

UNIVERSIDADE ANHEMBI MORUMBI

ESCOLA DE DIREITO

FERNANDA PUTRINO DE SOUZA

**DA INSUFICIÊNCIA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE FRENTE AOS DELITOS
DE ORDEM ECONÔMICA**

**SÃO PAULO
2023**

FERNANDA PUTRINO DE SOUZA

**DA INSUFICIÊNCIA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE FRENTE AOS DELITOS
DE ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Anhembi Morumbi – UAM, como
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador(a): Prof. Me. Pedro Borato.

**SÃO PAULO
2023**

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca UAM
Com os dados fornecidos pelo (a) autor (a)

S719i Souza, Fernanda Putrino de

Da insuficiência dos Programas de Compliance frente aos delitos de ordem econômica / Fernanda Putrino de Souza – 2023.
67f.

Orientador: Pedro Borato.
Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Anhembi Morumbi, São Paulo, 2023.
Bibliografia: f. 63 – 64.

1. Criminal compliance 2. Efetividade 3. Responsabilidade penal I.
Título

CDD 340

FERNANDA PUTRINO DE SOUZA

**DA INSUFICIÊNCIA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE FRENTE AOS DELITOS
DE ORDEM ECONÔMICA**

DEFESA PÚBLICA em:

São Paulo, _____ de _____ de 2023

BANCA EXAMINADORA:

Examinador(a) (**Orientador**)

Examinador(a)

Examinador(a)

À minha família que sempre me apoiou.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus agradecimentos à minha família e amigos de faculdade que me apoiaram durante todo o processo deste trabalho. Agradeço especialmente aos meus pais e irmãos que estiveram presentes e me apoiando durante toda a minha graduação para que esse sonho se tornasse realidade mesmo diante de todas as adversidades que enfrentamos durante esse período. Agradeço também ao meu orientador que colaborou para que este trabalho fosse realizado com a expertise necessária. O apoio e incentivo de todos foram necessários para a construção do presente trabalho.

A minha história é a dum alienado que se aliena,
esperando libertar-se. (PEPETELA, 2013)

RESUMO

O presente trabalho propõe analisar a efetividade dos programas de compliance e seu impacto na redução de delitos de ordem econômica que ocorrem em empresas. O trabalho se desenvolveu com base no método comparativo, o qual permitiu a análise comparativa entre o modelo de compliance espanhol e brasileiro. Além disso, a pesquisa é bibliográfica e utilizou-se a técnica exploratória em busca de conhecimento sobre o que já foi produzido no mundo acadêmico. Os resultados foram os de que os programas de compliance podem ser considerados como uma ferramenta promissora, no entanto, não há estudos o suficiente que comprovem o impacto que os programas têm para coibir e diminuir o número de ilícitos e na ética corporativa.

Palavras-chave: Criminal compliance; efetividade; responsabilidade penal.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the effects of compliance programs and their impact on reducing economic crimes in companies. The study was developed based on the comparative method, which allowed for a comparative analysis between the Spanish and Brazilian compliance models. In addition, the research is bibliographic and used the exploratory technique to search for knowledge about what has already been produced in the academic world. The results showed that compliance programs can be considered a promising tool, however, there is not enough evidence to prove that impact that programs have in preventing the number of offenses and in corporate ethics.

Keywords: Criminal compliance; effectiveness; criminal liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP – Ação Penal

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

PAR – Processo Administrativo de Responsabilização

SOX - *Sarbanes-Oxley*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A MUDANÇA EFETIVA DO COMPORTAMENTO ÉTICO DO MUNDO CORPORATIVO	13
1.1. Regulamentação do Compliance frente aos crimes de corrupção e fundamentos para a pesquisa de compliance	20
1.2. Risco envolvido na implantação de um programa de compliance (<i>Compliance Risk</i>) ...	25
2. DA CULPABILIDADE	27
2.1. Conceito de culpabilidade de acordo com Claus Roxin	31
2.2. Conceito de Culpabilidade de acordo com Gunther Jakobs	34
2.3. Conceito atual de Culpabilidade	36
3. PROBLEMAS ESTRUTURAIS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO BRASIL E O COMPLIANCE OFFICER	39
3.1. Compliance como um veto garantidor da governança corporativa.....	44
3.2. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus administradores	48
3.3. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e comparação entre os modelos de <i>Civil Law</i> x <i>Common Law</i>	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A evolução da atividade empresarial no mundo contemporâneo e especialmente com o desenvolvimento do mercado de capitais desencadeou diversas problemáticas de confiança e afloramento de delitos econômicos. Com isso, surgiu a necessidade de mecanismos regulatórios que pudessem coibir, prevenir e demonstrar confiabilidade para investidores de que crimes como corrupção e lavagem de dinheiro fossem afastados e então surgiu a necessidade de as empresas adotarem os programas de compliance, isto é, uma espécie de autorregulação regulada para que as organizações pudessem contribuir com a missão de se autorregularem por meio de códigos e políticas corporativas e ao mesmo tempo cumprirem com as leis que as regulam.

Diante disso, o presente trabalho busca analisar e discorrer sobre como os programas de compliance de fato impactam na esfera criminal de delitos econômicos e se eles são suficientemente eficientes para coibir crimes dessa natureza.

A metodologia deste trabalho terá como base o método comparativo, o qual permitirá a análise comparativa entre o modelo espanhol e brasileiro acerca dos programas de compliance. Esse método consiste em investigar aspectos divergentes e similares entre os objetos em comparação. Ademais, a pesquisa é de cunho bibliográfico, utilizando a técnica exploratória, para que se busque respostas e amplie o conhecimento sobre o que já é conhecido.

Com a evolução do mercado, novos instrumentos de influência penal passaram a ser utilizados, o que tem impacto nas próprias bases da questão criminal. Em um cenário globalizado, as perspectivas mundiais são cada vez mais presentes e há verdadeiras imposições internacionais buscando uniformidade em certos tratamentos. Diante dessa nova realidade, o *criminal compliance* se torna relevante. O objetivo deste trabalho é justamente traçar uma compreensão desse conceito, tomando como base e referência o que é feito em outros países, especialmente na legislação espanhola, devido à proximidade evolutiva de alguns conceitos abordados aqui, e procurar definir seus limites no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ainda persiste o problema do entendimento da abrangência do *criminal compliance* pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em um caso envolvendo corrupção – AP 470, o Tribunal entendeu que as disposições relativas à obediência normativa não diziam respeito a ponderação preventiva, mas sim a um reforço penal no que tange a lavagem de capitais. Desse modo, a falta de correspondência aos programas de

compliance foi considerada uma verdadeira infração de dever, o que tornou possível a estipulação penal de vários acusados.

Os programas de compliance surgiram nos Estados Unidos com o objetivo de prevenir delitos econômicos empresariais por meio de uma regulação conjunta entre o Estado e o setor privado, isto é, as empresas, principalmente as de capital aberto na Bolsa de Valores. Essa regulação é estabelecida por meio de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, que é uma forma particular de autorregulação. Esses programas são baseados em códigos de conduta, políticas corporativas e treinamentos dos colaboradores. A autorregulação é vista como uma autoimposição voluntária de padrões de conduta pelos organizadores e pelos próprios indivíduos, e serve como pano de fundo para toda a questão do compliance.

Ao longo da história, os Estados Unidos tiveram diversas tentativas de regulamentação do mercado. Após a crise de 1929, houve momentos em que se impôs a obediência a um padrão de comportamento, mas ainda muito distante do que seria uma autorregulação. No entanto, crises mais recentes, como a da empresa Enron, propiciou novas formas de prevenção e controle. Isso culminou, em 2002, com a aprovação da Lei *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), uma lei que estabeleceu novas regras e requisitos para as empresas de capital aberto nos Estados Unidos. O SOX foi criado em resposta a escândalos financeiros e contábeis de enorme proporção que abalaram a confiança dos investidores e do público como um todo nas empresas e na integridade do mercado financeiro americano. Assim, os programas de compliance que têm como objetivo prevenir delitos econômicos empresariais por meio de uma correção estatal e provada, surgiram nos Estados Unidos com a intenção de melhorar a transparência, a responsabilidade e a confiança nos mercados financeiros.

O primeiro capítulo busca contextualizar o surgimento dos programas de compliance bem como a conceituação da autorregulação regulada remontando os conceitos a partir de E. Sutherland sobre os crimes de colarinho branco até o advento do Compliance no contexto brasileiro, internalizado por meio da Ação Penal de nº. 470 e a Lei Anticorrupção 12.846/2013 e seu recente decreto que a regulamenta 11.129/2022. Além da Lei Anticorrupção, há na legislação pátria a Lei 13.303/2016 que também impõe às empresas públicas a implementação de programas de integridade. Outra legislação que também será objeto de análise no presente trabalho é a Lei de licitações de 2021 (14.133/2021). Isso posto, pode-se afirmar que no Brasil há um esforço para que as empresas implementem mecanismos internos de compliance com o objetivo de coibir delitos

econômicos, em especial a corrupção. No entanto, em nenhuma das leis citadas há o descritivo objetivo do que deverá conter nos programas de autorregulação. Em um primeiro momento, entendeu-se que o modo de estruturar os programas internos seria discricionário a cada empresa. No entanto, em 2022 editou-se um novo decreto que regulamenta a Lei 12.846/2013 o qual se preocupou em estabelecer parâmetros objetivos mínimos para que as empresas alcançassem e pudessem construir um programa de integridade considerado efetivo no combate à corrupção. Hoje, a forma como cada programa de compliance é construído é individualizado para cada empresa, até porque cada setor da economia possui riscos diferentes e inerentes ao seu negócio e isso impacta na forma como deve ser construído esses controles. No entanto, com o advento do decreto citado acima de número 11.129/2022, há um parâmetro mínimo a ser seguido e respeitado pelas empresas o que diminui a subjetividade e lacunas deixadas pelas leis que instituíram o compliance no Brasil.

O trabalho ainda discutirá o problema central da responsabilidade penal da pessoa jurídica no terceiro capítulo de modo mais aprofundado. Tal problemática é de suma relevância para este trabalho, uma vez que isso será levantado como uma forma ineficácia e inutilização do objetivo do próprio programa de compliance.

É interessante de se analisar a diferença entre países que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica para países em que tal responsabilidade não é admitida, partindo-se para a responsabilidade administrativa e civil em detrimento da responsabilidade criminal.

Por fim, a relevância do trabalho se justifica pela análise bibliográfica de como os programas de compliance, a partir de estudos, ainda não se sustentam enquanto detratores dos índices de criminalidade econômica. Isto é, não existem evidências científicas o suficiente para afirmar que os programas de integridade tal como foram construídos até hoje são capazes de desestimular o comportamento socialmente danoso. Além disso, como se verá no terceiro capítulo, no contexto brasileiro, a ideia de responsabilização penal da pessoa jurídica é um ponto de extrema importância quando se pensa em compliance, visto que a eficácia do programa fica comprometida quando o país não admite a referida responsabilização.

Em suma, o objeto desse trabalho tem como objetivo analisar e refletir sobre a responsabilidade imputada à pessoa jurídica que comete algum ilícito e diante disso, analisar a possibilidade de haver uma previsão de uma ferramenta sancionatória autorregulada pela empresa de modo que a finalidade seja tanto preventiva como atenuante de responsabilidade.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A MUDANÇA EFETIVA DO COMPORTAMENTO ÉTICO DO MUNDO CORPORATIVO

O tema do compliance tem sido objeto de intensos debates no mundo empresarial atualmente, uma vez que se apresenta como uma tentativa de autorregulação regulamentada que busca atender aos requisitos legais previstos na Lei nº 12.846/13 e na nova Lei de Licitações nº 14.133/2021¹. É notável a crescente necessidade de transparência e confiabilidade no ambiente corporativo, sobretudo em empresas que possuem acionistas, como no caso das empresas de capital aberto. O objetivo deste trabalho é analisar a efetividade dos programas de integridade implantados e observar seu desenvolvimento dentro da legislação brasileira de responsabilidade dos administradores. Para tanto, será realizada uma análise bibliográfica que visa identificar os principais pontos que afetam a efetividade dos programas de integridade no Brasil. Nesse sentido, destaca-se a importância do aprimoramento do compliance, a fim de construir um ambiente econômico mais confiável e seguro.

Há uma associação, nos delitos de ordem econômica, à expressão *White Collar Crime* cunhada por Edwin H. Sutherland ainda nos anos 30. Isso se deve ao fato de que se tratava de uma prática em que era muito comum o envolvimento de pessoas com alto status social como por exemplo políticos, empresários, diretores de grandes empresas privadas ou até mesmo estatais.

