tratamento especificamente penal, é aquele que melhor atende aos interesses estatais, visto que há uma flexibilidade em sua manutenção.

Ademais, o sistema de autorregulação está diretamente ligado à necessidade de combater a criminalidade empresarial ou de ordem econômica, ora apresentada. Consequentemente, Felício, em seus escritos, aborda que a imposição da sistemática é a consequência da verificação estatal de que este não possui métodos eficazes de realizar o combate à ocorrência de ilícitos, logo, delegando a matéria à empresa. Porém, o contraponto apresentado é de que o Estado oferece benefícios como a exclusão de atenuantes, a responsabilidade das corporações que instituem os programas de *Compliance*. Dessa maneira, o objetivo é “mobilizar a potência ética influenciando a cultura vivida em uma empresa, para sensibilizar gerentes e funcionários e para pré-estruturar opções de soluções” (BOCK, 2009, p.16).

3.2 DOS DEVERES DO COMPLIANCE

Os *Compliance Programs* conforme demonstrado, especificamente, na seara penal, visam à prevenção de delitos econômicos. De tal modo, consagram-se como um sistema autorregulativo, aproximando-se de uma mescla de diretrizes estabelecidas internamente no âmbito corporativo, em conjunto de parâmetros legalmente instituídos pelo Estado.

Entretanto, apesar de não haver uma estrutura única ou base legal que indique a forma de sua consolidação, os programas de cumprimento chegam a um possível sistema de erros e acertos.

Contudo, fala-se em alguns pontos que necessariamente devem levados para esses programas, sendo o primeiro deles a ética corporativa, pois como diz Martín (2022, p. 7), “A maioria dos programas de conformidade assume que a criação de uma cultura de ética ou legalidade da organização é a base para evitar comportamentos desviantes”.

Dessa maneira, a partir de códigos éticos de conduta, há uma criação da cultura corporativa a ser desenhada no âmbito corporativo, pois é certo que o objetivo “é mobilizar o potencial ético influenciando a cultura vivida de uma empresa, para sensibilizar gerente e funcionários e para pré-estruturar opções de solução” (BOCK, ano, p. 18)”

Igualmente, os programas de cumprimento estão atrelados ao risco, sendo necessária a delimitação específica de cada conteúdo que os cerca, para o fim de minimizá-los. Por sua vez, para Martín, os conteúdos presentes nos *Compliance Programs* podem ser divididos em gerais e específicos, em que é rara a existência de políticas para implementação de parâmetros gerais, porém, a inserção de específicos, geralmente, é decorrente de leis. A título de ilustração, elencam-se políticas anticorrupção, proteção de dados, conformidade fiscal, lavagem de dinheiro, entre outros. Dessa feita, os parâmetros legais consistem em: medidas preventivas, medidas de detecção, medidas reativas e medidas de acompanhamento (2022, p. 12)

Em um primeiro momento, as medidas de detecção, objetivamente, consistem em realizar análises das atividades exercidas pela empresa, avaliar como podem ocorrer ilícitos em cada uma das áreas, conhecer mecanismos existentes e sua eficácia e determinar a probabilidade de ocorrência de riscos em cada uma das áreas, selecionando as que oferecem maior risco, pois os meios de controle devem ser dados de forma proporcional ao risco que o setor oferece. Portanto, poder-se-á dizer que, basicamente, esse sistema consiste em analisar

riscos e medidas de prevenção. No entanto, impõe que esse mecanismo deve ser apresentado e instruído a todos os membros. Já Bacigalupo (2021, p. 271) assevera que “para serem eficazes precisam ser conhecidos por todos os funcionários, que devem ter recebido treinamento correto para saber como detectar riscos e cumprir adequadamente as funções de controle e supervisão”.

Adiante, a fase de detecção, é aquela em que as tarefas de controle e supervisão do correto funcionamento dos protocolos internos devem ser detectadas. Ou seja, para seu funcionamento, faz-se necessária a existência de canais de denúncia interna, tendo a finalidade conferir maior impacto às atividades desempenhadas pelo *Compliance Officer*, bem como fazer chegar ao seu conhecimento possíveis violações e de modo que se dê início às investigações internas. Ainda, Bertoni e Carvalho (2013, p.4) advertem que é de suma importância o estabelecimento de meios para que os colaboradores da empresa denunciem ao setor responsável acerca das ocorrências de delitos, ilegalidade ou irregularidades para que sejam dados os encaminhamentos devidos.

