

CRIMINAL COMPLIANCE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO E DA EMPRESA

CRIMINAL COMPLIANCE IN CRIMINAL ECONOMIC LAW AND BUSINESS LAW

Angela dos Prazeres¹

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar qual a orientação e finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico, especificamente em face de pessoas jurídicas e da possibilidade de imputá-las criminalmente. Para tanto, estabelece uma análise acerca das principais razões históricas que culminaram na expansão do Direito Penal para o âmbito da economia popular e sobre as justificativas para a sua aplicação subsidiária; uma análise em relação à aceitação da responsabilidade penal de pessoas morais a partir de uma responsabilidade por produto e de quais são as concepções doutrinárias e jurídicas atribuídas a essa responsabilização em realidades comparadas; por fim, uma análise sobre os aspectos relacionados à definição conceitual e à finalidade dos programas de *compliance* e ao tipo de interlocução existente entre tais programas, o Direito Penal Econômico e a persecução criminal de entes coletivos.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. *Criminal compliance*.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate what is the orientation and political-criminal purpose of the insertion of the technical discussion on compliance systems as an object of study of Criminal Economic Law, specifically in the face of legal entities and the possibility of criminal prosecution. To do so, it establishes an analysis of the main historical reasons that led to the expansion of Criminal Law to the scope of popular economy and about the grounds for its subsidiary application; an analysis of the acceptance of criminal liability of moral people from a product liability and what doctrinal and legal conceptions are attributed to such liability in comparative realities; and finally, an analysis of the aspects related to the conceptual definition and purpose of the compliance programs and the type of interlocution existing between such programs, Criminal Economic Law and the criminal prosecution of collective entities.

Keywords: Criminal Economic Law. Criminal Responsibility of Companies. Criminal Compliance.

¹ MBA em Auditoria Integral pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: angela.utfpr.pb@gmail.com

INTRODUÇÃO

A história da humanidade é dividida em Idades, sendo que quando um determinado fato extremamente relevante ocorre, os historiadores identificam uma mudança de Idade na história. No que concerne ao sistema econômico, durante o período que compreende a Idade Média e a Idade Moderna, este se baseava no modo de produção e organização feudal, o chamado *feudalismo*. Nesse sistema, a riqueza de uma sociedade e os modos de produção empregados por esta estavam ligados à terra².

Contudo, como é de se esperar, as sociedades se modificam, surgem novos interesses, novas tecnologias, por vezes até uma nova forma de se enxergar o mundo. Nesse contexto, ocorreu a chamada *evolução técnica das sociedades humanas*, principalmente no continente europeu. Novas tecnologias foram sendo criadas e, em maior velocidade na Idade Moderna. Todo esse processo levou a configuração de uma sociedade, que, fomentada pelo espírito capitalista, modificou toda a estrutura econômica e social da Europa e, por conseguinte, de todo o mundo³.

Nessa nova configuração, além de novos interesses, surgiram novos conflitos e novas demandas, de modo que a formação de grupos econômicos dominantes – com grandes corporações como protagonistas –, frente a grupos dominados – empregados, consumidores, concorrentes et al. –, passou a exigir do Estado uma postura mais intervencionista, uma postura voltada à resolução e à pacificação de conflitos, e, sobretudo, à proteção de grupos economicamente e socialmente mais vulneráveis. Destarte, o poder estatal percebeu que era necessária a instauração de mecanismos de controle e regulação de determinados fluxos econômicos e tecnológicos⁴.

Desde então, as ações e relações que envolvem a economia, o bem-estar social e a atuação do poder estatal na busca de se obter um possível equilíbrio entre o capital e o social têm se mostrado um processo deveras complexo. Assim, o Direito, desde logo, foi lançado nessa seara e muitos têm sido os seus desafios – questões relacionadas a como controlar fluxos econômicos, e, antes de qualquer coisa, quais fluxos econômicos deveriam ser controlados, como tratar grandes corporações, a dicotomia entre regulação e livre iniciativa – e, nesse emaranhado de interesses, direitos, conflitos e obrigações, à norma jurídico-penal o Estado recorreu.

² MIRANDA, F. S. M. P. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho. **Direito, Justiça e Cidadania**, v. 3, n. 1, p. 4, 2012.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 8.

O Direito Penal passou a olhar mais detidamente para a economia e para as empresas. E, ao passo que as coisas avançaram, foram surgindo questões como a existência de uma criminalidade que se opera no campo de atuação das corporações, cujos efeitos podem ser nefastos; a necessidade de estabelecer mecanismos de prevenção e combate a tal criminalidade, bem como a necessidade de se coibir comportamentos tais por meio do estabelecimento de reprimendas às pessoas jurídicas. Assim, iniciou-se um esboço para a conformação do chamado Direito Penal Econômico, da responsabilidade penal de pessoas jurídicas e dos sistemas de *criminal compliance*.

Ante o exposto, o presente escrito pretende investigar qual seria a orientação e a finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico, especificamente em face das pessoas jurídicas e da possibilidade de imputá-las criminalmente. Para tanto, buscou-se estabelecer uma análise acerca o tipo de interlocução existente entre direito penal econômico, responsabilidade penal de pessoas e programas de *compliance*.

1 DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico tem sido, nos últimos anos, matéria de larga investigação e interesse. Esse processo tem apontado que as questões que o envolvem nem sempre trilharam um caminho pacífico. A primeira delas surge logo no que toca à sua designação. Falam, uns, em direito penal econômico ou da economia – *Wirtschaftsstrafrecht* na Alemanha; direito que disciplina crimes contra a economia popular ou direito penal dos negócios – *droit pénal économique-droit pénal des affaires* na França; outros, sobretudo na América do Norte, sob influência de Sutherland, de criminalidade de “colarinho branco” – *white-collar criminality*. Ademais, questões relacionadas à autonomia e à legitimidade também subsistem no plano de divergências⁵.

A partir dessas primeiras ponderações, as quais denotam especificidade e contestação, se buscará nesta seção uma compreensão acerca das razões históricas que levaram ao surgimento do Direito Penal Econômico e de quais são as justificativas que permitem a sua aplicação subsidiária.

⁵ CORREIA, E. Introdução ao direito penal econômico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e Europeu**: textos doutrinários, problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 293-296.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez⁶, o Direito Penal Econômico surgiu a partir do fenômeno da expansão do Direito Penal, que promoveu a criação de novos delitos, sobretudo, no âmbito econômico. E para explicar o referido fenômeno, ele recorreu aos argumentos de Jesús-María Silva Sánchez.

Para Jesús-María Silva Sánchez⁷, as causas de expansão do Direito Penal compreendem, entre outros aspectos, o surgimento de novos interesses, a efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação de uma maioria social como vítima de delitos e o descrédito das outras instâncias de proteção.