Diante do poderio financeiro e político dos envolvidos, no passado e ainda hoje é extremamente difícil identificar os autores dos delitos econômicos, dificultando também a aplicação de sanções e é daí que surge a necessidade de se implementar o compliance nas organizações.

Adentrando agora na terminologia, tem-se a chamada autorregulação regulada pelo fato de que as empresas possuem certa liberalidade para se autorregular, isto é, editar suas políticas corporativas internas, mas ao mesmo tempo, estão estritamente obrigadas a interagir com os sistemas de regulação elaborados pelo Estado. Por exemplo, uma empresa brasileira pode editar seu código de conduta, desde que o mesmo esteja de acordo com as leis positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, tem-se o instituto da autorregulação regulada, pois ainda com a

¹ MENDES, Francisco S.; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance - Concorrência e combate à corrupção, 1ª edição**. São Paulo]: Editora Trevisan, 2017, p.9.

liberdade que o direito privado estabelece para que as empresas possam instituir suas normas internas, há a presença do Estado regulando tais normas internas empresariais².

A ideia da autorregulação regulada nasce frente à crise do Estado neoliberal que acaba abrindo espaço para que as empresas instituem suas próprias regulações, por isso autorregulação³.

Partindo do ordenamento jurídico espanhol e europeu, tem-se que a autorregulação regulada ou também chamado intervencionismo administrativo é compartilhada por setores muito distintos. Com o advento do intervencionismo administrativo ocorre o incentivo às empresas a adotarem certas regras e normas internas organizacionais de modo a complementar a função regulatória do próprio Estado⁴, com isso, a organização passa a ter uma espécie de poder de polícia sobre si mesma.

Adentrando nos elementos da autorregulação, tem-se que o primeiro deles é a necessidade de as empresas instituírem códigos de conduta e políticas corporativas. Dito isso, a autorregulação possui a função de complementar o que o Estado deixa de regulamentar, isso porque diante de infinitas situações fáticas que possam culminar em delitos, as normas penais e administrativas, ainda que consideradas como norma penal em branco, são incapazes de esgotar todas as possibilidades.

Outro elemento relevante da autorregulação regulada é a mudança que esse instituto traz na estrutura do quadro de funcionários, visto que há invariavelmente a designação de pessoas ou órgãos que desempenhem uma função específica de zelar pela eficácia do programa de compliance e pela organização empresarial. Outra característica deste instituto é a necessidade de existir um controle externo que garanta, avalie ou audite que o sistema de autorregulação está em conformidade com as normas pré-estabelecidas⁵.

É de fundamental relevância lembrar que hoje, dentro do Direito Penal Econômico, fala-se no estímulo que a legislação oferece às empresas para não cometer ilícito, autogerindo-se para tanto por meio dos seus programas de integridade (compliance).

² RODRIGUES, Anabela M. **Direito Penal Económico**. Portual: Grupo Almedina, 2020.p. 89

³ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68.

⁴ NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. *Política Criminal*, Santiago, v. 3, n. 5, p. 1-118, jul. 2008. Disponível em: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf>. Acesso em: 29 nov.2022.p. 8.

⁵ NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. *Política Criminal*, Santiago, v. 3, n. 5, p. 1-118, jul. 2008. Disponível em: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf>. Acesso em: 29 nov.2022.p. 8.

O instituto do compliance surgiu nos Estados Unidos com o objetivo inicial de prevenir os delitos econômicos empresariais por meio de uma regulação privada como os códigos de conduta. A ideia era estabelecer padrões éticos e de integridade a serem seguidos pelas empresas e seus funcionários, visando evitar práticas ilícitas e condutas anticompetitivas.

Ao longo do tempo, o compliance evoluiu e se tornou um instrumento relevante no mercado para a prevenção e combate à corrupção e outros crimes econômicos em nível global. Hoje, os programas de compliance são amplamente utilizados por empresas de diversos setores em todo o mundo, não apenas como um mecanismo de prevenção de crimes, mas também como um instrumento para gerenciar riscos e aumentar a transparência e a confiança dos stakeholders.

Há quem diga que a instituição dos programas de compliance como se conhece hoje é uma mera evolução de Códigos de Conduta. De fato, os códigos de conduta podem ser considerados como o embrião dos programas de compliance, já que ambos visam estabelecer normas de conduta e ética a serem seguidas pelas empresas e seus funcionários.

No entanto, os programas de compliance vão muito além dos códigos de conduta, pois incluem uma série de medidas e controles internos que visam garantir o cumprimento das normas e prevenir práticas ilícitas. Isso inclui a implementação de políticas e procedimentos internos, a realização de treinamentos e conscientização, a avaliação e gestão de riscos, a monitoração e revisão contínua dos processos e a investigação e reporte de irregularidades.

Além disso, os programas de compliance são frequentemente exigidos por reguladores e autoridades governamentais como requisito para participação em licitações e contratos com o poder público. Dessa forma, o compliance se tornou uma parte essencial da gestão corporativa, sendo considerado uma prática de boa governança e ética empresarial.

No contexto dos Estados Unidos, a instituição dos programas de compliance visava, sobretudo, auferir o grau de responsabilidade da pessoa jurídica através do que se conhece por *Guidelines for Sentencing Organizations*. Mas além disso, busca-se o caráter preventivo ao cometimento de crimes por parte das organizações. E aqui, reside uma grande diferença que será tratada mais adiante no presente trabalho. A diferença em questão que vale ser salientada entre o modelo dos Estados Unidos em comparação ao modelo de compliance do Brasil é a questão da responsabilidade da pessoa jurídica.

Conceitualmente, o compliance, como expõe Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, consiste em exercer sua atividade de modo rotineiro e constante, fator esse fundamental que

contribui para que haja a diferenciação das auditorias que ocorrem de forma esporádica e de tempos em tempos e tem como objetivo final avaliar se os controles internos de uma empresa estão funcionando como deveriam. Além disso, o compliance tem como outra característica construir programas e controles internos com o escopo de prevenir delitos, enquanto as auditorias internas apenas avaliam tais controles.

É possível notar que o compliance tem assumido um papel cada vez mais importante nas empresas, pois sua função é monitorar o cumprimento das leis e normas internas da organização. Em outras palavras, o compliance é o responsável por garantir que todas as atividades da empresa estejam em conformidade com as normas e regulamentações aplicáveis, incluindo as leis e regulamentos governamentais, éticos e de boas práticas empresariais. Esse monitoramento inclui, por exemplo, a identificação de riscos e a implementação de medidas preventivas, bem como a identificação e correção de problemas existentes. Portanto, o compliance pode ser visto como um "vigilante" interno, trabalhando para garantir que a empresa esteja sempre operando dentro dos limites legais e éticos, além de prevenir e mitigar possíveis riscos e problemas.

Em resumo, pode-se dizer que os programas de compliance estão intimamente ligados ao objetivo de criar medidas de controle interno para que as corporações consigam assegurar que as normas estão sendo cumpridas e assim, alcançar seu objetivo final de evitar condutas que possivelmente possam imputar crimes.

No Brasil, a ideia de compliance surgiu com a AP 470 de uma forma indireta⁶. Foi debatido na referida AP o sentido normativo dos programas de compliance. Ocorre que, ressalvadas as dimensões do acórdão publicado, houve referências aos programas de compliance de modo que as funções da informação na prevenção à criminalidade econômica acabam por se transformar em medidas de repressão penal. Houve afirmações do tipo “violação geral de deveres” ou “múltipla violação de deveres” dominaram os debates, como às fls. 1.187, afirmações genéricas de que “relatórios de compliance contendo diversas irregularidades”, ou que, como às fls. 1.196 e 1.198, “houve ocultação dos relatórios de controle interno e compliance” por parte de um dos réus⁷. Ocorre que não houve por parte dos julgadores uma análise aprofundada dos dados o que tornou o instituto do compliance nas instituições financeiras um programa de pouca eficácia de prevenção

⁶ SCANDELARI, Gustavo. **Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos: Inovações e Aprimoramentos para Programas de Integridade**. São Paulo: Almedina, p. 53

⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n. 933, 2013. p. 219.

à criminalidade. Ainda, houve incriminações que ultrapassam os limites da norma penal em branco, visto que foram fundamentadas em “infração geral de deveres”, sem que houvesse qualquer individualização da conduta infratora.

De acordo com Klaus Tiedmann⁸, as infrações penais abertas são consideradas e classificadas como lei penal em branco, uma vez que não descrevem integralmente a ação e/ou objeto de proibição alcançado por aquele tipo penal descrito. Sendo assim, essas leis penais carecem de complementação.

Pensando nos elementos que constituem o propósito dos programas de compliance, pode-se dizer que há três vetores que auxiliam a orientar um programa de compliance, são eles: a prevenção, a detecção e a reação⁹. Esses pilares norteiam os elementos fundamentais dos programas de integridade e ajudam a cumprir com sua função preventiva que é a base do compliance. Sendo assim, a empresa estabelece normas internas, comumente disseminadas como políticas corporativas e códigos de conduta que são o primeiro passo para cumprir com a efetividade do programa, no entanto, apenas a edição de normas internas não é o suficiente, é necessário também que haja treinamentos recorrentes, conforme prevê o decreto 11.129/2022 que regulamenta a Lei Anticorrupção. Além disso, a empresa também precisa implementar controles internos para que haja a detecção de eventuais atos ilícitos para que possa reagir a tais condutas e atingir seu escopo final de prevenção.

Outro ponto importante a ser comentado é o fato de que a lei 12.846/13 não foi o suficiente para esgotar a temática de compliance. Nesse sentido, dois anos após a edição da referida lei teve-se o decreto regulamentador 8.420/15 que visava regulamentar pontos essenciais quanto a aplicação e efetividade, de acordo com o legislador, dos programas de integridade. O decreto buscava delinear requisitos objetivos com os quais as empresas deveriam se ater ao construir seus programas de compliance para que, se eventualmente, sofressem um processo de responsabilização administrativa, pudessem se socorrer do recurso de atenuação de pena, conforme prevê a lei anticorrupção. Aqui reside um ponto interessante, pois o instituto do compliance ao mesmo tempo que desempenha seu papel preventivo também desempenha um papel de atenuação de pena ao medir o grau de comprometimento que a empresa teve em desenvolver seu programa de integridade.

⁸ TIEDMANN, Klaus, *La Ley Penal En Blanco: Concepto y cuestiones conexas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 37. 2002. p. 73.

⁹ FELICIO, Guilherme. **Compliance e Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, 2019. São Paulo. p. 255.

No entanto, editou-se em 2022 um novo decreto de número 11.129/22. Esse decreto trouxe algumas alterações relevantes. Aqui, cumpre destacar que o legislador alterou os requisitos de agravantes e atenuantes de pena.

Com relação às agravantes relativas à pena de multa o legislador aumentou o percentual de multa, tornando-as mais elevadas. Além disso, outro ponto a ser considerado é a questão de se analisar a efetividade dos programas de compliance à luz dos critérios objetivos previstos no art. 57 do referido decreto estabelecidos pelo legislador. De acordo com o decreto, alguns requisitos objetivos devem ser observados para que a empresa possua um programa de compliance efetivo e possa pleitear, em um eventual processo administrativo, a atenuante de pena. O requisito central salientado pelo novo decreto é a questão da alocação de recursos suficientes para o desenvolvimento dos programas de integridade. Sendo assim, as empresas precisam se ater em compatibilizar o faturamento com os gastos em compliance, pois de nada adianta a empresa possuir uma receita elevada e ter gastos irrisórios com suas políticas e procedimentos internos. O decreto anterior já trazia o requisito de que a alta administração da empresa deveria estar envolvida nas iniciativas de compliance, mas a novidade trazida pelo decreto de nº. 11.129/22 é o de que recursos adequados devem ser aplicados. Com isso, o legislador quis dizer que além de recursos financeiros, devem ser aplicados também recursos adequados para o objetivo da ação de compliance, com isso, pode-se entender que as empresas precisam construir políticas corporativas acessíveis a pessoas com deficiência, por exemplo¹⁰.

¹⁰ Art. 57. Para fins do disposto no [inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013](#), o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade; V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para: a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes,

Por fim, há de se notar que há uma certa privatização e transferência na responsabilidade primária ao apurar crimes de ordem empresariais dentro do Direito Penal Econômico. Isso porque outorga-se a responsabilidade de combate à corrupção às próprias empresas e não mais ao Estado. Nesse sentido, cabe ao Estado apenas fiscalizar e aplicar eventuais sanções.