A terceira etapa é denominada reação, a qual consiste na premissa de que, uma vez ocorrida a violação, deve ser iniciada a investigação. Aduz Bacigalupo (2021, p. 272) que as investigações internas também estão sujeitas ao cumprimento dos direitos dos funcionários e das garantias constitucionais e, uma vez findadas, inicia-se o procedimento de responsabilização disciplinar.

Por último, as medidas de monitoração, basicamente, consistem na reanálise e atualização do *Compliance Programs*, momento em que “a empresa deve prever medidas que assegurem uma revisão continuada do programa e seu contínuo aperfeiçoamento. Especialmente quando da ocorrência de incidentes a efetividade do programa poderá ser aferida, e novos controles, adotados” (VERÍSSIMO, 2018, p.410).

3.3 O CASO DOS *COMPLIANCE OFFICERS* E A AÇÃO PENAL Nº 470

Os *Compliance Officers* são administradores ou trabalhadores com função de controlar problemas organizacionais concretos relativos ou não a eventual conduta incorreta de outros trabalhadores (TEIXEIRA; RIOS, 2017). Em outro passo, “*Compliance Officer*, funcionário tido como diretor ou responsável pelo controle interno, teria por missão a devida

implementação e cumprimento dos códigos assumidos como de acordo com a regulamentação do Estado” (SILVEIRA, 2015, p.178).

A partir de tal ponto, entende-se que o *Compliance Officer*, dentro do *Criminal Compliance*, assume uma posição de garante, que é delegação, tendo o dever de impedir delitos que ocorram no ambiente empresarial, por meio dos membros que fazem parte daquele. Porém, é entendido que, ao *Compliance Officer*, deve ser delegada a alta cúpula da empresa, portanto, o *Compliance Officer* é a peça-chave na construção de um sistema de controle interno de prevenção de riscos de uma organização. (COSTA; ARAÚJO, 2014).

Compreendida a questão dos deveres a serem absorvidos pela função delegada ao *Compliance Officer*, a grande discussão que recai sob a função encontra-se em sua responsabilização penal frente ao cometimento de ilícitos que deveriam ser evitados, assim como é argumentado por Silveira:

Ele tem um dever de garante delegado, assumindo, também, o papel de *intra-neus* do eventual delito especial, devendo, por igual, responder criminalmente por eventuais omissões. Dir-se-ia, em outras palavras, que o delegante retém suas faculdades, entre elas a de fiscalizar, na medida do possível, o delegado nas suas funções referidas. (SILVEIRA, 2015, p. 185)

Previamente, deve-se ter o entendimento de que a responsabilidade penal possui natureza subjetiva, portanto, incompatível com o estabelecimento de presunções ou imposições de imputação de responsabilidade sobre determinada conduta (COSTA; ARAÚJO, 2014). Nesse sentido, a concepção de que um *Compliance Officer* deve sempre ser responsabilizado pela ocorrência de lavagem de dinheiro, por omissão ou culpa.

O fato é que com o julgamento da Ação Penal n. ° 470, foi demarcada como é entendida tal responsabilização no Brasil, em seus primeiros passos. Sendo assim, é elencado que o *Compliance Officer* não possui como dever “evitar todo e qualquer resultado de prática de crime dentro da empresa, mas sim de estabelecer regras, fiscalizar sua aplicação e comunicar eventuais problemas àqueles que detêm, na empresa, os poderes de administração” (COSTA; ARAÚJO, 2014).

Sob essa ótica, o maior entrave quanto às análises de infrações cometidas seria quanto à configuração de crimes comissivos por omissão, sob o prisma do *Compliance Officer*, como figura de garantidor, detendo o fator de que essa figura não se faz suficiente para preencher os requisitos de tal modalidade de crime, sendo necessário “verificar se efetivamente houve uma

omissão e um resultado; se ambos estão ligados por uma relação prognóstica por evitação além do dever e possibilidade de agir” (COSTA; ARAÚJO, 2014). Tais atribuições remetem-nos a lembrar de que o *Compliance Officer*, necessariamente, precisa estar em pé de relevância para que realmente possa ter o poder de agir contra o cometimento de ilícitos, pois contra atos praticados por superiores não restaria tal possibilidade, apenas a quem fosse hierarquicamente inferior a este. Portanto, se realizada a denúncia ao alto escalão terá agido, sem que, porém, possa ser implicado a este a figura de crime comissivo por omissão.