Em relação à chamada *institucionalização da insegurança*, sentimento social de insegurança e configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, destaca-se que as proposições defendidas por Jesús-María Silva Sánchez foram eminentemente construídas a partir da teoria “Sociedade de Risco” (*Risikogesellschaft*) de Ulrich Beck⁸.

Para Fábio André Guaragni⁹, o Direito Penal Econômico surgiu como uma reação ao Estado liberal-burguês presente no século XIX, de modo que dois importantes movimentos contribuíram para esse feito: Revolução Industrial e Revolução Francesa. Tais movimentos deflagraram uma verdadeira hegemonia da casta social burguesa no que concerne a acumulação de bens de capitais, e, por conseguinte, na existência de um cenário estrelado pela profunda desigualdade social¹⁰.

⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 73.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 26-61.

⁸ Veja-se: “a sociedade moderna aparece caracterizada, basicamente, por um quadro econômico que rapidamente se altera e pelo surgimento de extraordinários avanços tecnológicos. Estas características têm demonstrado grande capacidade de promover impactos diretos no aumento do bem-estar individual, bem como de proporcionar o dinamismo dos fenômenos econômicos. Entretanto, não se deve ignorar as suas consequências negativas. Dentre as possíveis consequências, destaca-se a configuração do risco de procedência humana, como fenômeno social estrutural, pois grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos é proveniente precisamente de decisões que outros cidadãos adotam em termos de gestão dos avanços tecnológicos. Trata-se dos riscos diretos para certa parcela dos cidadãos, que derivam de aplicações tecnológicas no desenvolvimento da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da computação, das comunicações e assim por diante”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 25-96.

⁹ GUARAGNI, F. A. As razões históricas do direito penal econômico. **EOS**: Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v. 2, n. 1, 2007, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

Andrei Zenkner Schmidt¹¹ destaca que o liberalismo econômico teve sua maior expressão no ano de 1776, após a publicação da obra *The wealth of nations*, de Adam Smith. Ao indivíduo, naturalmente livre, deveria ser conferida a liberdade de buscar sua própria felicidade a partir de seus próprios ideais, assim a realização de seus objetivos, guiada, ainda que não intencionalmente, pela *invisible hand*¹², produziria, reflexamente, o bem-estar da coletividade. Todavia, essa liberdade econômica teve seu declínio anunciado a partir da crise econômica que assolou boa parte da Europa após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), assim como do *Big Crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929.

No ano de 1949, houve a publicação da obra intitulada *White collar crime*, fruto dos estudos de Edwin Sutherland, os quais se iniciaram em 1939. Após analisar 70 das maiores empresas norte-americanas – corporações do ramo de manufatura, mineração e comércio –, Sutherland conclui que pessoas ricas e bem-sucedidas também cometiam crimes, mas eram liberadas em face de um filtro existente no sistema de persecução penal¹³.

Na década de 1970 a literatura criminológica alemã começou a dedicar-se a investigações destinadas à compreensão dos crimes econômicos, haja vista o surgimento de um forte movimento favorável à criminalização no âmbito econômico, que teve início em 1972, durante o 49º Congresso de Juristas Alemães e, oficialmente, com a criação de uma Comissão de Especialistas para a Luta contra a Delinquência Econômica¹⁴.

No ano de 1977, alguns autores discutiram um Projeto de Código Penal Alemão Alternativo, o StGB, visando tratar da tipificação de condutas que atentavam contra a ordem econômica. Não obstante esse projeto tenha sido criticado de forma majoritária pelos seguidores da escola de Frankfurt, não passou despercebido, uma vez que no decorrer dos anos seguintes o legislador alemão veio a introduzir no StGB os primeiros delitos econômicos, crimes estes configurados como vários tipos de perigo inspirados, em sua grande parte, pelas diretrizes estabelecidas no projeto alternativo¹⁵.

¹¹ SCHMIDT, Op. cit., p. 30-32.

¹² Verifique-se: *“invisible hand – teoria da mão invisível, uma analogia empregada por Adam Smith para explicar como, numa economia concorrencial, a busca pelo interesse individual pode resultar em melhoria do bem comum. Segundo essa teoria, há um mecanismo natural no mercado que distribui socialmente, de alguma maneira, os ganhos individuais. Portanto, cabe ao Estado garantir que as condições de liberdade econômica estejam, de fato, satisfeitas, eliminando todos os seus impedimentos legais e institucionais”*. SMITH, A. **Conferências no bicentenário de “A Riqueza das Nações”**. Trad. Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978, p. 56.

¹³ SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello blanco: white collar crime**. The Uncut Version. Trad.: Laura Belloqui. Bueno Aires: Euros, 2009, p. 19.

¹⁴ TIEDEMANN, K. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985, p. 26-27.

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Op. cit., p. 77.

Em 1980, influenciada pelo conhecimento e pela experiência alemã, em especial pelas propostas desenvolvidas no Projeto de Código Penal Alternativo, a doutrina espanhola começou o debate, no plano de *lege ferenda*, sobre questões relacionadas à criminalidade econômica. Debates foram organizados, e, como consequência, teve-se a publicação do PLOCP de 1980. Em 1995, quando da aprovação de reformas realizadas em seu Código Penal, a Espanha decidiu pela manutenção de grupos de delitos econômicos já previstos anteriormente na própria lei penal e em leis especiais, bem como decidiu por introduzir em seu novo código penal um título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação de crimes socioeconômicos, elegendo assim novas condutas delitivas nessa seara¹⁶.

Em 2002, a promulgação da Lei Sarbox¹⁷ promoveu a maior reforma no mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação, logo após a crise financeira de 1929. A medida traduziu a resposta do governo americano a uma série de escândalos (fraudes contábeis) ocorridos em grandes empresas como *WorldCom* e *Enron*, cuja finalidade foi recuperar a confiança dos investidores e evitar uma descapitalização das empresas americanas e uma crise econômica generalizada naquele país.

No Brasil, a ordem econômica e financeira foi reconhecida como matéria constitucional a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸.

Ademais, a partir da década de 1990 se assistiu a uma sistemática promulgação de leis, as quais criaram os chamados “crimes econômicos” ou “crimes empresariais”¹⁹.

¹⁶ Ibid., p. 78.

¹⁷ Veja-se: “Sarbanes-Oxley, uma lei norte-americana editada com o objetivo de restaurar o equilíbrio dos mercados por meio de mecanismos que assegurem a responsabilidade da alta administração de uma empresa sobre a confiabilidade da informação por ela fornecida”. BORGERTH, V. M. da C. **Sox**: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley. São Paulo: Thomson Pioneira, 2007, p. 3.

¹⁸ Vejam-se as disposições do art. 170 da CRFB/1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017).