Falando sobre a questão da comprovação da efetividade dos programas de compliance, é importante destacar que se trata de uma iniciativa privada que controla a maior parte dos dados relativos aos seus próprios programas. Isso torna bastante questionável sob o ponto de vista científico a avaliação da efetividade desse novo padrão de comportamento no setor empresarial, visto que os dados são produzidos pela própria empresa.

De fato, os dados produzidos pelas próprias empresas que auditam esses programas de compliance são considerados incipientes, o que significa que muitas vezes não são suficientes para comprovar a real eficácia dessas iniciativas. Isso acontece porque, na maioria das vezes, as empresas tendem a medir o sucesso do compliance com base em indicadores internos, como o número de treinamentos realizados, políticas implementadas, entre outros, o que nem sempre é um reflexo real da efetividade dos programas.

Assim, a avaliação da efetividade do compliance pode ser bastante desafiadora. É necessário buscar maneiras de coletar dados objetivos e confiáveis, que possam comprovar a redução de riscos de delitos, aprimoramento da gestão e da cultura organizacional, entre outros fatores que possam ser associados à efetividade desses programas.

Além disso, em se tratando do contexto brasileiro, não há estudo que comprove como a profusão das investigações da Operação Lava Jato, uma das maiores operações destinadas a apurar

consultores, representantes comerciais e associados; b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e c) realização e supervisão de patrocínios e doações; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#). § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata o **caput**, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, por meio de aspectos como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - o faturamento, levando ainda em consideração o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte; III - a estrutura de governança corporativa e a complexidade de unidades internas, tais como departamentos, diretorias ou setores, ou da estruturação de grupo econômico; IV - a utilização de agentes intermediários, como consultores ou representantes comerciais; V - o setor do mercado em que atua; VI - os países em que atua, direta ou indiretamente; VII - o grau de interação com o setor público e a importância de contratações, investimentos e subsídios públicos, autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; e VIII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico. § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o **caput**.

a responsabilização por crimes de corrupção, contribuíram para o desenvolvimento dos programas de integridade¹¹.

1.1. Regulamentação do Compliance frente aos crimes de corrupção e fundamentos para a pesquisa de compliance

A Lei 12.846/2013 instituiu os programas de compliance e seu mais recente decreto 11.129/2022, conforme citado no item 2.1., regulamentou os pontos sensíveis desta lei. Embora a referida Lei Anticorrupção seja de natureza administrativa e civil, com foco no Direito Administrativo Sancionador, trata-se de uma lei que se assemelha muito com o Direito Penal. Isso se deve ao fato de que no Brasil, assim como na Alemanha e em geral, de países que adotam o *Civil Law*, há apenas a responsabilização dos administradores e não há a responsabilização penal da pessoa jurídica. Essa problemática será abordada no capítulo seguinte com mais profundidade. Mas cabe aqui ressaltar algumas análises.

Cumpramos analisar que nos delitos de ordem econômica cometidos por empresas, a aplicação da pena exige, como em todo crime, a existência de culpabilidade, critério essencial para a configuração de um crime. Nesse sentido, deve-se analisar se houve algum defeito de organização, nos Estados Unidos há um modelo definido para isso chamado *Corporate Compliance Programs*, com ele busca-se apurar o índice de culpabilidade da empresa.

Sendo assim, os programas de integridade teriam um papel fundamental e decisivo para fundamentar a responsabilidade penal da empresa, visto que contribuiriam diretamente no elemento constitutivo do crime, a culpabilidade, uma vez que se tal elemento for inexistente, não há de se falar em crime e, portanto, não há como se falar em responsabilidade penal do sujeito ativo.

Analisando a fundo a questão da culpabilidade, tem-se que uma das principais dificuldades em se responsabilizar criminalmente uma pessoa jurídica é atribuir a ela uma culpa ética e moral, que tradicionalmente se aplicaria apenas a pessoas físicas. Qualquer tentativa de equiparar a pessoa jurídica à pessoa física e aplicar os mesmos conceitos de culpabilidade seria insuficiente e falha. Portanto, é necessário aceitar que a pessoa jurídica é diferente da pessoa física e, a partir dessa premissa, repensar a concepção de culpabilidade aplicável a elas. Assim, é possível encontrar uma

¹¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. MARTÍN, Adam Nieto. **Legitimidade e Efetividade dos Programas de compliance**. 1ª ed. São Paulo: Tirant, 2021. p. 18 e 19.

nova categoria de culpabilidade para as empresas e reformular o princípio da culpabilidade para adequá-lo às particularidades das pessoas jurídicas¹².

De acordo com Klaus Tiedemann, a culpabilidade que justifica a responsabilidade criminal da pessoa jurídica está relacionada ao seu defeito de organização. Essa culpabilidade não decorre do fato delituoso cometido pela empresa, mas sim da sua omissão em implementar medidas preventivas eficazes durante o desenvolvimento das atividades empresariais, de modo a evitar a prática de crimes. Dessa forma, as ações individuais são tratadas como ações da própria corporação.

O autor mencionado argumenta que é necessário que cada pessoa física ou jurídica seja responsabilizada proporcionalmente à sua culpa, sendo inaceitável condenar uma pessoa ou entidade por culpa de outra.

Apesar disso tudo, a lei anticorrupção ao instituir os programas de compliance em seu art. 7º, VIII, a referida lei não fixa uma sanção pelo não cumprimento dos procedimentos internos de integridade. Com isso, é possível questionar a verdadeira eficácia dos referidos programas¹³.

O Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/16) regulamentou que as empresas públicas e de economia mista que possuem como atividade a exploração de atividades econômicas devem possuir uma gestão ética e de transparência. Isso significa que precisam instituir modelos de governança corporativa, códigos e políticas internas que visam manter a integridade da empresa. No entanto, mais uma vez, a lei não estabelece nenhum tipo de sanção caso isso não ocorra.

Idealmente, o compliance no Brasil seria considerado mais efetivo, de acordo com Eduardo Saad Diniz, com um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, como acontece na Espanha. No Brasil há uma ampla discussão sobre o referido modelo que será tratado mais adiante no presente trabalho. Essa discussão se baseia no que dispõe a Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu art. 173, §5º e 225, §3º¹⁴ que as pessoas jurídicas devam responder por crimes de

¹² FELICIO LOPES, Guilherme. **Compliance e Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: o modelo espanhol como referência para o Brasil. v. 11, n. 29. São Paulo: Revista Liberdades. 2020. p. 273.

¹³ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

¹⁴ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

ordem econômica e financeira¹⁵. Entretanto, ao analisar a redação do art. 173, §5º acabou gerando controvérsias sobre a efetiva responsabilização das pessoas jurídicas por delitos econômicos.

No entanto, pode-se se adiantar que o modelo espanhol citado contribuiria para que a culpabilidade fosse auferida por meio da análise dos programas de compliance, ou seja, eles poderiam ser objetivamente considerados efetivos, parcialmente efetivos ou sem eficácia alguma, podendo afastar ou mitigar a responsabilização da empresa.

Diante do exposto, cumpre salientar que não há um entendimento pacífico sobre a aplicação da referida responsabilidade penal. A Lei 12.846/2013 deixou explícito a não responsabilização penal das empresas ao dispor apenas sobre a responsabilidade administrativa e civil, deixando de lado a responsabilidade penal.

Ademais, é relevante salientar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é admitida e aplicada no âmbito ambiental¹⁶. No entanto, faz-se necessário analisar que o meio ambiente está intimamente ligado à ordem econômica. Nesse sentido, é incompatível admitir a responsabilidade penal das empresas somente no que diz respeito aos crimes ambientais e desprezar a ordem econômica.

Adentrando na seara comparativa, tem-se que na década de 70, nos Estados Unidos foi criada a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*, trata-se de uma lei global que proíbe as empresas de praticarem atos de suborno de agentes públicos e governamentais estrangeiros. Na referida lei não há expressamente a instituição de programas de compliance, tal instituição veio acontecer apenas em 2006 com os *Principles of Federal Prosecution of Business*.

A ideia do compliance se dissipou no mundo empresarial para que as organizações adotassem medidas de regulação e controle interno que observassem os parâmetros legais. O primeiro país que adotou os programas de compliance foram os Estados Unidos, depois dele a ideia foi adotada pelas empresas Alemãs e se difundiu pela Europa Continental, tornando-se objeto de estudo pelo Direito Penal Econômico.

A Alemanha foi um dos primeiros países da Europa Continental a adotar o compliance como forma de prevenir delitos econômicos. O país implementou medidas de regulamentação e

¹⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹⁶ PRADO, Luiz R. **Direito Penal do Ambiente**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p.82

controle interno para que as empresas pudessem se adequar às leis e evitar comportamentos ilícitos. A partir daí, a ideia se difundiu pela Europa, ganhando cada vez mais adeptos.

Com o passar do tempo, o compliance passou a ser estudado pelo Direito Penal Econômico, uma vez que se tornou uma forma de prevenção e controle de delitos nessa área. A aplicação desses programas nas organizações tem se mostrado cada vez mais necessária, principalmente em setores com grande poder financeiro e político, nos quais é comum o envolvimento de pessoas com alto status social, como políticos, empresários e diretores de grandes empresas. A adoção do compliance se tornou uma importante ferramenta para evitar esses delitos, garantindo a efetividade da legislação e a aplicação de sanções adequadas quando necessário.

A OCDE publicou, em 2010, o *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance* e dele nasce, no Reino Unido, a legislação *Bribery Act* muito semelhante ao FCPA nos EUA. Nessa lei, há prevista a responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas e físicas pela prática de corrupção, no setor público ou privado, aplicada, inclusive, às empresas estrangeiras. Nesse tempo, muito países começaram a trabalhar com o compliance em seus ordenamentos que serão analisados na temática da responsabilidade penal das empresas¹⁷.

Outro ponto a ser discutido acerca da legislação sobre compliance é a sua insuficiência. Tal insuficiência decorre da Lei nº 12.846/13 (lei anticorrupção)¹⁸ ao instituir que as empresas adotem medidas e controles internos de integridade, mas ao mesmo tempo não estabelecem nenhum tipo de sanção ao não cumprimento, colocando em xeque a eficácia do compliance. Isso porque não há um ônus caso a empresa opte por não se adequar à Lei Anticorrupção. No pior cenário a empresa deixará de receber uma atenuante, caso seja processada administrativa por algum ato de corrupção. Diante disso, entende-se que não há fortes incentivos para que a empresa empreenda recursos financeiros nos programas de compliance, podendo, portanto, prejudicar a eficácia da integridade empresarial e prejudicar a função preventiva dos programas.

O mesmo ocorre com a Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) que incentiva os programas de compliance, mas não estabelece nenhuma sanção ao não cumprimento¹⁹. Sendo

¹⁷ FELICIO LOPES, Guilherme. **Compliance e Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: o modelo espanhol como referência para o Brasil. v. 11, n. 29. Revista Liberdades. São Paulo. 2020 p. 260

¹⁸ Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

¹⁹ Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem: § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que dispõe sobre: II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

assim, pode-se concluir que no Brasil, o tratamento do compliance é apenas sob o aspecto formal e genérico, o que demonstra uma possível ineficácia dos programas de integridade implementados. Ademais, ao se analisar o decreto nº 11.129/2022 que regulamenta a Lei Anticorrupção, percebe-se ainda mais o caráter não sancionatório ao não se instituir um programa de compliance nos ditames da lei. Ao regulamentar aspectos como o da dosimetria da pena em processo administrativo de responsabilização (PAR)²⁰, encontra-se no referido decreto critérios como se a empresa possui um programa de compliance efetivo é causa de atenuante de 0 a 5% em sua pena, lembrando que a pena varia de 0,1 a 20% sobre o faturamento bruto da empresa²¹. Aqui surge um ponto a ser esclarecido, visto que muitas empresas adotam o modelo de *holding*, com isso, fica-se na dúvida se o faturamento bruto ao qual endereça a penalidade seria o faturamento do grupo econômico ou apenas da empresa que cometeu o ilícito.

Diante disso, pode-se alegar o princípio de que a pena não pode passar do condenado. Sendo assim, uma possível interpretação é a de que apenas a empresa que cometeu o delito deva arcar com a penalidade de multa e não o grupo empresarial como um todo, pois então as demais empresas do grupo estariam sendo penalizadas por uma conduta que não cometeram. Daí, depreende-se que há uma certa vantagem em se instituir um bom programa de integridade, no entanto, ressalta-se novamente que não há sanção envolvida ao não se instituir o referido programa. Pode-se falar que a empresa apenas deixaria de se beneficiar do incentivo da atenuação de pena que a Lei Anticorrupção estabelece.