4 REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA INSERIDA NA ÓTICA DO *CRIMINAL COMPLIANCE*

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é o tema que mais repercute dentro dessa discussão, seja pela doutrina clássica não aceitar a possibilidade de responsabilização ou por representar um impasse à evolução do Direito Penal.

De tal maneira, compreende-se pela posição doutrinária que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é inadmissível, por não possuir capacidade, assim como elenca Bittencourt (2023, p. 755): “Os dois principais fundamentos para não se reconhecer a capacidade penal desses entes abstrato são: a falta de capacidade “natural” de ação e a carência de capacidade de culpabilidade”.

Partindo desse princípio, a doutrina clássica se mostra arraigada no formalismo pela reponsabilidade subjetiva, compreendida como a ideia de responsabilização baseada na culpa. Logo, o pressuposto básico para a responsabilização do agente é a prova da culpa, assim "a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa" (GONÇALVES, 2022, p.113).

Em destarte a posição clássica, quando em uma situação fática, não houver culpa, o evento passará a ser regido pela responsabilidade objetiva, Gonçalves (2022, P.113) apresenta a teoria dita como objetiva, tem como preceito de que o dano é indenizável, portanto, tem o dever de ser reparado, pois há uma ligação com o nexos de causalidade que independe de culpa, em que pese, baseia-se no risco, não na prova de culpa.

De tal maneira, Felício (2020, p.197-198) articula que, atualmente, grande parte dos autores se vale do modelo de culpabilidade empresarial construtivista. Por sua vez, nesse

modelo, a culpabilidade empresarial deve conter em seu cerne uma relação de atuação da pessoa jurídica e em benefício desta, bem como uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade em seu âmago. Sendo assim, a culpabilidade estaria direcionada a adotar práticas fiéis ao Direito, um potencial de questionamento da validade de normas do ordenamento jurídico por parte da empresa, e por último o reconhecimento de cidadania em relação à liberdade de expressão corporativa.

Em contrapartida ao exposto, Busato (2012, p. 8-11), apresenta uma proposta crítica a tal modelo, discorrendo que, sob o viés de uma nova ótica do Direito Penal, a referida teoria apresenta inconsistência no que tange às próprias pessoas físicas, haja vista que tal modelo geralmente traz validação por um sistema *Compliance*, distinguindo este como sendo os que seguem as normas e os que não seguem, o que conferiria uma reprovação pelo ordenamento jurídico ao último, não compreendendo ainda as pessoas jurídicas de pequeno porte ou que não compreendam a estrutura necessária. Ainda, ao se valer da teoria, estaríamos introduzindo um modelo característico de injusto penal, valendo-se da reprovabilidade.

Diante do exposto, apesar das várias discussões existentes acerca da culpabilidade das pessoas jurídicas, hodiernamente, o instituto do *Criminal Compliance* anda diretamente ligado à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Assim, Felício (2020, p. 199) destaca que, nos crimes praticados por pessoa jurídica, seria indispensável a existência de culpabilidade, que se fundamenta basicamente no *Compliance Program*. Dessa forma, a culpabilidade estaria entrelaçada à premissa de criação de risco por parte da empresa, pois se oferecer, incorreria em uma cultura defeituosa, estando assim dependente de um juízo acerca do programa instituído para apontar o defeito e restar configurada a culpabilidade.

4.1 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Na realidade norte-americana, a tratativa da temática reponsabilidade penal da pessoa jurídica já possui certa maturidade. Seus primeiros passos se deram em 1977, com uma espécie de Lei Anticorrupção, denominada *Foreing Corrupt Pratices Act* (FPCA). Posteriormente, em 1992, foi publicada a *Federal Facility Compliance Act*, a qual definiu certos parâmetros para o *Compliance* e a ética. Já em 2002, há a aprovação da *Sarbones-Oxeley Act*, após escândalos de corrupção, sendo a partir daí cobrada maior transparência. Entretanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi auferida pelas Guidelines For

Sentencing Organizations, sendo este “um sistema de cobrança vicário e a eficácia do programa de cumprimento pode levar a uma atenuação muito significativa da sentença” (MARTÍN, 2022, p. 18).