¹⁹ Lei n. 8.137 de 1990, que criou os delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo e contra a ordem tributária; Lei n. 8.078 de 1990, que criou delitos contra as relações de consumo; Lei n. 8.176 de 1991, que criou delitos contra a ordem econômica, e Lei n. 9.613 de 1998, que criou crimes de lavagem ou ocultação de bens. Cf. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Estudos Criminais**, n. 54, p. 167, jul./set. 2014.

1.2. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Andrei Zenkner Schmidt²⁰ assevera que a intervenção estatal no campo econômico, por meio do Direito penal, é justificável, uma vez que considera que os crimes econômicos configuram ofensas a bens jurídicos em sua dimensão constitucional. Ou seja, para o autor, a ordem econômica, uma vez erigida a programa constitucional, legitima o Estado a regulá-la ou intervir em espaços onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidez e transparência do mercado. Assim, a intervenção estatal direta e/ou indireta na economia somente deve ocorrer naqueles segmentos em que a irrestrita liberdade dos fluxos econômicos pode gerar riscos consideráveis à realização do indivíduo enquanto pessoa, uma interlocução direta com princípio da dignidade humana.

De acordo Bernd Schünemann²¹, o Direito Penal comprometido com a proteção de bens jurídicos não pode cuidar apenas de furtos e lesões corporais, quais sejam os delitos considerados miseráveis que compõem a massa daquilo que vem ocupando o Direito Penal por toda a sua história. Em tempos atuais, é a criminalidade de empresa, a criminalidade de elite que representa o maior perigo para os bens juridicamente relevantes, quais sejam os bens metaindividuais.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira²², a criminalidade econômica pode ocorrer na forma de criminalidade na empresa (crimes cometidos dentro da corporação contra outras entidades ou indivíduos ou ainda contra si mesma) e criminalidade da empresa (crimes cometidos em favor da empresa).

Em relação à criminalidade na empresa e à criminalidade da empresa, dados mostram que de fato as afirmações tidas na literatura se coadunam com a práxis empresarial. Quanto à criminalidade na empresa, uma pesquisa realizada pela *PricewaterhouseCoopers* – entrevistados 5.128 executivos de mais de 95 países, sendo 132 deles brasileiros – demonstrou que no Brasil 27% das empresas relataram ter sofrido com a prática de algum crime econômico no período de 2014. Esse percentual chegou a ser de 33% quando o período analisado foi 2011. Dentre os crimes praticados nos períodos analisados, destacam-se o roubo de ativos, fraude no processo de compras e suborno e corrupção²³.

²⁰ SCHMIDT, Op. cit., p. 70-71.

²¹ SCHÜNEMANN, B.; GRECO, L. Estudo de direito penal, processo penal e filosofia do direito. **Direito Penal e Criminologia**, São Paulo, p. 13-14, 2013.

²² SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128-129.

²³ MAIA, O.; WHITEHEAD, M. **7ª Pesquisa Global sobre crimes econômicos**. São Paulo: PwC, 2014, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/pesquisa-gecs-2014.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

No que diz respeito à criminalidade da empresa, uma matéria publicada em 2014, na página eletrônica da *Consellium Compliance & Risk Search*, mencionou dados de uma pesquisa realizada no mesmo período pela *Ernest & Young*, na qual 15% dos executivos brasileiros que se sentiam pressionados por resultados relataram que estariam dispostos a cometer algum tipo de ilícito, v.g. pagar propina para alcançar suas metas dentro das empresas. Mencionou ainda que crimes como corrupção e evasão fiscal resultam, para países como o Brasil, em perdas significativas, sendo no primeiro caso uma perda aproximadamente de 2,5 do PIB anual, o que seria algo em torno de 50 USD bilhões anuais e, no segundo, um custo aos cofres públicos que só em 2013 chegou perto dos 208 USD bilhões²⁴.

Portanto, verifica-se que a criminalidade econômica, seja ela criminalidade na empresa ou da empresa, implica em grandes prejuízos à ordem econômica, logo a toda coletividade. Esse tipo de criminalidade pode ainda tomar como vítima a própria empresa, de modo a causar-lhe grandes perdas financeiras.

Sendo assim, constatada a relevância da ordem econômica, enquanto bem jurídico compartilhado por todos e indispensável ao desenvolvimento humano do indivíduo, não seria plausível admitir que atos atentatórios nesse âmbito não fossem passíveis de reprovação e, por conseguinte, fora do alcance das normas jurídico-penais.

2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

No âmbito do Direito Penal Econômico, além de se discutir a especificidade do bem jurídico a ser tutelado – ordem econômica e outros arranjos –, também se faz necessário analisar a existência de um novo tipo de autoria, haja vista a constatação de que condutas ilícitas que atentam contra a economia popular são praticadas de forma majoritária por agentes econômicos.

Nesse sentido, esta seção inicia-se na busca por uma compreensão mínima acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para tanto, buscar-se-á analisar o surgimento de tal responsabilidade a partir de uma responsabilidade penal por produto, bem como analisar quais são as concepções doutrinárias e jurídicas atribuídas a essa responsabilização em realidades comparadas.

²⁴ NEW Brazilian anti-corruption law: compliance as a competitive advantage. Disponível em: <<http://corporatecomplianceinsights.com/brazilian-new-anti-corruption-law-the-compliance-as-a-competitive-advantage>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: UMA RESPONSABILIDADE POR PRODUTO

Segundo Lothar Kuhlen²⁵, o desenvolvimento da responsabilidade penal por produto ocorreu de forma similar em vários países, especialmente na Europa. O fator que teria explicado esse processo seria o elevado potencial de perigo que a fabricação e a distribuição de produtos geram nas sociedades altamente industrializadas. Essas sociedades comportam riscos para a vida e integridade física dos consumidores e, por conseguinte, para bens jurídicos protegidos tradicionalmente pelo Direito Penal como interesses fundamentais. A periculosidade que se depreende da distribuição de produtos pode ser reduzida a uma margem socialmente aceitável com a ajuda de normas de condutas que pressupõem a criação dos tipos penais correspondentes à fabricação e distribuição de produtos.

Assim, dessa criação em âmbito específico, houve como consequência a elaboração de normas de conduta, especialmente deveres de cuidado que afetam a produção. Passou a existir, ainda, a necessidade de desenvolver regras de imputação, que permitiriam tornar responsável todo aquele que, por sua posição dentro do sistema de fabricação e distribuição de bens, deveria assegurar o cumprimento das normas de conduta que permitem reduzir os riscos derivados do produto²⁶.

Um dos primeiros casos a ensejar uma responsabilidade penal por produto foi o caso *Lederspray, BGH* de 1990. Sua importância foi decorrente do fato que, até então, os danos causados por produtos defeituosos só eram tratados na esfera civil. Todavia, a partir de tal episódio, o Supremo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof/BGH*) decidiu acerca da responsabilidade penal pelo produto, colocando em evidência a posição de garante dos diretores, ou seja, aquele que cria uma situação de perigo a terceiros é obrigado a evitar o resultado lesivo²⁷.