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias; V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade; VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

²⁰ O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) é destinado à apuração de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos que seriam lesivos à Administração Pública.

²¹ Decreto 11.129 “Art. 25. Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite: I - mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida, quando for possível sua estimativa, e: a) um décimo por cento da base de cálculo; ou b) R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese prevista no art. 21; e II - máximo, o menor valor entre: a) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida, o que for maior entre os dois valores; b) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos incidentes sobre vendas; ou c) R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), na hipótese prevista no art. 21, desde que não seja possível estimar o valor da vantagem auferida. § 1º O limite máximo não será observado, caso o valor resultante do cálculo desse parâmetro seja inferior ao resultado calculado para o limite mínimo. § 2º Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 22 e art. 23 ou quando o resultado das operações de soma e subtração for igual ou menor que zero, o valor da multa corresponderá ao limite mínimo estabelecido no **caput**.

Com isso, entende-se que apesar de a instituição dos programas de compliance frente a delitos econômicos como o de corrupção está devidamente fundamentada em lei, tal premissa não se faz suficiente para garantir que os programas de integridade cumpram seu escopo final de prevenção, uma vez que a característica maior que faria com que as empresas se empenhassem em desenvolver sua área de compliance, não está presente, a sanção.

Partindo dessa premissa de insuficiência dos programas de compliance, pode-se levantar alguns problemas constantes que levam a essa conclusão. Em primeiro lugar, de acordo com Adán Nieto Martín, há três problemas que ocasionam a insuficiência citada. Pode-se citar, inicialmente, que há uma certa dúvida sobre até que ponto o Direito Penal poderia valer-se de normas de comportamento precedentes dos sistemas corporativos privados para complementar as normas penais.

Aparentemente, nota-se um conflito no tocante a natureza das normas aplicáveis, pois de um lado há normas penais públicas e de outro normas privadas que valem apenas aos que participam e desempenham funções dentro da organização que produziu aquela norma. Outro ponto a ser questionado é no que diz respeito ao teor das sanções próprias do sistema autorregulador. Aqui, questiona-se se o teor das sanções poderia garantir o cumprimento de suas normas. Por fim, a questão, talvez, mais relevante, diz respeito sobre como o Direito Penal poderia favorecer ou até mesmo melhorar a autorregulação.

Adentrando agora na temática sobre fundamentos para as pesquisas em compliance, encontra-se que é necessário superar as ficções jurídicas sobre a pessoa jurídica e ampliar o espectro das sanções aplicáveis a ela²².

1.2. Risco envolvido na implantação de um programa de compliance (*Compliance Risk*)

Em primeiro lugar, entende-se por análise de risco que a empresa implemente uma ferramenta de gestão que impeça a materialização da conduta delituosa. A análise de risco é de suma importância para que se possa calcular a probabilidade de ocorrência daquela determinada conduta infratora e, a partir dessas análises que se fazem as recomendações e políticas de prevenção. A partir da análise de risco, pode-se buscar as facetas do comportamento delituoso e o

²² SAAD-DINIZ, Eduardo. NIETO MARTIN, Adan. **Legitimidade e Efetividade dos Programas de Compliance**. v. IV. São Paulo: Tirant, 2021. p.42.

grau de relevância do comportamento individual do colaborador que cometeu a infração frente ao comportamento global da empresa²³. Isso porque dentro de uma organização, as pessoas possuem grau de decisão e poder de decisão diferentes umas das outras, em função de seus cargos.

Adentrando na seara da implementação, tem-se que a implantação de um programa de integridade suporta um *compliance risk*, pois envolve a possibilidade de danos tanto materiais como imateriais para as empresas²⁴. Diante do mercado de capital e de uma sociedade globalizada e chamada por alguns como a sociedade da informação, tem-se que a mera notícia de um escândalo de corrupção ou de um processo investigatório por algum órgão regulador já basta para que o mercado de capitais reaja de modo a significar severos abalos financeiros para a companhia. Diante disso, surge a ideia de que o compliance se bem instituído em uma companhia pode ser um grande aliado.

De maneira abrangente, o programa de compliance se refere ao conjunto de medidas adotadas pelas empresas para criar, implementar e monitorar políticas internas que estabelecem padrões de conduta ética e legal para seus colaboradores. Essas políticas podem incluir códigos de conduta e normas corporativas que visam conscientizar os funcionários sobre suas obrigações legais e regulatórias e ajudá-los a prevenir riscos legais em diversas áreas, como tributária e penal. Por exemplo, o *Tax Compliance* se concentra na prevenção de riscos fiscais e tributários, enquanto o *Criminal Compliance* busca evitar violações da legislação penal. Em última análise, o objetivo do programa de compliance é garantir que a empresa opere em conformidade com as leis e regulamentações aplicáveis, mantendo a integridade de sua reputação e minimizando o risco de penalidades e sanções legais.

²³ SAAD-DINIZ, Eduardo. MARTÍN, Adam Nieto. **Legitimidade e Efetividade dos Programas de compliance**. 1ª edição. São Paulo: Tirant, 2021. p. 47.

²⁴ SARCEDO, Leandro. **Compliance e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo. 2014. p. 56

2. DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é um dos elementos essenciais dentro do direito penal, visto que está intimamente relacionada à imputabilidade do agente, isto é, a capacidade de ser responsabilizado pelo tipo penal cometido.

A culpabilidade enquanto um critério dentro de toda a sistemática do delito é fruto de uma evolução da dogmática jurídico-penal. O conceito de culpabilidade integra a estrutura tripartida do crime juntamente com a tipicidade e a antijuridicidade. A culpabilidade é vista como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, e representa uma garantia para o infrator diante de possíveis excessos do poder estatal de punir. Sendo assim, a culpabilidade pode ser entendida como um fundamento e um limite para que a pena seja aplicada de forma justa e por isso é relevante para este trabalho, na medida em que se pode analisar a culpabilidade para medir a pena. Sendo assim, a concepção tradicional entende que não há pena sem que haja preenchido o conceito de culpabilidade. No direito penal há um sentido triplo do conceito puro de culpabilidade que merece atenção. Primeiramente, a culpabilidade como pressuposto e fundamento da pena, isto é, não seria possível a aplicação de pena sem culpabilidade. Para isso, é preciso que haja a capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a lei de modo que a ausência de qualquer um desses elementos basta para impedir a aplicação de uma pena²⁵. Em segundo lugar, a culpabilidade pode ser vista como elemento da determinação da pena, isto é, pode interferir na quantidade de pena aplicável e aqui reside um ponto relevante para esse trabalho, visto que o modelo espanhol se vale da culpabilidade para determinar a dosimetria da pena. Por fim, a culpabilidade ainda pode ser compreendida como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva do indivíduo de modo que nenhuma pessoa responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver cometido nenhuma conduta com dolo ou culpa.

²⁵ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** – arts 1 a 120 (vol 1). 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 462.

A culpabilidade, além de ser um dos elementos do crime, também está intimamente ligada à teoria do delito. Sendo assim, a teoria finalista, originada no normativismo neokantiano, tem um papel relevante na concepção da culpabilidade. A partir dessa teoria, houve uma importante contribuição para a teoria do delito, pois os elementos subjetivos que antes integravam a culpabilidade foram retirados desse campo.

Com a teoria finalista, surgiu uma concepção normativa pura da culpabilidade, onde o dolo e a culpa foram deslocados para o tipo penal, deixando de estar tradicionalmente localizados dentro da culpabilidade. Como resultado, a culpabilidade passou a se concentrar somente nas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao ordenamento jurídico e o objeto da reprovação passou a constar no injusto.

Sendo assim, a teoria finalista teve um grande impacto na concepção da culpabilidade ao promover uma visão mais objetiva e normativa desse conceito. Isso também influenciou a interpretação do sistema penal em geral, na medida em que a culpabilidade é um dos pilares da responsabilidade penal. Portanto, compreender a evolução da teoria da culpabilidade é de fundamental relevância para entender como o sistema penal é construído. As consequências da teoria finalista da ação para a culpabilidade são significativas. Por exemplo a separação do tipo penal de dolo e culpa, bem como a consideração dessa separação de critérios como integrantes da ação e do injusto pessoal, e não mais como elementos da culpabilidade ²⁶.

Diante do conceito de culpabilidade, é importante ressaltar que há elementos que constituem esse predicado. São elementos que integram a culpabilidade de acordo com a teoria normativa pura: a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao direito.

Começando pelo elemento da imputabilidade. A imputabilidade consiste na capacidade ou aptidão para ser culpável.

A possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato diz respeito a uma ação contrária ao ordenamento jurídico, isto é, uma ação reprovada. Para isso, será necessário que o autor conheça ou ainda, possa conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo e à ilicitude. Além disso, tem-se que a consciência da antijuridicidade deve-se ter como base o conhecimento das circunstâncias aludidas.

²⁶ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** – arts 1 a 120 (vol 1). 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 474

Sendo assim, deve-se considerar também o conhecimento da antijuridicidade. A corrente mais tradicional, ao enxergar o dolo na culpabilidade, considerava a consciência da antijuridicidade como integrante do dolo. Entretanto, na concepção normativa pura, o dolo foi transferido para o injusto como dolo psicológico, excluindo-se, portanto, o conhecimento da proibição que na teoria causalista, integrava o dolo normativo. De acordo com a teoria finalista, a ausência de conhecimento da proibição não afasta o dolo, mas pode excluir a culpabilidade, no caso de erro de proibição invencível. No entanto, se tratar de um erro de proibição vencível, a culpabilidade atenua²⁷.

Com relação a exigibilidade de obediência ao direito, esse elemento consiste em uma vez configuradas a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento do injusto, fica caracterizada materialmente a culpabilidade e a reprovabilidade. Pode-se citar como um dos elementos mais relevantes da reprovabilidade a possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da norma jurídica. Ainda, o direito exige do sujeito imputável, que tome sua resolução de vontade de acordo com o conhecimento possível.

Neste capítulo abordará mais a fundo os diferentes conceitos de culpabilidade e como esse conceito influencia a medição de culpabilidade das empresas que eventualmente cometem o delito de corrupção.

É interessante ressaltar que em modelos de compliance espanhol, a culpabilidade é utilizada para auferir o grau de culpa que a empresa e a partir da culpabilidade é definitiva a dosimetria da pena aplicável ao caso concreto.

No direito penal econômico, a culpabilidade desempenha uma função relevante na definição das penas aplicadas em crimes de fraude, corrupção, lavagem de dinheiro, entre outros. Diante desses casos, o princípio da culpabilidade do agente deve ser avaliado a partir de sua capacidade de entender a natureza ilícita de sua conduta e agir de modo consciente e voluntário para a execução daquele delito.

Ademais, dentro do direito penal econômico, a culpabilidade pode estar relacionada a questões como a intenção do agente de obter vantagens ilegais e a sua posição de poder na empresa. Sendo assim, a análise da culpabilidade em delitos econômicos pode ser mais complexa do que nos demais ramos do direito penal.

²⁷ BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** – arts 1 a 120 (vol 1). 28ª edição. São Paulo. Saraiva, 2022. p. 462.

A culpabilidade diz respeito à responsabilidade do agente pelo crime cometido. No contexto do direito penal econômico, a culpabilidade assume ainda mais importância, uma vez que muitos crimes nessa área são complexos e exigem um alto grau de conhecimento técnico e financeiro por parte dos agentes.

A culpabilidade pode influenciar, portanto, na análise da pena aplicada ao delito cometido, uma vez que a capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta pode ser afetada por seu conhecimento técnico.

É relevante ressaltar que a culpabilidade no direito penal econômico não se limita apenas a capacidade do agente de compreender a ilicitude da sua conduta, mas envolve a avaliação da sua responsabilidade em relação ao crime cometido. Isso significa que, além de verificar se o agente tinha a capacidade de entender que sua conduta era ilícita, é preciso avaliar se ele agiu com dolo ou culpa, isto é, se tinha a intenção de cometer o delito ou se agiu de forma imprudente, negligente ou com imperícia.

Em suma, a culpabilidade é um critério essencial dentro do direito penal e que está relacionado à capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. Ainda, no direito penal econômico a culpabilidade pode e deve influenciar na análise de pena aplicada ao delito cometido.