Em outro passo, na Europa, o tema começou a ser encabeçado pela legislação em 1997, com uma luta acerca de fraude e corrupção, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Porém, apenas em 2010 deu início à recomendação de controle interno, ético e de mecanismos *Compliance*. De tal modo, elenca Felício que, no mesmo ano, nasce no Reino Unido a *Bribery Act* e, tal como a *Foreing Corrrupt Practices Act*, é uma lei global, prevendo especificamente na seção 7, a responsabilidade penal objetiva das jurídicas (por *failure of comercial organisations to prevent bribery*) e físicas por atos de corrupção, seja no setor público ou privado, direcionada também a empresas estrangeiras que realizam operações com o Reino Unido (2020, p. 139).

Na Alemanha, não há uma admissão penal da responsabilização das pessoas jurídicas, mas uma responsabilidade administrativa, pois nesse rumo não há sentido ético, facilitando a punição do ente, porém, “o aspecto interessante é que a Alemanha reconhece que a pessoa jurídica pode ser sujeito ativo do crime” (FELÍCIO, 2020, p. 140). Ainda, assim, impõe-se a sanção de cunho administrativo, ocorre que “a lógica a reger a responsabilidade, mesmo administrativa, é medularmente penal” (SILVEIRA, 2015, p.126).

Todavia, na França, há a representação de um caso peculiar, por tratar sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas a partir de seus sócios, criando um efeito ricochete, incentivando, para tanto, a adoção de medidas *Compliance* anticorrupção, de modo que “em caso de descumprimento incorrem no risco de serem responsabilizadas criminalmente, sem prejuízo de responsabilidade individual de seus representantes” (FELÍCIO, 2020, p. 141).

Por último, a Espanha representa um caso particular, haja vista que o sistema adotado, é fruto de diversas discussões no Brasil, bem como pode ser visto como uma referência para a adoção das medidas.

No caso espanhol, sob a hipótese de implantação de medidas preventivas de ilícitos, poderá se ver excluída a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que pode ser denominado como modelo de autorresponsabilidade, em que a culpa é um defeito da organização. Para esse fim, “a que não mais se portem como instrumentos delitivos ou

organizações criminais com *status* jurídico, mas, sim, que se mostrem como titulares de certa organização complexa a ponto de elaborar, colocar em prática e velar pela efetiva aplicação da ‘fórmula mágica do *Compliance*’” Silveira (SILVEIRA, 2015, p.123).

Diante do exposto, extrai-se que, apesar do posicionamento clássico compreender como inadmissível a responsabilização penal da pessoa jurídica, nos últimos anos, houve uma nova margem ao tratamento do tema em escala internacional.

Nessa senda, Silveira (2015, p. 128-129) elenca que há três possíveis tipos de resposta de como se apresenta o tema. Em um primeiro momento, é apresentado o sistema vicariante, no qual o funcionário pratica um ato com a finalidade de se favorecer. Haveria a transmissão da responsabilidade à empresa, sob a ótica da heterorresponsabilidade. Em uma outra margem, há o sistema de responsabilidade por culpabilidade da empresa, focando no comportamento pós-delito por parte da empresa, visando notar quais medidas esta tomou para sanar o vício ocorrido. Por último, sob o viés de uma estrita leitura de autorresponsabilidade, encontra-se o sistema misto, que nada mais seria de uma junção dos dois últimos.

4.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Hodiernamente, há repletas discussões que se formam acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica mundo afora, buscando assim, uma solução para uma tarefa ingrata, em termos de imputação da conduta àquele que venha praticar tais atos ilícitos. No entanto, a “responsabilidade penal da pessoa jurídica, essa parece ser uma tendência significativa, até mesmo porque a genérica responsabilidade não penal parece ser dotada, sim, de uma lógica penal, ou ao menos de preceitos e garantias penais” (SILVEIRA, 2015, p. 95), como caracterizada em sua obra.

Ademais, na realidade brasileira, entende Veríssimo que:

As pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas pela prática de crimes cometidos por seu intermédio ou em seu benefício de distintas formas, nos diferentes sistemas jurídicos. A opção da lei anticorrupção brasileira foi pela responsabilização civil e administrativa, em razão da prática de atos lesivos à Administração Pública (VERÍSSIMO, 2018, p. 31).