Lederspray não foi o único caso e isso não ocorreu somente na Alemanha. Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde²⁸ destacam que a responsabilidade penal pelo produto no Direito Penal espanhol teve como ponto de partida o caso *Azeite de Colza*. No ano de 1981, a empresa RPSA vendeu *Óleo de Colza* à Raelca, que mandou refiná-lo nas empresas ITH e Danesa Blau e, em seguida, o distribuiu ao consumo humano por meio

²⁵ KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. In: PUIG, M. S.; PEÑA, D. M. L. (Coord.). **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 231-232.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibid., p. 236-244.

²⁸ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 48-62.

de vendedores ambulantes. A partir daí, verificou-se que diversas pessoas apresentaram uma associação de sintomas nunca antes verificada, que compreendia distúrbios respiratórios, pneumonias, entre outros. Trinta e oito pessoas que integravam a linha de produção ou comercialização do *Azeite de Colza* foram acusadas pelo Ministério Público espanhol. Em maio de 1989, 13 destas foram condenadas em primeira instância pela autoria ou participação nos crimes de burla e contra a saúde pública pela adulteração e comercialização do referido produto. Cada um dos condenados recebeu pena de prisão, multa e indenização às vítimas.

Além do *Lederspray* e do *Aceite de Colza*, outros casos como *Contergan* e *Holzschutzmittel* também levaram ao reconhecimento de uma imputação penal em virtude da fabricação e circulação de produto defeituoso²⁹.

2.2 DIREITO COMPARADO: SISTEMA *COMMON LAW*

Em termos mais próximos, a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no horizonte da *Common Law* ocorreu a partir do século XIX, ganhando maior força no século XX³⁰. Desde então, se reconhece que pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas em matéria penal a partir de uma perspectiva funcional, pelos atos ou omissões dos seus empregados³¹.

Nesse sistema, ganhou destaque o posicionamento dos Estados Unidos da América e da Inglaterra. Lá, enfrentando a industrialização, o juiz, na realidade estadunidense, seguiu a doutrina inglesa que reconheceu a possibilidade de condenar penalmente a pessoa jurídica por infrações que não exigiam a demonstração do dolo³².

Na Inglaterra, em 1987, um naufrágio do chamado *Herald of Free Enterprise* resultou na morte de quase 200 pessoas. Houve a persecução penal da empresa responsável, *European Ferries Ltda.*, por homicídio culposo. Constatou-se que os eventos que levaram ao acidente poderiam ter sido evitados se medidas de organizações adequadas tivessem sido consideradas e implementadas pelo conselho da companhia. No entanto, nenhum dos membros do conselho tinha conhecimento suficiente dessas deficiências para ser

²⁹ Ibid., p.129.

³⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 81.

³¹ VERVAELE, J. A. E. *Societas universitas delinquere ed puniripotest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha*. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 106.

³² Ibid., p. 107.

criminalmente responsabilizado pelas mortes. Ademais, nenhum deles realizou os erros de execução que levaram ao acidente em questão³³.

Diante do ocorrido, a promotoria argumentou que os fatos conhecidos por cada um dos envolvidos poderiam ser coletivamente tratados como imprudência da corporação responsável. Tais argumentos foram rejeitados em sede recursal³⁴.

Na sequência, o parlamento aprovou duas novas leis. Buscou-se, primeiramente, ampliar o leque de situações em que pessoas jurídicas poderiam ser responsabilizadas penalmente pela morte de um indivíduo. Criou-se o crime de homicídio culposo corporativo. Caberia à pessoa jurídica a imputação criminal se a maneira pela qual suas atividades fossem organizadas e gerenciadas viesse a provocar a morte de uma pessoa ou constituir violação de relevantes deveres de cuidado da corporação para com a pessoa vitimada. Num segundo momento, a lei inglesa criou o crime de insuficiência das organizações comerciais em evitar a corrupção. A tipificação deste crime passou a traduzir uma responsabilidade penal objetiva³⁵.

Em 2009, visando à coibição de fraudes severas, os ingleses publicaram uma orientação, na qual se fazia referência à obtenção de resultados civis e ajustamentos globais com empresas que autorregulassem atos de corrupção no exterior. A orientação definiu, ainda, questões a serem consideradas e, entre elas, se o conselho de administração da empresa envolvida com a prática criminosa de corrupção estava verdadeiramente empenhado em resolver os fatos, bem como a modificar a sua cultura corporativa nesse aspecto³⁶.

Conforme já mencionado, os Estados Unidos da América passaram a adotar um regime jurídico muito semelhante ao modelo inglês, admitindo a criminalização das pessoas jurídicas. Destarte, no final do século XIX, coincidindo com o início da “Era Progressista”, foram editadas legislações específicas, as quais passaram a impor para as empresas americanas uma série de obrigações e proibições. Dentre tais legislações, destacam-se a *Sherman Antitrust Act*, de 1890, a *Elkins Act*, de 1903 e a *Federal Food and Drugs Act*, de 1906. Estes regulamentos foram o resultado de um intenso esforço dos estados federais norte-americanos em regular a atividade empresarial em seus territórios. Ademais, ao mesmo tempo em que se estabeleceram tais regulamentações, os tribunais

³³ PIETH, M.; IVORY, R. Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 43-44.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., p. 56.

estadunidenses, especialmente aqueles pertencentes aos estados federais, passaram a admitir a responsabilidade criminal dos entes coletivos³⁷.

A aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorreu por derradeiro a partir do ano de 1909. Naquela oportunidade, foi levado à Suprema Corte estadunidense para julgamento o caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*. Ao apreciar o caso, a Suprema Corte seguiu os passos dos tribunais inferiores, uma vez que considerou que a responsabilidade por crimes cometidos por empregados poderia ser imputada à pessoa jurídica, desde que estes atuassem no exercício de suas funções e com a intenção de beneficiar a própria empresa. Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte se utilizou da doutrina *respondeat superior*, suportada no Direito privado, a qual, por razões de interesse público, deveria se estender à responsabilidade criminal³⁸.

2.3 DIREITO COMPARADO: SISTEMA DE DIREITO CONTINENTAL

No sistema de Direito continental, em que pese que o preceito da *societas delinquere non potest* sempre tenha demonstrado grande força, inclusive até os tempos hodiernos, as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontraram espaço, sobretudo a partir da Conferência da Associação Internacional de Direito Penal em Bucareste, no ano de 1929³⁹.