Por fim, de acordo com o estudioso Sergio Salomão Shecaira, a evolução do conceito de culpabilidade, superadas as fases causalista e finalista, desaguou em uma outra concepção: a teoria da adequação social. Partindo do pressuposto de que o dolo e a culpa se inserem dentro do contexto do tipo legal, soma-se a isso a sua relevância social²⁸. De acordo com essa teoria, a reprovação penal de uma conduta deve ser considerada se ela se adequa ou não aos padrões de comportamento socialmente aceitos. Sendo assim, um comportamento que seja considerado desviante pela sociedade, mas que não cause um grande dano ou que seja praticado em um contexto social específico, não poderá ser considerado culpável.

Em síntese, a teoria da adequação social é uma perspectiva relevante para a compreensão do conceito de culpabilidade no direito penal, pois leva em consideração não apenas a violação de uma norma positiva jurídica, mas a adequação do comportamento do agente aos valores e normas sociais vigentes.

²⁸ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p. 37

2.1. Conceito de culpabilidade de acordo com Claus Roxin

O autor Claus Roxin costuma dizer que nenhuma categoria do direito penal é tão controversa quanto a culpabilidade e ao mesmo tempo nenhuma é tão indispensável para que se construa o critério central de toda a imputação²⁹. Para Roxin, a dogmática jurídica interessa apenas determinar os pressupostos e em qual medida alguém deve ser responsabilizado por um comportamento descrito em um tipo penal. Com isso, entra o critério da culpabilidade, também chamado de princípio da culpabilidade.

O papel da culpabilidade possui uma função central no plano da eficiência e no plano do injusto, onde esse critério possui a tarefa de excluir as causas decorrentes por mero acaso. De acordo com o autor, a eliminação do acaso e a superação do direito penal de resultado são as maiores conquistas adquiridas pelo princípio da culpabilidade.

No plano da eficiência, a culpabilidade tem um papel central das causas decorrentes por mero acaso. Isso significa que a culpabilidade atua como um filtro que permite a identificação e responsabilização apenas dos agentes que agiram com consciência e vontade de cometer o delito, excluindo aqueles que cometeram o crime por acidente ou sem a vontade de cometê-lo.

Além disso, a culpabilidade desempenha um papel fundamental na prevenção geral e especial, que são fundamentais para garantir a eficiência do sistema penal. A prevenção geral se refere à função do sistema penal de dissuadir a sociedade como um todo de cometer crimes, enquanto a prevenção especial se refere à função de ressocializar o agente e evitar que ele cometa novos delitos.

Em resumo, a culpabilidade desempenha um papel central na eficiência do sistema penal, permitindo a exclusão das causas decorrentes por mero acaso e garantindo a imputação subjetiva do crime. A eliminação do acaso e a superação do direito penal de resultado são extremamente relevantes.

Essa conquista é de suma importância, visto que repercute na imputação subjetiva do delito. A exclusão do acaso é uma característica externa do princípio da culpabilidade conforme prevê a teoria da imputação objetiva. Desse modo, a causalidade só imputará na medida que representa a

²⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133

realização de um risco não permitido criado pelo autor. Caso contrário, o resultado da conduta é atribuído ao acaso, isentando o autor de responsabilidade.

Outro ponto a ser considerado acerca da teoria da imputação objetiva é o de que a teoria não se esgota com o princípio da culpabilidade, visto que ela abrange outros princípios de imputação objetiva como por exemplo o princípio da autonomia da vítima e da atribuição a um âmbito de responsabilidade de terceiros. O exemplo suscitado pelo autor é o de que se a vítima é levada a um hospital por razão de lesão corporal e morre em função de um corte errado por um cirurgião inepto, isto não precisa ser fruto do acaso. Sendo assim, a imputação ao primeiro causador ficará delimitada e restringida ao âmbito autônomo de responsabilidade do médico. Nesse sentido, percebe-se que os princípios se complementam³⁰.

Dito isso, adentrando para o Direito Penal Econômico e o tema de compliance e responsabilização das pessoas jurídicas, é interessante notar como o princípio da culpabilidade se mostra apto a afastar o conceito de crime para casos de acaso e ainda, como ela se faz extremamente necessária para se delimitar o grau de responsabilidade do indivíduo. Com isso, entende-se que o modelo espanhol é extremamente relevante e pertinente ao adotar o princípio da culpabilidade como modo de auferir a extensão da responsabilidade da empresa que delinuiu.

Ainda, o autor Claus Roxin tece algumas críticas acerca da culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão. Em primeiro lugar, o autor discorre sobre o critério da reprovação, que deveria caracterizar o ânimo do autor culpável, não possui nenhum parâmetro de conteúdo para que se possa analisar o déficit de ânimo. Sendo assim, a reprovabilidade seria vazia de conteúdo. Em segundo lugar, é relevante ressaltar que a tese da culpabilidade enquanto desvalor do ânimo pode não se aplicar em casos de culpa inconsciente. Nesses casos, o agente não possui a consciência de que está realizando um tipo penal. Isso ocorre porque a culpabilidade pressupõe a capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua ação e agir de acordo com tal entendimento. Assim, em casos de culpa inconsciente, a análise da culpabilidade deve considerar outros elementos, como por exemplo a previsibilidade do resultado, a diligência, isto é, o dever de cuidado do agente, entre outros³¹.

Além disso, Roxin traz a tese de que há a necessidade de pena como pressuposto conjunto da responsabilidade. Diante dessa máxima, pode-se pensar em um paradoxo acerca da

³⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 137

³¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.140

responsabilidade penal das pessoas jurídicas e o instituto do compliance, visto que, se há a necessidade de pena como pressuposto da responsabilidade perante o conceito de culpabilidade, entende-se que no Brasil, falta a responsabilização e a pena das pessoas jurídicas, embora possam ser enquadradas no conceito de culpabilidade para a caracterização do delito.

Aprofundando um pouco mais sobre o assunto, pode-se inferir que a exclusão da culpabilidade tem como base a ausência ou então a redução da culpabilidade e em parte em considerações preventivas-gerais e especiais acerca da isenção de pena. De modo positivo, é importante que tanto a culpabilidade do autor quanto a necessidade preventiva de pena concorram para a imputação subjetiva da ação injusta. Dito isso, é sugerido que a categoria do crime que ocorre após o injusto não seja denominada culpabilidade, mas responsabilidade.

Em outras palavras, pode-se concluir que a exclusão da culpabilidade se baseia na ausência ou ainda, na redução da culpa em conjunto com as considerações preventivas-gerais e especiais sobre a isenção da pena. A culpabilidade e a necessidade preventiva da pena precisam necessariamente concorrer para a imputação subjetiva.

Ocorre ainda uma percepção dogmática acerca da culpabilidade nesse aspecto com uma consequência relevante. A teoria dos fins da pena é tornada fecunda para a teoria geral do delito³². De acordo com a teoria dos fins da pena, defendida pelo autor Claus Roxin, justifica a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena. Para que haja a determinação da pena, é necessário que haja a culpabilidade presente. Ademais, a pena deve sempre ser preventivamente indispensável. A pena, sustenta o autor, que pode ficar abaixo da medida da culpabilidade se as exigências de prevenção fizerem desnecessárias ou até mesmo não aconselhável.

Concluindo, o princípio da culpabilidade é eficaz tanto na imputação objetiva como subjetiva, de acordo com Claus Roxin. Diante da imputação subjetiva, a maior preocupação é o agir ilícito apesar da idoneidade. Dito isso, as aceções do autor em questão são de extrema relevância para o que se pretende construir enquanto modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, visto que a intenção seria utilizar os programas de compliance para auferir a culpabilidade e então determinar a pena da empresa, conforme já faz o modelo espanhol.

³² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154

2.2. Conceito de Culpabilidade de acordo com Gunther Jakobs

De acordo com o autor, o conceito funcional de culpa no direito penal é o que separa o sentido da natureza. Para Jakobs, a sistematização ao nível do julgamento culposo é determinada em conceitos anexos e auxiliares com o escopo em tornar o conceito de culpa mais manejável³³.

A partir da perspectiva de Jakobs, a culpa é funcionalizada ao propósito geral preventivo da pena. O autor parte da ideia de que a culpa é um julgamento sobre a falta de conformidade com o ordenamento jurídico, isto é, falta de motivação jurídica que deve ser punida para manter a confiança naquela norma que foi violada. Sendo assim, a culpabilidade deixa de ter seu conteúdo tradicionalmente visto como garantista e passa a ser fundamentada na finalidade preventiva geral da penal.

Diante dessa perspectiva, o conceito de culpabilidade é desvinculado de seu núcleo essencial e passa a buscar suporte teórico em teses da sociologia jurídica. Entende-se que se a confiança na norma é um fenômeno empírico-social que acaba condicionando a necessidade de pena e, por conseguinte, a necessidade de imputação de culpa, é interessante compreender quando e em que medida a confiança na norma é afetada pela prática de um crime. Sendo assim, o conteúdo da culpabilidade é determinado pela constituição social. Essa concepção influencia todo o entendimento e interpretação dos elementos que compõem a culpabilidade, como a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a inexigibilidade de conduta adversa.³⁴ Desse modo, todo o conteúdo do julgamento de culpabilidade é influenciado pelas expectativas sociais em relação à restauração da confiança normativa.

Para o autor, uma vez constatada a existência do injusto, qualquer ausência de culpa, seja ela por falta de capacidade de culpa, ou incompreensão do injusto ou ainda por falta de exigibilidade, transforma o significado comunicativamente relevante em algo sendo apenas individual, casual e pertencente apenas ao mundo da natureza.

³³ JAKOBS, Gunther. *Sociedad, Norma y Persona en Una Teoría de Un Derecho Penal Funcional*. 1ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000. p. 45.

³⁴ BITENCOURT, Cezar R. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.p.39

Há ainda de se ressaltar a questão do papel do modelo objetivo e subjetivo da culpa. Ocorre que o conceito psicológico de culpa foi substituído pelo conceito normativo de culpa, na medida em que a culpa é uma variável completamente objetiva, visto que é impossível que algo possa servir como medida de si mesmo. Entretanto, o conceito normativo de culpa constitui apenas a medida e não a pessoa a ser medida. A avaliação do que deve ser medido efetivamente é feita através do conceito funcional de culpa de modo que a individualidade só opera em benefício da pessoa na medida em que não seja perturbado o efeito generalizador da lei. Sendo assim, a medida da culpa não irá medir a pessoa que cometeu o injusto, mas uma pessoa em geral cujo papel determinado é o de respeitar a lei. Além disso, não é válido abusar da culpabilidade para desrespeitar a lei, como por exemplo agir com excesso em legítima defesa contra o agressor, ou seja, contra uma pessoa que, por sua vez, não respeita a lei e, portanto, não pode reclamar respeito de outra pessoa em relação ao excesso em legítima defesa ³⁵.

Para Jakobs, o direito penal não se desenvolve na consciência individual, mas sim na comunicação. O conceito funcional de culpa é imperativamente descritivo e precisamente na medida em que a sociedade é determinada.

Em outras palavras, para o autor, a culpabilidade é um conceito que se refere à imputação subjetiva da conduta ilícita, isto é, à capacidade do autor de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com tal entendimento. De acordo com ele, a culpabilidade é preenchida por dois elementos, o primeiro deles é a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade se refere à capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e agir conforme o seu entendimento. Por outro lado, a exigibilidade de conduta diversa diz respeito à possibilidade real e concreta do agente de agir de modo diferente daquela que levou a prática do crime, levando em conta as circunstâncias pessoais e o contexto em que o crime foi consumado.

Jakobs ainda defende que a culpabilidade não deve ser vista como um elemento exclusivamente psicológico, mas como uma categoria normativa e ainda, diferentemente do autor citado no item anterior, Claus Roxin, a culpabilidade não é uma condição necessária para a punição do agente, mas um elemento fundamental que é capaz de influenciar na medida da pena aplicada. Ele ainda defende que a pena deve ser aplicada levando em consideração não só a gravidade do

³⁵ JA JAKOBS, Gunther. *Sociedad, Norma y Persona en Una Teoría de Un Derecho Penal Funcional*. 1ª ed. Madrid: Civitas Editiones, 2000.p. 47

delito, mas também a periculosidade do autor. Sendo assim, Jakobs propõe uma teoria da pena que se baseia na prevenção geral positiva.