De tal modo, o que se pode compreender de tais manifestações se deve, em muito, à legislação mundial e, principalmente, à brasileira. A Constituição Federal de 1988 traz, em dois de seus artigos, a responsabilidade da pessoa jurídica, sendo o art. 225, §3º (trata a

responsabilidade ambiental), bem como o art. 173, §5º (trata da ordem econômica), nos quais o primeiro possui expressamente um respaldo acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Já o segundo recebeu certa obscuridade quanto à referida responsabilidade, assim como afirma Silveira (2015, p. 207), “por falta de implementação legislativa, não foi sedimentado o entendimento sobre o fato de haver, ou não, autorização constitucional expressa para a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atentados à ordem econômica”. Não obstante, estaria também entrelaçada ou, pode-se dizer, de difícil separação, a responsabilidade individual das pessoas jurídicas.

Logo, importa dizer que a evolução desse sentido de responsabilidade é gradual em relação à ampliação do tratamento internacional. No Brasil, a mais recente implementação da Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção, abarca em seus preceitos a responsabilidade administrativa e civil, no tocante ao cometimento do ilícito, sendo conferidos às empresas poderes para instaurar processos administrativos, na esfera judicial, pois conforme elencado:

Havia necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil com a ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), no âmbito da ONU, com a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996), no âmbito da OEA, e com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), da OCDE (VERÍSSIMO, 2018, p. 240).

Vale dizer que, como afirma Veríssimo (2018, p.244), “a ameaça de punição administrativa e civil sob a lei anticorrupção pode não ser suficiente para cativar a adoção de medidas de *Compliance*, em vista da falta de sucesso na aplicação da lei”. À vista disso, tal indagação reflete que, mesmo diante dos avanços referentes à responsabilidade de pessoas jurídicas, faz-se necessário estar presente uma lógica criminal contra atos ilícitos.

4.4 A LEI ANTICORRUPÇÃO, ADOÇÃO DE MEDIDAS *COMPLIANCE* E A POSSIBILIDADE DE ACORDO DE LENIÊNCIA

O legislador brasileiro, ao instituir a nova Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), em seu art. 1º, *caput*, regulamentou a responsabilização objetiva administrativa e civil da pessoa jurídica pela prática de atos em desfavor da Administração Pública (Brasil, 2013, p.1).

Veríssimo (2018, p. 242) ressalta que a lei tem a finalidade precípua de responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de crime de corrupção, em conformidade com convenções internacionais. Portanto, estaríamos diante de responsabilidade em face da prática de crimes, não podendo haver contestação acerca da natureza penal do crime de corrupção.

A partir da elaboração do Decreto nº 8420/15, atualmente, Decreto nº 11.129/2022, houve a adoção de programas de cumprimento, trazendo em seu art. 56, de forma rasa, a conceituação e deveres a serem implementados, como sendo:

Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. (BRASIL, 2022, p. X)

Para Gouvêa (2020, p. 77-78), a partir da internalização em seu cerne, o *Compliance Program*, a empresa passaria a obter benefícios, primeiramente, defendendo-se da pena de multa instituída a partir da ilicitude, ora prevista nos arts. 5º e 6º da Lei Anticorrupção, que pode atingir grandes quantias, bem como, de modo preventivo, realizar o combate a fraudes internas praticadas pelos colaboradores, e não menos importante, conferir credibilidade nos negócios.

O acordo de leniência tem sua previsão expressa no arts. 16 e 17 da Lei Anticorrupção, o qual expressa a possibilidade da realização de acordo com a autoridade máxima de cada órgão ou ente público com a pessoa jurídica que realizou qualquer dos ilícitos previstos em lei, desde que haja plena colaboração ao processo investigatório e administrativo. "Afirma-se, em outras palavras, que o órgão da Administração Pública pode celebrar acordo de leniência com vistas a simples isenção de responsabilidades" (SILVEIRA, 2015, p.458)

Gouvêa (2020, p.89) assevera que há certa conveniência na celebração do acordo, de forma favorável à empresa, tendo em vista a multa administrativa, que poderá ser reduzida em 2/3 (dois terços) ou isentar a pessoa jurídica de algumas previsões de lei. Desse modo, caso haja o descumprimento do pacto, a pessoa jurídica terá o impedimento de celebração de novo

trato por três anos subsequentes do conhecido do descumprimento pela Administração Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, é possível perceber que o instituto do *Criminal Compliance*, visto de maneira genérica, permite entender a necessidade presente no atual cenário do Direito Penal e dos riscos da sociedade que almeja mecanismos de reposta a entraves, de forma principal, a partir de um viés preventivo contra ilícitos penais.