Com o passar dos anos, o movimento ganhou mais força, principalmente a partir de eventos como as Jornadas de penalistas alemães, suíços e austríacos em 1993 e o Seminário Internacional de Direito Comparado no Cairo em 1994. Ademais, em 1988, a Recomendação feita pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa mencionava que a empresa deveria ficar isenta de responsabilidade criminal, pois sua organização não se viu implicada em delitos cometidos, e que ela tomou medidas necessárias para impedir a sua realização⁴⁰.

Ao longo dos anos de 1990 e no início dos 2000, diversos países da Europa filiados ao sistema romano-germânico, aparentemente visando cumprir a Recomendação do Conselho de Ministros da União Europeia, passaram a adotar a responsabilidade penal da

³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. Responsabilidad penal de las empresas personas jurídicas: the American way. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 41.

³⁸ Ibid., p. 41-42.

³⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 83.

⁴⁰ Ibid., p. 84.

pessoa jurídica em seus ordenamentos jurídicos. Dentre tais países, frisa-se a França, por ser considerado pela doutrina como caso de destaque, haja vista que foi o primeiro país de origem de Direito continental a aderir à responsabilidade penal da pessoa jurídica, e a Espanha, sendo o motivo para tanto o fato de que antes da promulgação da LO 15/2003 e da LO 5/2010, tal país, juntamente com a Alemanha e a Itália, formavam o chamado triunvirato contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica⁴¹.

Todavia, na contramão das Recomendações da União Europeia, existem no sistema de Direito continental objeções à responsabilidade penal da pessoa jurídica, destacando-se nessa seara Alemanha e Itália. Mas, nem tudo parece estar perdido. Nestes países, conquanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja rejeitada quase que de forma peremptória, o tema não ficou imune ao debate. No entanto, até o presente momento, a posição quanto à rejeição da responsabilização criminal das pessoas jurídicas nestes países é majoritária, de modo que ilícitos cometidos por pessoas jurídicas são punidos com sanções administrativas⁴².

No Brasil, a responsabilização criminal da pessoa jurídica foi prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo explícito em seu art. 225, § 3º, em se tratando de crimes ambientais, e de modo um tanto vago ao tratar de condutas que atentam contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º)⁴³.

Em 1998, foi aprovada a Lei n. 9.605, que passou a regulamentar os crimes ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica no plano infraconstitucional, uma vez que trouxe previsão expressa em seu art. 3º, parágrafo único, quanto à possibilidade de se imputar às pessoas jurídicas responsabilidade administrativa, civil e penal quando

⁴¹ SEMINARA, S. Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 128.

⁴² Ibid., p. 129.

⁴³ Veja-se o art. 225, § 3º, da CRFB/1988: “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” [...] “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”. E, ainda, art. 173, § 5º: “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. [...] 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” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017).

da prática de crimes ambientais. Em relação à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso das disposições do art. 173 § 5º da Carta Magna, até o momento não houve implementação legislativa⁴⁴.

Diante de tais previsões legais, a doutrina brasileira não se mostra pacífica a respeito da aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, tampouco nos crimes econômicos. Nos crimes previstos na Lei n. 9.605, as objeções situam-se em quatro pontos fundamentais: transposição das penas; culpabilidade; falta de vontade das pessoas jurídicas; e inaplicabilidade das penas privativas de liberdade a estas⁴⁵.

Nos casos de crimes econômicos, a discussão sequer chegou ao nível das objeções dadas à Lei n. 9.605, uma vez que não foi sedimentado o entendimento sobre haver, ou não, de fato, uma autorização constitucional.

E, quando casos concretos que envolviam questões disciplinadas pela Lei n. 9.605 foram levados ao judiciário brasileiro, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, a fez durante um largo tempo na forma de responsabilidade por ricochete ou dupla imputação, ou seja, a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas somente poderia se verificar em conjunto com a responsabilidade individual. Desse modo, a Suprema Corte brasileira passou a decidir que a responsabilidade penal da pessoa jurídica jamais se mostraria independente, portanto, vinculando-se, sempre, ao princípio de heterorresponsabilidade⁴⁶.

Entretanto, em 2013 o Supremo Tribunal Federal inovou. Ao julgar o RE 548181/PR decidiu como admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Naquela oportunidade, a Ministra Rosa Weber, relatora do processo, ponderou que a cega obediência ao princípio da dupla imputação incorreria, em verdade, em uma agressão ao preceito do art. 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A ideia geral do constituinte originário, conforme novo posicionamento do Supremo Tribunal, teria sido a da imputação independente, e, portanto, condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física seria praticamente o mesmo que subordinar a responsabilidade jurídico-penal da pessoa coletiva à efetiva condenação da pessoa física, o que seria

⁴⁴ SAAVEDRA, G. A. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Revista de Estudos Criminais**, n. 54, p. 167, jul./set. 2014.

⁴⁵ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 166.

⁴⁶ Ibid., p. 172.

impensável. A partir dessa decisão, abriu-se um novo paradigma sobre o pensamento de responsabilização criminal em crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁷.

Percebe-se, assim, uma inclinação para a incorporação e o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica na forma de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, destaca-se que, de *lege ferenda*, as discussões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro encontraram espaço no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012⁴⁸.

A comissão elaboradora do PLS 236/2012 optou pela incorporação e pelo reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma mais abrangente do que se tem hoje em termos de *lege lata*, no entanto, ainda com grandes limitações. O *caput* do art. 41 do referido projeto ampliou a responsabilidade penal da pessoa jurídica para além dos crimes ambientais, abarcando assim crimes contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro. Contudo, não deixou de ser um recorte no âmbito da imputação, uma vez que tratou de apresentar os delitos a partir de um rol taxativo. Trouxe ainda outras duas limitações, a primeira sendo a exigência de que o ilícito penal deve ser decorrente de decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado da empresa, e a segunda que tal fato tenha sido praticado no interesse ou para o benefício da organização⁴⁹.

3 **CRIMINAL COMPLIANCE**

Diante dos riscos que a criminalidade corporativa proporciona em termos de prejuízos econômicos e sociais, sejam prejuízos em face da própria empresa ou a um grupo específico, ou ainda a toda a coletividade, bem como constatados os riscos decorrentes da possibilidade de se punir criminalmente pessoas jurídicas e seus sócios, organizações empresariais passaram a adotar, seja por imposição do poder estatal ou por ação voluntária, certos mecanismos de prevenção e combate à criminalidade econômica, tais como *Criminal Compliance Programs*.

⁴⁷ GUARAGNI, F. A.; CHIAMULERA, A. **Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais**: aspectos práticos da atuação do ministério público. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

⁴⁸ PROJETO de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁴⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 173.

Destarte, esta seção buscará identificar qual a orientação e a finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre estes sistemas, no âmbito do Direito penal econômico, especificamente no que concerne à responsabilização criminal de pessoas jurídicas em eventual envolvimento com ilícitos penais.