Diante do que foi dito, a ideia de culpabilidade de Jakobs serve exatamente para fundamentar e embasar o modelo espanhol de utilizar os programas de compliance para auferir a culpabilidade das empresas e então aplicar a pena em sua exata medida, com o auxílio da culpabilidade determinada. Com isso, pode-se refletir que para o Brasil, por não se valer da responsabilidade penal da pessoa jurídica e, portanto, não utilizar dos programas de compliance para auferir a culpabilidade e aplicar a pena, acaba havendo uma perda sensível do instituto do compliance.

No Brasil, o decreto 11.129/2022 que regulamenta a Lei Anticorrupção estabelece, como já tratado no capítulo anterior, a aplicação de penalidades para quem descumpre os mandamentos da lei. Nesse sentido, a ideia de se analisar a culpabilidade é para auferir, em especial com a ideia do conhecimento do autor sobre a ilicitude, o grau de culpa e para então definir a dosimetria da pena e aqui, ressalta-se que é uma pena não de origem criminal, mas sancionatória do direito administrativo.

2.3. Conceito atual de Culpabilidade

Em um contexto moderno, a culpabilidade está diretamente relacionada à imputação subjetiva, que é a conexão entre o autor do delito e o próprio ato cometido. Essa imputação subjetiva é fundamental para determinar a desaprovação atribuída ao autor do delito, a qual é fortemente influenciada por aspectos individuais como sua personalidade, relações afetivas, psicológicas e éticas. Em outras palavras, a culpabilidade de um indivíduo é baseada em sua responsabilidade subjetiva pelo delito cometido³⁶. Esse aspecto individual é fundamental para determinar o grau de reprovação atribuído ao autor do delito, que pode variar de acordo com as circunstâncias especificadas de cada caso. Portanto, a culpabilidade é um conceito complexo que leva em conta tanto as circunstâncias objetivas do crime quanto a subjetividade do autor³⁷.

A culpabilidade é um critério valorativo que está intrinsecamente ligado ao indivíduo que está sendo examinado. Ela depende da personalidade, das relações afetivas, psicológicas,

³⁶ JR., Miguel R. **Fundamentos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 29

³⁷ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p 42.

espirituais e, fundamentalmente, ética do autor do delito, o que faz dela um aspecto bastante específico. Portanto, analisar a culpa de um indivíduo por meio de um conceito geral de culpabilidade e compará-lo a um hipotético sujeito imaginário que sirva como referência-padrão é um retrocesso evidente. O homem médio ou o bom pai de família não podem ser usados como referência para o conceito moderno de culpa, já que a culpa depende de uma série de fatores pessoais e externos, tais como deficiências educacionais, falta de formação, dificuldades familiares e influências sociais ³⁸.

Dito isso, é relevante ressaltar que ainda com conceito remodelado e moderno de culpabilidade, auferir a culpa de uma pessoa jurídica que comete algum delito econômico continua sendo um desafio, visto que o conceito mais recente de culpa ainda considera aspectos pessoas de pessoas físicas para sua caracterização. Ao contrário das pessoas físicas, as pessoas jurídicas não possuem, em regra, consciência e vontade própria, o que torna difícil atribuir a elas um grau de culpabilidade. Ademais, decisões dentro de uma empresa são comumente tomadas por um grupo de indivíduos, o que dificulta ainda mais a identificação da responsabilidade individual pelo delito cometido. Dito isso, para solucionar esse impasse, os países têm criado mecanismos específicos para responsabilizar as empresas por seus ilícitos, como por exemplo a Lei Anticorrupção no Brasil. No entanto, ainda existe o debate sobre a eficácia desses mecanismos e sobre a forma como a culpabilidade das empresas deve e pode ser auferida.

O desafio de se auferir a culpabilidade das empresas no Direito Penal é, portanto, um tema complexo e em constante evolução.

Dito isso, cumpre repisar que o conceito atual de culpabilidade, em sua essência busca estabelecer um juízo individualizador, isto é, avaliar a culpa do indivíduo que realizou determinada ação. Por outro lado, a antijuridicidade se relaciona com a ação em si, determinando se ela está ou não em desacordo com a ordem jurídica. Enquanto a antijuridicidade é uma avaliação impessoal, a culpabilidade estabelece uma conexão pessoal entre a ação e o sujeito que a realizou.

Desse modo, é relevante destacar que falar em culpabilidade geral, social ou culpa objetiva é incoerente. Qualquer tentativa de atribuir culpa de forma genérica, sem levar em consideração as particularidades do indivíduo e sua relação com a ação é uma atitude anacrônica que não condiz com a essência da culpabilidade moderna.

³⁸ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p 42.

Portanto, é fundamental compreender que a culpabilidade está diretamente ligada à responsabilização subjetiva do indivíduo pelo ato que cometeu. A busca por uma justiça e pena individualizada e que leve em conta as particularidades de cada caso é uma necessidade cada vez mais presente no Direito Penal³⁹.

Considerando que a culpabilidade moderna é baseada na culpa individual, deve-se lembrar que essa culpa só existe em relação à realização de um ato específico. Na verdade, a intervenção penal no direito em geral começa com a realização de um ato criminoso previamente descrito em uma lei penal. Em outras palavras, só há crime se houver uma conduta descrita previamente, isto é, o princípio da legalidade deve ser seguido. Este princípio descreve fatos criminosos e não perfis psicológicos dos autores. As soluções deterministas que tentam identificar as causas mecânicas do crime no homem em geral, levaram as penas indeterminadas e medidas de segurança, mas os imputáveis. No entanto, ao examinar a questão da reincidência ou da habitualidade criminal, ainda há vestígios do direito penal do autor. Atualmente, é amplamente aceito que a culpabilidade do fato é a regra do direito moderno. No entanto, isso não significa que o agente não seja considerado, mas que a análise recai primordialmente sobre a conduta em si. Essa abordagem se relaciona com a ideia de que o direito moderno é, acima de tudo, um direito do fato, em oposição a um direito da culpa subjetiva. Em outras palavras, para que um ato seja considerado criminoso, é necessário que haja uma lei prévia que o defina como tal e não apenas a presença de culpa subjetiva⁴⁰.

A culpabilidade individual é atribuída ao autor somente por um fato específico, e sua responsabilização pelos atos cometidos se dá em função da liberdade, que é o fundamento da culpa jurídico-penal. A liberdade, por sua vez, é entendida como a capacidade de tomar decisões sobre si mesmo e sobre as ações que realiza, e só é efetivamente exercida na ação concreta, que está ligada a uma série de fatores internos e externos ao autor. Desse modo, pode-se compreender que a responsabilização penal de uma pessoa depende de sua capacidade de agir livremente e das circunstâncias que influenciam suas decisões e ações⁴¹.

Dito isso, voltando para os delitos econômicos corporativos, partindo da ideia de que uma empresa possui capacidade de agir livremente por meio de seus dirigentes, seria plenamente

³⁹ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p. 42.

⁴⁰ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p. 43.

⁴¹ SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2014. p. 44.

razoável valer-se dos mecanismos de controle e de compliance para conseguir auferir a culpabilidade de uma empresa e então aplicar a pena justa ao delito cometido por ela⁴².

3. PROBLEMAS ESTRUTURAIS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO BRASIL E O COMPLIANCE OFFICER

Nos últimos anos tem-se notado um esforço geral para se empreender programas de compliance principalmente em companhias de capital aberto e reguladas pela CVM no Brasil. Tal esforço é comumente fundamentado e justificado com base nas métricas aplicáveis aos riscos analisados sob a roupagem de que esse seria um critério de evidência científica. No entanto, nota-se que há pouca inovação nos modelos de gestão e a maioria dos programas de compliance acaba se confundindo com outros controles da própria empresa, tornando os programas de integridade pouco efetivos sob a luz da legislação que os instituiu no Brasil⁴³.

A área acadêmica e a pesquisa científica ao redor dos programas de compliance demonstra ainda um resultado de baixo rendimento no tocante a demonstração de mudança concreta de comportamento ético no ambiente empresarial. Nem mesmo os dados que são produzidos no setor privado são capazes de demonstrar a nova cultura organizacional ou ainda a efetividade dos programas de compliance. De acordo com Eduardo Saad Diniz, foi feita uma recente organização de dados disponíveis sobre o grau de maturidade das iniciativas corporativas, principalmente sobre os materiais produzidos em empresas de auditorias e ficou evidenciado o caráter extremamente incipiente das práticas sociais de compliance. Ainda, ficou constatado que diante do mercado, as empresas que possuem mecanismos de controle e compliance são pouco mais da metade do mercado brasileiro. Além disso, 58% das empresas afirmaram haver realizado alguma análise de risco, sendo que apenas 22% implementam funções de compliance em decisões estratégicas⁴⁴.

⁴² SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica (de acordo com a Lei 9.605/98)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 148

⁴³ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica. Derecho Penal y Criminología*. n. 03, 2019. p 252

⁴⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. MARTÍN, Adam Nieto. **Legitimidade e Efetividade dos Programas de compliance**. 1ª ed. São Paulo: Tirant, 2021, p. 18.

Tudo isso demonstra que o setor de compliance merece mais atenção e se encontra ainda em fase de desenvolvimento para que atinja uma maior maturidade e conseqüentemente maior efetividade, dado que a Lei anticorrupção que instituiu a obrigatoriedade dos programas de integridade é de 2013.

Ao aprofundar a temática da efetividade dos programas de compliance, tem-se que, para que tais programas sejam úteis na interpretação judicial, devem apresentar métricas objetivas de sua efetividade. O grande problema que contorna a efetividade do compliance perpassa pela implementação da cultura organizacional e tem como destino o papel das decisões judiciais, sobretudo no tocante a sua relevância no sistema de sanções. Na legislação brasileira, a lei anticorrupção pode ser considerada uma lei penal em branco, visto que deixa, em seu art. 7º, VIII, um critério altamente amplo e subjetivo sem fixar parâmetros bases sobre o que seria um programa de compliance esperado. Tal regulamentação só aconteceu por meio do decreto 11.129/2022 que buscou preencher os espaços vazios deixados pela subjetividade da legislação supracitada e, por assim dizer, buscou empreender critérios mais objetivos para a análise do programa de compliance.

Ainda sobre a efetividade nos programas de compliance frente a prevenção de delitos econômicos empresariais, é de se considerar que o caráter mais ou menos robusto de um programa de compliance não significa que as infrações econômicas serão erradicadas do ambiente empresarial⁴⁵, visto que os crimes ainda podem acontecer em boas empresas com boas práticas. Sendo assim, entende-se que embora a empresa empreenda esforços para construir um programa de compliance robusto com os critérios objetivos previstos na legislação, ainda poderá ocorrer delitos corporativos e aí o compliance funcionará não mais como preventivo, mas como uma atenuante de pena para o caso concreto.

Além disso, os programas de compliance guardam certa coerência com a construção e o próprio desenvolvimento da personalidade empresarial, isto é, se encontram em processo de amadurecimento. Aqui, se faz necessário e interessante de se considerar que fosse levado em conta na Lei 12.846/2013 às estratégias e planos de ação de gestão de crise de tal modo que demonstrasse que a empresa está preparada e possui ferramentas para controlar os danos das infrações econômicas que possa cometer.

⁴⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Política regulatória, enforcement e compliance: análise dos lineamientos da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 15, n. ju/jul. 2019, 2019. Tradução. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335200972_Politica_Regulatoria_Enforcement_e_Compliance_Analise_dos_Lineamientos_da_Oficina_Anticorrupcao_da_Procuradoria_Argentina. Acesso em: 21 maio 2023. p. 77.

Levando em consideração o exposto, para que seja possível avaliar a efetividade dos programas de compliance, é fundamental que as diretrizes estabelecidas comecem a refletir no comportamento empresarial. Para isso, é necessário que haja recursos disponíveis para que a autorregulação possa demonstrar a efetividade do projeto corporativo proposto. Em outras palavras, é preciso que a empresa tenha condições de implementar efetivamente as políticas de compliance e que essas sejam adotadas pelos funcionários de forma consistente, gerando uma cultura de conformidade e ética empresarial. Nesse sentido, é fundamental que a empresa esteja disposta a investir em recursos e tecnologias necessários para apoiar a implementação e o monitoramento contínuo das políticas de compliance, a fim de garantir que elas sejam seguidas adequadamente. Somente assim será possível avaliar a eficácia do programa de compliance e garantir a proteção da reputação e da integridade da empresa.

Além disso, é necessário que a empresa realize um estudo do que funciona e o que não funciona para a redução e prevenção da criminalidade econômica e para isso é necessária uma análise de risco aprofundada do setor em que aquela empresa atua para que seja possível a identificação correta e coerente dos riscos de modo que a empresa possa ter o conhecimento e exerça seu poder de escolha de mitigar ou não o risco apontado pelo programa de compliance.