Nessa premissa, a sociedade pós-moderna apresenta um novo detentor do poder de influenciar riscos, representado pelas grandes corporações. Diante dos riscos da ação humana, entende-se que é necessário um agir preventivo, como forma de frear possíveis delitos que possam ser cometidos.

De tal modo, o *Criminal Compliance*, aliado a um sistema de autorregulação regulada, obedecendo a premissas estatais e corporativas, bem como a um forte laço de ética em seu âmago, cria a possibilidade de prevenção e regulação, antes e após o delito.

Percebe-se que os *Compliance Programs*, imbuídos na autorregulação regulada, podem ser utilizados como uma ferramenta para afastar a responsabilidade penal. Sendo assim, há de se ressaltar que, no plano mundial, o *Compliance* é um sistema relativamente novo, o que causa obscuridade quando ao seu entendimento por completo, sendo fundamental entender a figura do garantidor e a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, mesmo sendo uma tarefa árdua.

No que tange à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, os entraves doutrinários da dicotomia entre inadmissibilidade ou admissibilidade, nessa realidade, são demasiadamente necessários para entender o novo rumo que o Direito Penal irá tomar, porém, faz-se necessário entender que a discussão do *Compliance* apenas tem sentido aliada a este instituto, como forma de prevenir delitos por meio de seu sistema autorregulatório. Contudo, tanto as legislações internacionais, como a brasileira, ainda não se fazem sólidas em único caminho, a exemplo da Lei nº 12.846/13, que adotou a responsabilização administrativa e cível, porém, entende-se que o caráter das normas ainda é criminal.

Dessa maneira, ante a escassa suficiência estatal para combater crimes de corrupção e contra a Administração Pública, a colaboração de entes com a utilização do programa, parece ser essencial para a prevenção de delitos.

Conclui-se que é fundamental dar continuidade aos estudos acerca do tema, tendo em vista apresentar novos pontos para aumentar o campo de observação do cenário e as mudanças no paradigma do Direito Penal, dando também a oportunidade de ultrapassar a generalidade e atingir novos pontos para decifrar a chave de resposta ao combate dos ilícitos empresariais e a adoção do programa de cumprimento.

REFERÊNCIAS

BACIGALUPO, Silvina. *Compliance*. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 21, p. 260-276, 30 sep. 2021.

BRASIL. Constituição (1988) 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

_____. **Decreto nº 11.129 de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Executivo, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 16 maio 2022.

_____. **Lei nº 12.846 de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Executivo, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BERTONI, Felipe Faoro e CARVALHO, Diogo. *Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro*. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais, 4., 2013. Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUC, 2013.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

BOSCO, Estevão Mota Gomes Ribas. **A Teoria da sociedade de risco mundial**. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. 2011.

BUSATO, Paulo Cesar. *Criminal Compliance: relevância e riscos*. In: AGRA, Fernando Cândido e TORRÃO, Fernando. **Criminalidade organizada e econômica: perspectiva jurídica, política e criminológica**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2018. p. 87-111.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica**. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, PR, v. 5, n. 9, p. 167-182, jul/dez. 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo e ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da APn 470**. Direito penal e processo penal: leis penais especiais I. Tradução. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. v. 4.

BOCK, Dennis. **Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion - §130 OWiG als zentral Norm der Criminal Compliance**. 2009.

FELÍCIO, Guilher Lopes. **Criminal Compliance como mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book

GOUVÊA, Claudiane Rosa. **O Compliance e os sistemas preventivos anticorrupção na atividade empresarial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho.

MARTÍN, Adán Nieto. **Compliance Programs: una visión panorâmica**. Revista Científica do CPJM. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1, n. 9. 2022.

SILVA, Júlia Xavier Rosa. **Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os fundamentos de Compliance**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. São Paulo. 2020.

SILVEIRA, R. D. M. J.; DINIZ, E. S. -. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.

TEIXEIRA, André Luiz R. Souza; RIOS, Marcos Camilo S. Souza. **Criminal Compliance e a mudança no paradigma penal**. In: XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA, 2017, Florianópolis.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34. 2011.

VERÍSSIMO, C. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