A concentração de poder econômico das organizações empresariais promoveu uma série de transformações na forma de se interpretar e aplicar o Direito Penal, especialmente a partir do processo de globalização econômica⁵⁰.

Conforme já verificado nas seções anteriores, nesse cenário, emergiu o Direito penal econômico, cujo marco de atuação preponderante se deu no contexto da atividade empresarial, haja vista que a existência de certa criminalidade, a chamada criminalidade econômica, nessa seara, ensejou a necessidade de regulamentação da atividade econômica por parte dos Estados.

Contudo, dada a complexidade das organizações empresariais e suas forças econômicas, que por vezes podem conquistar forças políticas, fatores estes que certamente tendem a favorecer, pelo menos em parte, a prática de crimes empresariais ou ainda dificultar investigações e, por conseguinte, a punição de tais crimes, tornou-se latente que, junto à regulação estatal, se institucionalizasse o dever empresarial de adoção de políticas internas de transparência e segurança, ou seja, o desenvolvimento de mecanismos e estruturas destinados à prevenção da criminalidade econômica. Nesse sentido, o tema do *criminal compliance* ganhou força, por tratar-se da busca por melhores práticas de prevenção aos crimes empresariais⁵¹.

Segundo Lothar Kuhlen⁵², o Direito Penal Econômico, introjetado pelos valores do *criminal compliance*, não deve se restringir mais ao mero papel de reprimir fatos delituosos, e constitui-se, com isto, um novo paradigma de ordenamento jurídico, o surgimento de uma proposta eminentemente preventiva, na qual a ação reguladora do Estado passa a impor ao particular deveres de evitação de detecção de riscos penais.

Nesse sentido, *criminal compliance* pode ser compreendido como a parte responsável por questões penais insertas em um programa de *compliance* genérico. Visa

⁵⁰ PINTO, N. R. A prática de *Whistleblowing* como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 115-150.

⁵¹ Idem.

⁵² KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013, p. 51.

garantir a observância da norma legal, especificamente a jurídico-penal, de modo a mitigar riscos penais existentes no desenvolvimento da atividade empresarial⁵³.

A finalidade que se pretende com a implantação do *criminal compliance* é, por um lado, poder advertir que riscos penais são previsíveis objetivamente, para, em seguida, articularem-se mecanismos de controle e reação frente à eventual realização de tais riscos. O que se pretende, portanto, é a prevenção de condutas criminosas praticadas dentro das organizações empresariais⁵⁴.

Segundo Ulrich Sieber⁵⁵, para que um programa de *criminal compliance* consiga impedir a criminalidade, desde um ponto de vista da própria empresa ou contra ela mesma, devem-se levar em consideração elementos estruturais, como: a definição e a comunicação de valores e objetivos empresariais, que devem ser respeitados; a análise dos riscos penais específicos correspondentes aos ramos de atividade nos quais a empresa está inserida; a fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados mediante objetivos definidos; o estabelecimento de procedimentos para a prevenção da criminalidade empresarial; a fixação de responsabilidade em nível de mando médio, criando assim uma unidade empresarial especializada, ou seja, um departamento especializado em *criminal compliance*; a criação de sistemas de informações para o descumprimento e esclarecimento de delitos eventualmente praticados; sistemas de informantes para o recebimento de denúncias anônimas; a determinação de um setor encarregado de casos suspeitos, que devem ser esclarecidos (envolvendo um departamento de *criminal compliance* e até mesmo o poder estatal, por meio de autoridades reguladoras); e o estabelecimento de medidas internas para a sanção de condutas desviadas.

Para garantir a efetividade das medidas preventivas dos programas de *criminal compliance*, seria especialmente significativa a cooperação entre o sistema de regulação interno da empresa e as estruturas do poder estatal de prevenção de à criminalidade econômica. Assim, o Estado legislaria no sentido de exigir a implementação do *criminal compliance* por parte das empresas em um sistema chamado de autorregulação regulada, no qual se buscaria a cooperação entre o setor público e privado para melhor prevenir a criminalidade empresarial⁵⁶.

⁵³ GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Província de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico.

⁵⁴ GALLEGO SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 197.

⁵⁵ SIEBER, U. **Programas de compliance em el derecho penal de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 8-9.

⁵⁶ ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 125.

Nesse sistema, haveria exigências, em relação às empresas, na aceção de se regulamentarem, visando prevenir internamente condutas criminosas, mediante adoção do *criminal compliance*, tendo como preocupação essencial o fornecimento de certas informações aos agentes reguladores; enquanto que, por parte do Estado, este, além de receber e processar as informações no sentido de buscar evitar a infração das normas penais, teria de conceder vantagens às empresas que viessem a cumprir todos os procedimentos estabelecidos e ainda assim viessem a ser surpreendidas com a ocorrência de infrações no seu ambiente interno, sobretudo em se tratando de autodenúnciação. Caberia ainda ao Estado aplicar sanções às empresas que não cumprissem os procedimentos da lei, ou seja, a operacionalização efetiva do *criminal compliance*⁵⁷.

3.1 EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS

Segundo Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto⁵⁸, na atualidade, o *criminal compliance* constitui uma das formas de se evitar que a atividade empresarial conduza a realização de atos penalmente relevantes e que, se eventualmente venham a ocorrer, possam ser detectados e não repetidos. A motivação, para tanto, decorreria da melhor posição da empresa, em face do Estado, para controlar e supervisionar a regularidade de suas atividades frente à norma penal. Assim, a preocupação com a implementação e o desenvolvimento das discussões técnicas acerca do *criminal compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico acaba repercutindo na tradicional temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Theuan Carvalho Gomes da Silva⁵⁹ assevera que hodiernamente os empresários e as empresas têm encontrado diversas dificuldades. Por um lado, o cenário econômico se mostra instável e imprevisível. Por outro, a expansão do Direito Penal para tutelar os novos bens jurídicos, como ordem econômica, tributária e empresarial, tem se mostrado cada vez mais frequente e rigorosa. Nessa orla, estabeleceram-se notadamente os crimes de infração de dever, por meio dos quais é possível conduzir um tratamento unitário nas imputações e atribuições de autoria às pessoas jurídicas pela prática de crimes no

⁵⁷ Idem. PINTO, Op. cit., p. 115-150.

⁵⁸ SÁNCHEZ RIOS, R.; ANTONIETTO, C. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 114, p. 4-6, 2015.

⁵⁹ SILVA, T. C. G. da. O *criminal compliance* como ferramenta de contenção da expansão do direito penal no âmbito corporativo. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 81.