A priorização na redução das infrações econômicas pode ser melhorada através de uma clara noção de como priorizar essas ações. Isso inclui o manejo mais eficiente do fluxo de informações, evitando informações dispensáveis e reforçando o equilíbrio regulatório do sistema de justiça. É recomendável que haja esforços colaborativos entre particulares/empresas, autoridades reguladoras e fiscalizadoras, universidades e outros setores, a fim de aprofundar a fundamentação empírica e a reorientação normativa para diferenciar um novo código tolerável/intolerável. Isso delimita o âmbito de atuação estratégica da Oficina Anticorrupção e ajuda a avaliação a ser posicionada como uma prioridade na busca por programas de compliance efetivos, que possam verdadeiramente impactar na redução da criminalidade empresarial. Em resumo, é importante que haja uma colaboração interdisciplinar para fortalecer a base normativa e empírica da luta contra a corrupção e outras infrações econômicas, visando a elaboração de programas de compliance efetivos que possam produzir resultados positivos na redução da criminalidade empresarial.

Outro ponto a ser considerado é o que funciona nos programas de compliance. A pesquisadora Sally S. Simpson da Universidade de Maryland se debruça sobre a temática de modo

bastante técnico. Ao analisar o referido estudo realizado, os resultados obtidos foram os de que as políticas regulatórias que envolvem a avaliação dos programas de compliance podem ter um impacto no delito corporativo. Entretanto, ao se analisar a influência e intervenções das agências reguladoras possuem um impacto ainda maior sobre o crime corporativo. Nesse estudo, a pesquisadora obteve resultados conflitantes. Ao se analisar o que funciona e o que não funciona dentro da prevenção de delitos econômico-empresariais, a pesquisa demonstrou que não há evidências suficientes para concluir que os tratamentos de estratégia única, isto é, lei, sanções punitivas e política regulatória, tenham um impacto preventivo por si só. No entanto, há um impacto positivo ao se analisar a presença de políticas regulatórias a nível empresarial e isso é de uma descoberta promissora⁴⁶.

Aprofundando agora na política regulatória a nível empresarial, foram encontrados efeitos positivos em uma mistura de políticas ambientais, hoje muito se comenta a questão do ESG (*Environmental, Social, and Corporate Governance*), políticas anticoncorrencial e políticas de proteção ao consumidor.

Em resumo, o estudo traz como conclusão a escassez de dados oficiais que capture a gama de comportamentos ofensivos tanto de indivíduos como de empresas que reflitam os delitos criminais. Diante dessa escassez de dados oficiais, não há como saber sobre os sucessos e fracassos, isto é, o que funciona e o que não funciona dentro dos programas de compliance. Além disso, há também a escassez de estudos qualificados que comprovem a eficácia dos programas de compliance, visto que há uma inacessibilidade das empresas a pessoas de fora para fins de pesquisa científica⁴⁷.

Há de se pensar ainda nas empresas que possuem a função de garantidoras de se abster de delitos que é, em geral, delegada pela figura do *compliance officer*. A função e responsabilidade assumida pelo *compliance officer* é a de ficar responsável pelo controle interno e pela implementação das políticas corporativas e estrito cumprimento das normas internas da companhia, além das normas regulatórias do setor que regulamenta aquela empresa. Diante da assunção de

⁴⁶ SIMPSON, Sally. RORIE, Melissa. Et al. **What Works?** A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence, p. 404.

⁴⁷ SIMPSON, Sally. RORIE, Melissa. Et al. **What Works?** A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence, p. 409

responsabilidade de garante por parte do *compliance officer*, ainda que delegada pelo representante legal da empresa, enseja uma responsabilidade concorrente da figura em questão⁴⁸.

Disso, infere-se que é fundamental que uma pessoa física seja designada para ser responsável pela implementação e coordenação do programa de compliance, ou seja, surge então a figura do *compliance officer*. O papel central dessa pessoa é garantir o cumprimento das diretrizes do programa de compliance implantado na companhia. Além disso, seu papel é fundamental para que o programa funcione, visto que ele supervisiona a conformidade das normas, políticas e procedimentos da empresa, além de identificar e gerenciar de modo objetivo os riscos e problemas relacionados à conformidade. Em resumo, o *compliance officer* é uma figura central para a implementação bem-sucedida do programa na empresa. No entanto, como se verá adiante, ele não assume a responsabilidade pela empresa.

Dito isso, surge o primeiro impasse na forma como o programa de integridade é estruturado no Brasil. Ao analisar um modelo que permite a assunção de responsabilidade direta da pessoa jurídica, como por exemplo no modelo espanhol, cumpre-se verificar a responsabilidade subsidiária por parte de quem seria o responsável em manter o programa de compliance funcionando. Sendo assim, a responsabilidade auferida seria única e exclusivamente por vícios no programa de compliance que permitiram que houvesse o cometimento do crime⁴⁹. No entanto, no Brasil como não há a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o programa de compliance deixa de ser tão atrativo para as empresas e passa a não ser uma prioridade, visto que a culpabilidade não será auferida pelo grau de esforço e comprometimento empreendido por parte da empresa.

Há de se salientar que o *compliance officer* não assume responsabilidade pela empresa, no entanto, ele assume a responsabilidade de vigilância e assessoria de forma a cumprir com o objetivo de impedir que condutas ilícitas ocorram no decorrer do exercício da atividade empresarial⁵⁰. Uma vez superada a concepção de que a responsabilidade do *compliance officer* não é total, cabe analisar o motivo de ser. Isso ocorre, pois a figura do *compliance officer* não detém das faculdades executivas como a de um representante legal da empresa. Sua função está adstrita a fiscalizar e aplicar as normativas internas e externas e verificando alguma irregularidade, tem o dever de

⁴⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

⁴⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

⁵⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145.

denunciar e buscar reparar o dano imediatamente. Nos Estados Unidos, o dever de denunciar é conhecido como *whistleblower*.

Uma vez que a empresa recebe a denúncia, deve-se cuidar para que a investigação seja conduzida de forma independente, sob pena de o programa de compliance vir a ser inócuo.

Além disso, há de se citar a ausência de métricas para avaliar a eficácia dos programas de integridade. Ocorre, não só no Brasil, mas também nos Estados Unidos, a ausência rigorosa de avaliações sobre o que se tem construído em termos de programa de integridade. Inexiste, hoje, dados robustos acerca da criminalidade corporativa. Com isso, a análise sobre a aplicação da lei fica prejudicada, uma vez que não há como medir os esforços sobre a aplicação da lei e se tal aplicação aumenta o número de casos e/ou acordos de leniência, por exemplo. Outro ponto extremamente sensível é no que diz respeito a ausência de pesquisa no campo do compliance, visto que não há pesquisas sobre crimes de ordem econômica que determinem o que funciona, o que não funciona, o que é promissor e o que é conhecido. Com isso, as métricas se tornam terminantemente ineficazes para medir o grau de comprometimento de determinada empresa⁵¹.

Por fim, tem-se que no Brasil Impressiona negativamente como os manuais de compliance tendem os manuais de compliance tendem a replicar o modelo ultrapassado de boas práticas. Aqui, o compliance não passa de um mero adereço empresarial o qual não cumpre sua função de motivar novos comportamentos. Além disso, entende-se que seja um problema a escassez de informações sobre a natureza jurídica das infrações econômicas e sua extensão em relação aos efeitos cominados do comportamento socialmente danoso em relação à vítima. Essa ausência obstrui avanços significativos em relação ao que se possa estruturar em termos de programas de compliance e inovação legislativa⁵².

3.1. Compliance como um veto garantidor da governança corporativa

Dentro do contexto do Direito Penal Econômico, é comum que haja um enfoque na governança corporativa, considerando que essa prática está intrinsecamente ligada ao conceito de ética corporativa como um todo. A governança refere-se a um conjunto de práticas e normas que

⁵¹ LAUFER, William. *Illusions of compliance and governance*. VOL. 6 NO. 3 2006, p. 242. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/247610650_Illusions_of_compliance_and_governance. Acesso em: 20 de maio de 2023.

⁵² SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética Negocial*. Entre a educação executiva e a interpretação judicial. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019. p. 37 e 38.

são aplicadas na gestão das empresas, com o objetivo de aprimorar a transparência, a responsabilidade, a prestação de contas e a equidade dentre os diferentes grupos envolvidos, como acionistas, colaboradores, clientes e fornecedores. Além disso, a governança corporativa é uma área relevante dentro do Direito Penal Econômico, pois a falta de práticas adequadas de governança pode levar a comportamentos antiéticos e ilegais por parte das empresas e seus dirigentes. O não cumprimento das normas e práticas de governança podem resultar em violações de leis e regulamentos, levando a consequências tanto penais como civis e administrativas.

A governança corporativa envolve um conjunto de medidas e procedimentos que visam garantir a integridade da empresa e de seus negócios, prevenindo e detectando comportamentos ilegais. Isso inclui a criação de comitês de ética e compliance, políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e corrupção, programas de treinamento e conscientização de funcionários, canais de denúncia e auditorias regulares para detectar qualquer irregularidade que possa culminar em um ilícito.

Por meio da implementação de boas práticas de governança corporativa, as empresas podem estabelecer uma cultura de integridade e compliance, elementos fundamentais para, em tese, prevenir, detectar e combater crimes econômicos e corporativos. Além disso, a governança contribui para o fortalecimento da imagem da empresa, a promoção da confiança dos investidores e a mitigação de riscos da ordem jurídica, financeira e reputacional.

Nesse sentido, a ética corporativa pode ser compreendida como um conjunto de valores e princípios que orientam a conduta dos profissionais e a tomada de decisão das empresas, visando não somente o lucro, mas também o bem-estar da sociedade e o respeito às leis e normas aplicáveis. Assim, a ética corporativa e a governança corporativa caminham juntas para garantir a implementação de um ambiente de negócios justo, transparente e responsável.

Ocorre que diante de empresas que possuem seu capital aberto em bolsa de valores, surge a necessidade de proteger o bom funcionamento da organização para que os acionistas não sejam prejudicados diante de eventos de corrupção. Daí nasce a imposição legislativa de se criar programas de compliance que garantam o bom desempenho das companhias, uma vez que há um certo distanciamento entre os acionistas e os que administram de fato a empresa em um contexto de uma sociedade anônima de capital aberto, por exemplo⁵³.

⁵³ SARCEDO, Leandro. **Compliance e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo. 2014. p 50.

Nesse contexto, cria-se o conceito de governança corporativa, cujo escopo final seria criar um conjunto de controles internos e mecanismos de monitoramento a fim de moldar o comportamento dos administradores de modo que os impeça de ir contra os interesses dos acionistas, em especial os acionistas minoritários que estão mais distantes do poder de controle da empresa efetivamente.

Sendo assim, é possível afirmar que para atingir o objetivo de governança corporativa o compliance é um aliado fundamental, pois garante a devida transparência administrativa ao prestar contas, estabelecer parâmetros de *due dilligence* e controles internos.

Além disso, é relevante explorar o conceito de vitimologia corporativa. Faz-se necessário analisar o protagonismo das corporações diante da sociedade sob a luz da criminologia. Aqui vale analisar e delimitar conceitualmente de modo a estabelecer conceitos analíticos que permitam identificar os processos de vitimização corporativa. Com isso, seria possível, ao final, alcançar uma base referencial teórica que possibilita habilitar futuras pesquisas científicas que analise vínculos possíveis entre os danos causados pelas corporações, elaboração de políticas de prevenção da vitimização e redução dos danos⁵⁴. Com isso, ao partir do conceito de vitimologia corporativa e entender qual o papel da empresa diante de delitos econômicos, o conceito de criminal compliance fica mais tangível e passível de justificação.

De outro lado, tem-se que a violação corporativa e o comportamento corporativo socialmente danoso, de acordo com o professor Eduardo Saad-Diniz, é extremamente amplo e difícil de ser percebido pela sociedade para ser solucionado apenas com políticas corporativas e com o instituto do compliance⁵⁵.

A dificuldade de se perceber delitos de ordem econômica pela sociedade ocasiona uma certa falta de indignação frente à criminalidade corporativa se comparado à criminalidade de ruas. Essa diferença de tratamento entre a criminalidade corporativa e a criminalidade de rua já era objeto de estudo desde E. Sutherland ao estudar sobre os crimes de colarinho branco. No entanto, pelo fato do Direito Penal Econômico possuir um bem jurídico ser supraindividual⁵⁶, os danos causados pela ausência de ética de uma empresa podem ser imensuráveis, afetando, portanto, a toda coletividade

⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. 1ª ed. São Paulo: Tirant, 2019. p. 15.