âmbito corporativo – isso também gera prejuízos e incertezas. Nesse contexto, o *criminal compliance* se apresenta não apenas como modelo ético a ser seguido e promovido, mas também como ferramenta capaz de evitar a responsabilidade penal objetiva de diretores, presidentes ou até mesmo da própria pessoa jurídica. Além de possivelmente prevenir a prática de delitos econômicos – o que ainda é difícil de afirmar, haja vista a existência de fatores como a cifra oculta e reduzidas ou inviáveis pesquisas no campo da criminologia econômica –, o *criminal compliance* poderia aumentar o grau de confiança na empresa, e poderia se apresentar como verdadeiro instrumento de contenção da expansão do Direito Penal em eventual intervenção penal.

De acordo com Renato de Mello Jorge Silveira⁶⁰, em realidades comparadas, verifica-se que em certos países, tais como a Inglaterra, chega-se a prever que a implementação de programas de *criminal compliance* poderia levar a uma completa exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para tanto, tais programas devem mostrar uma exitosa capacidade de prevenir, detectar e remediar descumprimentos normativos que podem ocorrer no dia a dia empresarial. Para o autor, o *criminal compliance*, mais do que um modismo, deve ser entendido como uma nova realidade de um novíssimo Direito Penal. Deve-se ter em conta que, em virtude da sua utilização correta, caberia ao Estado procurar estabelecer um afastamento de incidência típica. Nesse sentido, o correto adimplemento do *criminal compliance*, o qual se dá por meio do abrandamento de riscos penais e da adequação profissional dos gestores das empresas, pode justificar, em termos penais, um afastamento típico de eventual conduta ilícita.

Para Percy García Caveró⁶¹, o *criminal compliance* constitui um sério esforço por minimizar os riscos de responsabilidade penal da empresa e de seus órgãos de gestão, sendo que para esse feito, exige-se que este funcione como medidas eficazes na prevenção de delitos.

Adán Nieto Martín⁶² segue no mesmo rumo. Argumenta que uma correta organização empresarial interna, com a finalidade de prevenir e detectar condutas criminosas, pode exonerar a entidade moral de sanções penais ou ainda servir para uma forte redução. Assim, um sistema efetivo de *compliance* deveria exonerar a empresa de qualquer classe de imputação penal.

⁶⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 160.

⁶¹ GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Provincia de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico, 2015, p. 5.

⁶² NIETO MARTÍN, A. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013, p. 26.

Conforme José-Ignacio Gallego Soler⁶³, a orientação e a finalidade que se pretende com a implantação de programas de *criminal compliance*, além da busca pela prevenção de condutas criminosas praticadas dentro das organizações empresariais, é, em um plano mais prático, atenuar a responsabilidade da empresa em face da eventual realização de tais riscos, ou até mesmo exonerá-la de uma imputação penal.

Oswaldo Artaza Varela⁶⁴ destaca que, uma vez incorporada em certos ordenamentos jurídicos, quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, um dos problemas mais interessantes que surgiu foi o de determinar as possibilidades de defesa para as organizações. Dentre as possibilidades que tem a empresa para defender-se de uma eventual imputação penal, destaca-se por sua importância e pelo tratamento que tem recebido o programa de cumprimento. Trata-se de um sistema baseado num modelo de prevenção de delitos. A justificação para que a empresa não seja sancionada, em caso de ter implementado um programa de cumprimento – *criminal compliance* –, pode adotar diversas formas. Uma, porém pouco usual, se refere às consequências negativas que existiriam para sancionar, em todos os casos, as empresas. Aqueles que defendem esta tese argumentam que o que se pretende com a imposição de pena à empresa é motivar que ela controle adequadamente suas eventuais condutas delitivas. Desse modo não pareceria eficiente sancioná-la a todo evento depois da constatação de que se praticou um delito a propósito de sua atividade, já que não existiria incentivo algum para aquelas empresas que adotaram medidas necessárias para a prevenção de crimes. Entretanto, segundo o autor, este argumento não é o mais satisfatório, pois isso seria relacionar a implementação de um programa de conformidade com a eventual atribuição de responsabilidade criminal. O que está em jogo é a imposição de uma sanção e, portanto, se deve atender a uma dimensão de legitimidade em sua distribuição e não pautar-se exclusivamente na sua eventual utilidade.

Para Ramon Ragués i Vallès⁶⁵, o fato de contar com um procedimento interno de prevenção de delitos pode ser, junto com outras medidas, um fator a se ter em conta de

⁶³ GALLEGO SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 197.

⁶⁴ ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 231-232.

⁶⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 171-195.

acordo com a regulação vigente, seja para atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica ou, sobretudo, para valorar tal responsabilidade, bem como quantificar a correspondente sanção. Um sistema interno de prevenção de delitos que reúna todas as exigências legais deverá ser considerado como uma medida eficaz de descobrimento e prevenção de crimes. Sendo assim, uma empresa que conte com este procedimento, além de outros meios preventivos adequados, deveria ser uma candidata a uma aplicação de lei o mais benéfica possível.

Como se viu, farta é a doutrina que constrói e defende um argumento de que a preocupação com a implementação e o desenvolvimento das discussões técnicas acerca do *criminal compliance* na seara do Direito Penal Econômico deve repercutir sistematicamente no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ora exonerando a entidade moral de sanções penais, ora servindo como atenuante de pena.

Mas não é só isso. Nessa celeuma, cabe destacar que esse posicionamento parece ter dado transcendência à discussão acadêmica, de modo que se vê uma progressiva incorporação em lei de determinadas disposições, as quais trabalham certa sistemática, a de que a implantação de um sistema efetivo de *criminal compliance* poderia, de fato, proteger organizações empresariais de qualquer classe de imputação penal. Assim aparecem as legislações estadunidense, britânica e espanhola – ordenamentos jurídicos que, conforme se verificou na segunda seção deste trabalho, reconhecem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Nos Estados Unidos da América, a *Federal Sentencing Guidelines* estabelece a redução de penas de índole criminal se, porventura, a empresa possuir um efetivo programa de *criminal compliance*. Em julgamentos criminais federais, a eficácia do programa de *criminal compliance* de empresas norte-americanas é julgada de acordo com fatores enumerados nas normas de condenação⁶⁶.

No Reino Unido, cabe destacar que foi promulgada em 2010 a lei o *UK Bribery Act* com o objetivo de criminalizar condutas de ofertas ou pagamentos de propina a qualquer pessoa, seja ela do setor público ou do setor privado. A referida lei foi aprovada seguindo-se os padrões internacionais de prevenção e combate da corrupção, estabelecidos por instituições internacionais, como a OCDE. Buscou tratar diretamente de atos de suborno

66 WELLNER, P. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, New York, v. 27, n. 1, p. 505-520, 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

envolvendo servidores públicos nacionais ou estrangeiros, além de inovar versando sobre o suborno entre particulares e criando o crime, praticado somente por pessoa jurídica, de falhar em prevenir que pessoas a ela relacionadas pratiquem ato de suborno em seu nome. Buscou, ainda, estabelecer créditos pela existência de programas de *criminal compliance*, ou seja, estabeleceu como defesa absoluta, capaz de isentar a responsabilidade da pessoa jurídica, a existência efetiva de mecanismos e procedimentos adequados de *compliance*⁶⁷.

Na Espanha, a reforma legislativa realizada por meio da LO 1/2015 tratou de regulamentar o *criminal compliance* como instrumento de isenção da responsabilidade penal para as pessoas coletivas⁶⁸.

Verifica-se, então, que a partir da reforma legislativa de 2015, exige-se, para o afastamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico espanhol, o cumprimento simultâneo e integral de todas as condições então estabelecidas. Se não presentes na totalidade, servirão apenas como elemento de redução da pena.

A respeito de todo o exposto, Thomas Rotsch⁶⁹ destaca que, nessa linha argumentativa, o *criminal compliance* passa a ser considerado como uma moda passageira, vazia em conteúdo. Isso encontraria razão especialmente no fato de que, na maioria das ocasiões, seja em maior ou menor medida, o seu conceito é subsumido arbitrariamente a objeto de estudo da ciência jurídica e criminal e na discussão sobre a prática criminosa, considerando apenas um objetivo comum, qual seja, evitar a responsabilidade criminal da empresa.

67 SANTOS JR., B. dos; PARDINI, I. L. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade do compliance. **Revista Interesse Nacional**, n. 24, mar. 2014. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance>>. Acesso em: 26 maio 2016.

68 “Art. 31-bis. [...] a pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade se são cumpridas as seguintes condições: 1ª - se o órgão de administração adotou e executou, com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem a medida de vigilância e controle idônea para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa o risco de sua comissão; 2ª - se a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado foi confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e de controle ou que tenha encomendado legalmente a função de supervisionar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica; 3ª - se os autores individuais cometeram o delito burlando fraudulentamente os modelos de organização e de prevenção da companhia; e 4ª - se não se produziu uma omissão ou um exercício insuficiente de suas funções de supervisão, de vigilância e controle por parte do órgão a que se refere a condição segunda” (CÓDIGO Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 11 de abril de 2016).

69 ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**, Barcelona, p. 4-5, 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a intervenção estatal na esfera econômica, por meio da aplicação coercitiva da norma penal, diante do que se denominou de Direito Penal Econômico, se apresenta como uma solução admissível, uma vez que a ordem econômica configura condição essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade, portanto, tendo conformação de direito fundamental e sendo alçada ao *status* de bem jurídico de dimensão constitucional. Nessa esteira, viu-se surgir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica a partir de uma íntima relação com a teoria da responsabilidade penal por produto e, nos sistemas da *Common Law*, desde que identificada a existência da criminalidade empresarial, a responsabilização criminal de entes coletivos passou a ser imputada sem grandes restrições, já no sistema de Direito continental, em que pesem as objeções, mostrando-se mais frequentes, a discussão sobre tal responsabilização também ganhou espaço, de modo que se tem mostrado aplicável em importantes ordenamentos jurídicos como a França e a Espanha. Por fim, percebe-se que os sistemas de *compliance* enquanto mecanismos de prevenção de ilícitos no âmbito empresarial surgiram a partir da postura do legislador ao estabelecer os chamados deveres de *compliance*, além de que a discussão técnica destes sistemas no âmbito do Direito Penal Econômico levou à configuração do que se convencionou chamar de *criminal compliance*, sendo que os discursos que o circundam, na maioria das vezes, buscam explorar a sua capacidade de exonerar pessoas jurídicas de qualquer classe de imputação penal.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2015.
- ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 231-272.
- BECK, U. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BORGERTH, V. M. da C. **Sox: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley**. São Paulo: Thomson Pioneira, 2007.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- CORREIA, E. Introdução ao direito penal económico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, problemas gerais**. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 293-296.
- ESPAÑA. **Código penal y legislación complementaria**. Edición actualizada, 11 de abril de 2016. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- GALLEGO SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014. p. 195-272.
- GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Provincia de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico. Disponível em: <<http://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2015/LavadoCompliance.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- GUARAGNI, F. A. As razões históricas do direito penal econômico. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 4, jul./dez. 2007.
- GUARAGNI, F. A.; CHIAMULERA, A. **Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais: aspectos práticos da atuação do ministério público**. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. In: PUIG, M. S.; PEÑA, D. M. L. (Coord.). **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996. p. 231-246.
- _____. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013. p. 51-76.

MAIA, O.; WHITEHEAD, M. **7ª Pesquisa Global sobre crimes econômicos**. São Paulo: PwC, 2014. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/pesquisa-gecs-2014.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIRANDA, F. S. M. P. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho. **Direito, Justiça e Cidadania**, São Roque, v. 3, n. 1, p. 04, jan./dez. 2012.

NEW Brazilian anti-corruption law: compliance as a competitive advantage. Disponível em: <<http://corporatecomplianceinsights.com/brazilian-new-anti-corruption-law-the-compliance-as-a-competitive-advantage>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

NIETO MARTÍN, A. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013. p. 21-50.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. Responsabilidad penal de las empresas personas jurídicas: the American way. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 35-88.

PIETH, M.; IVORY, R. Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014. p. 19-101.

PINTO, N. R. A prática de Whistleblowing como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 115-124.

PROJETO de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, R. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 87-120.

ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 4-5, Enero 2012.

SAAVEDRA, G. A. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia, v. 12, n. 54, p. 165-180, jul./set. 2014.

SÁNCHEZ RIOS, R.; ANTONIETTO, C. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 341-376, mai./jun. 2015.

SANTOS JR., B. dos; PARDINI, I. L. Lei Anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade do compliance. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 42-50, mar. 2014. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoes-revista/lei-anticorrupcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, B.; GRECO, L. Estudo de direito penal, processo penal e filosofia do direito. **Revista Direito Penal e Criminologia**. São Paulo: M. Pons, 2013.

SEMINARA, S. Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 195-272.

SIEBER, U. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SANCHEZ, J.-M. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, T. C. G. da. O criminal compliance como ferramenta de contenção da expansão do Direito penal no âmbito corporativo. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 81-90.

SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva 2015.

SMITH, A. **Conferências no bicentenário de “A Riqueza das Nações”**. Tradução: Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo Editorial da UERJ, 1978.

SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello blanco**: white collar crime. The Uncut Version. Tradução: Laura Belloqui. Buenos Aires: B. de F., 2009.

TIEDEMANN, K. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

VERVAELE, J. A. E. Societas universitas delinquere ed puniripotest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014. p. 106.

WELLNER, P. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardozo Law Review**, New York, v. 27, n. 1, p. 505-520, Oct. 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.