⁵⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68 e p. 162.

⁵⁶ PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 15

de modo que seja de difícil a percepção da autoria individualizada pela sociedade⁵⁷. Desse modo, entende-se que a sociedade percebe que a corrupção ocasiona prejuízos ao bem comum, no entanto, por não ter a devida visibilidade da conduta individualizada como ocorre na criminalidade de rua, acaba que a indignação é deixada de lado.

A criminalidade corporativa foi, por um grande lapso temporal, negligenciada. Nos Estados Unidos, a temática só passou a ganhar relevância após a publicação do FCPA. Isso tudo em detrimento do grande apelo sempre presente com as políticas e legislações recrudescidas contra a criminalidade de rua. Tanto nos Estados Unidos como no Brasil havia uma obsessão pelo encarceramento das massas. Foi só a partir dos anos 90 em que, com a globalização e a abertura dos mercados internacionais e popularização das bolsas de valores é que se desafiou o perfil da política criminal internacional⁵⁸. Esquemáticamente, seria possível representar a dualidade e diferenças entre a criminologia de rua e a criminologia econômica abaixo:

(1) **PERSPECTIVA MACROPOLÍTICO-CRIMINAL⁵⁹:**

Criminalidade tradicional <i>(street crime)</i>	Criminalidade corporativa <i>(corporate crime)</i>
Segurança urbana	Segurança negocial
Gestão do medo	Gestão da confiança nos negócios e alocação de recursos
Violência	Ardil/engano

Fonte: Eduardo Saad Diniz Compliance na perspectiva da criminologia econômica, p. 175.

(2) **PERSPECTIVA MICROPOLÍTICO-CRIMINAL⁶⁰:**

⁵⁷ BINTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. V.1. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.155.

⁵⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. *Derecho Penal y Criminología*, n. 03. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 175

⁵⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. *Derecho Penal y Criminología*, n. 03. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 175

⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. *Derecho Penal y Criminología*, n. 03. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p 175

Criminalidade tradicional (<i>street crime</i>)	Criminalidade corporativa (<i>corporate crime</i>)
Dolo (<i>mens rea</i>)	Normativização e tendência à responsabilidade objetiva
Seletividade e higienização urbana	Imposição de deveres já no âmbito empresarial

Fonte: Eduardo Saad Diniz Compliance na perspectiva da criminologia econômica, p. 175.

3.2. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e de seus administradores

Em primeiro lugar, busca-se analisar neste capítulo o contexto e a natureza jurídica da responsabilidade da pessoa jurídica. Instrumentos internacionais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção OCDE) ou também conhecida como Convenção de Mérida que foi também incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, fala na necessidade de responsabilização que poderá ser tripartida, sendo civil, administrativa ou penal. É importante salientar que na Convenção de Mérida há menção à responsabilidade penal da pessoa jurídica, conforme prevê o art. 26⁶¹.

No âmbito internacional, o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas tem se tornado cada vez mais relevante. Diversas organizações supranacionais vêm adotando medidas para incentivar a responsabilização penal das empresas, com foco em casos de crimes econômicos, como corrupção, lavagem de dinheiro e fraudes no mercado financeiro.

⁶¹ Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

Um exemplo de organização supranacional que tem se destacado na promoção da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. A OCDE é uma organização internacional que tem como objetivo promover políticas para o desenvolvimento econômico e o bem-estar social.

A OCDE tem se mostrado realmente preocupada com a responsabilização penal das empresas em casos de corrupção. Em 1997, a organização elaborou a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que prevê a responsabilização penal das empresas que prometem pagar propina a funcionários públicos.

Ademais, em 2010, a OCDE adotou diretrizes para as empresas multinacionais que estabelecem recomendações para as empresas em relação a temas como transparência, ética, respeito aos direitos humanos e responsabilidade social. Essas diretrizes incluem a recomendação de que as empresas estabeleçam sistemas de gestão para prevenir a ocorrência de crimes e adotem medidas para responsabilizar seus empregados e aqueles em função de gestão como diretores em caso de violação de lei.

Desse modo, a adesão e a preocupação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em organismos supranacionais como a OCDE demonstra uma tendência internacional de valorização da responsabilização das empresas pelos crimes que cometem, em busca de uma maior justiça e efetividade na punição de condutas delituosas, especialmente no âmbito econômico.

Historicamente, ao se analisar a responsabilidade penal, pode-se identificar duas formas principais: a objetiva e a subjetiva. A responsabilidade objetiva ocorre independentemente dos aspectos subjetivos relativos ao autor do crime, isto é, não se leva em consideração a intenção ou a culpa do agente. Um sistema penal adota essa ideia quando se contenta com a simples comprovação do nexo de causalidade. Primordialmente, a responsabilidade pelo cometimento de um ilícito tinha duas características básicas. Em primeiro lugar, ela não se restringia ao autor do ato, mas se estendia aos seus familiares, membros da tribo ou clã. Além disso, a responsabilidade era objetiva⁶². No entanto, com o decorrer do tempo, a responsabilidade penal evoluiu e passou a considerar os aspectos subjetivos originando a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade subjetiva exige a comprovação da intenção ou da culpa do agente para que haja a responsabilização penal do agente. A culpabilidade é um elemento fundamental desse modelo de responsabilidade,

⁶² SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal** – Vol III. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro, 2019. p. 29

visto que é preciso demonstrar que o agente possuía consciência da ilicitude da conduta e poderia ter agido de forma diferente.

3.3. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e comparação entre os modelos de *Civil Law* x *Common Law*

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um assunto que merece uma análise mais aprofundada, visto que reverbera na própria estrutura do programa de compliance no Brasil, podendo até afetar a sua efetividade. Em primeiro lugar, cabe retomar que a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê a responsabilização penal das pessoas jurídicas em seu art. 225, § 3º (ao tratar das responsabilidades ambientais), e além disso, menciona também em seu art. 173, § 5º. No entanto, embora a previsão legal na Constituição Federal, a prática destoa da legalidade, visto que no Brasil não se pune empresas que cometem delitos de ordem econômica. Hoje, a única responsabilidade penal admitida é no que diz respeito a questões ambientais e aí é implementada uma responsabilização tripartida, isto é, responsabilidade civil, penal e administrativa, sendo essas esferas independentes entre si.

Relacionando o tema do presente capítulo com o que fora discutido sobre autorregulação regulada no capítulo anterior, tem-se que o fundamento mais adequado no direito penal para promover fortemente a autorregulação é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Nesse sentido, a autorregulação, em conjunto com a noção de responsabilidade social, deve ser considerada como os pilares fundamentais do modelo europeu de responsabilidade. A responsabilidade penal coletiva com base na autorregulação também poderia ser um modelo adequado para o direito penal europeu, como mencionado anteriormente, e isso pode ser justificado por diversas razões. Em primeiro lugar, a técnica da autorregulação é amplamente utilizada na maioria dos setores citados, como resultado da imposição do direito comunitário aos Estados-Membros por meio de diretrizes ou regulamentos. Em segundo lugar, essa abordagem reflete uma tendência legislativa crescente em vários países da União Europeia, apoiada por muitos acadêmicos recentes. Um exemplo claro é a Itália, onde o Decreto Legislativo de 8 de junho de 2001, nº 231 (Disciplina da responsabilidade das pessoas jurídicas sociedades e associações mesmo sem

personalidade jurídica) estabeleceu os modelos organizacionais como epicentro do seu sistema de responsabilidade (art. 6º)⁶³.

Embora a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica remonte a aspectos históricos remotos, é relevante perceber que a questão também não é das mais novas. No contexto da *common law*, o debate foi retomado a partir do século XIX e ganhou relevância e força no século XX.⁶⁴ Na Inglaterra, a responsabilização penal da pessoa jurídica não era aceita até o momento em que as corporações empresariais passaram a desempenhar um papel relevante e de destaque, levando as práticas criminais a abandonarem as antigas figuras focadas exclusivamente em crime e criminoso.

No entanto, no modelo de *civil law*, a figura é diferente, mas a discussão não é recente. A discussão, no entanto, ganhou força em 1990 com as Jornadas de penalistas em 1993 com o Seminário Internacional de Direito Comparado em Cairo.

Atualmente, está se tornando cada vez mais relevante considerar fatores como a prática de prevenção do crime na modalidade dolosa por parte da pessoa singular, a colaboração na investigação, a proteção contra crimes semelhantes e a implementação de códigos de prevenção após a prática do crime na apuração da responsabilidade ou na graduação da sanção. Esses fatores são particularmente relevantes em um sistema de responsabilidade coletiva, no qual as empresas têm o controle de suas próprias funções organizacionais.

Mesmo em sistemas jurídicos que não adotam a ideia de responsabilidade própria da empresa, como o sistema francês na Europa e o modelo brasileiro, há esforços empreendidos pelas empresas para evitar comportamentos criminosos e cooperar posteriormente com a administração da justiça. Esses esforços são indicativos do reconhecimento crescente da importância da responsabilidade coletiva e da necessidade de prevenção de crimes por parte das empresas. No entanto, há o ônus e a crítica de que a efetividade dos programas de compliance em países de tradição *civil law* seja mitigada, em função da ausência de responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Um bom exemplo a se analisar é o modelo espanhol de compliance. O sistema jurídico espanhol pode servir como exemplo para o Brasil, já que trabalha com um modelo de

⁶³ NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Política Criminal, Santiago, v. 3, n. 5, p. 1-118, jul. 2008. Disponível em: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022 .p. 13 a 16.

⁶⁴ BEZERRA, Ana Letícia Rodrigues da C.; TURBAY, Marcelo; FONTENELE, Marília. **Temas atuais de direito penal econômico (Série IDP –Linha pesquisa acadêmica)**. São Paulo: Saraiva, 2021. p .52.

autorresponsabilidade no âmbito penal em relação ao compliance, proporcionando não apenas efetividade ao instituto do (criminal) compliance, mas também uma forma coerente de combater a criminalidade econômica.

O que mais chama a atenção na legislação espanhola é o seu rápido desenvolvimento. O Código Penal de 1995 não contemplava a responsabilidade penal das empresas, devido à crença predominante de que elas não possuíam capacidade de ação e culpabilidade.

O artigo 31 bis, nº 4, d⁶⁵, da legislação espanhola é digno de nota, já que reconhece a adoção de medidas eficazes de prevenção e identificação de delitos como circunstância atenuante da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, visando evitar futuras práticas delitivas através de seus meios ou cobertura. Segundo Santiago Mir Puig, a Espanha adotou um modelo heterônomo de responsabilidade penal, também chamado de heterorresponsabilidade ou vicariante, em que a responsabilidade penal individual é transferida para a coletiva, que ocupa uma posição de garantidor penal pelo descumprimento do dever. É interessante notar que a legislação espanhola evoluiu rapidamente nesse sentido, uma vez que o Código Penal de 1995 não previa a responsabilidade penal das empresas, uma vez que se acreditava que elas não tinham capacidade de ação e de culpabilidade.

É perceptível que a Espanha deixou de lado a ideia conservadora do *societas non delinquere potest*, adotando uma postura mais ampla na política criminal ao criminalizar as pessoas jurídicas. Uma vez superada a questão de punir ou não essas empresas, o debate evoluiu para a reflexão sobre como puni-las de maneira adequada, com base em fundamentos dogmáticos e político-criminais coerentes.

Uma outra razão que enseja a pensar sobre um modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas partindo da ideia da autorregulação regulada é a sua eficácia político-criminal. Ao unir os esforços da autorregulação e da responsabilidade corporativa, tem-se que há um maior envolvimento das empresas no cumprimento de uma nova missão pública, isto é, a prevenção de

⁶⁵Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: 4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

condutas delituosas que afetem os bens jurídicos tutelados no desenvolvimento da atividade daquela empresa⁶⁶.

Diferentemente do que ocorre nos modelos de hetero responsabilidade, isto é, modelo o qual a responsabilidade coletiva é derivada da responsabilidade objetiva e individual, o modelo de auto-organização proposto oferece a possibilidade de a empresa se manter distante do ato delituoso. Sendo assim, caso a empresa tente cooperar com a administração pública e com a justiça, há uma atenuação da sanção e possivelmente a pena poderá ser extinta, constituindo, portanto, um enorme incentivo para a cooperação das empresas com a justiça e podendo interferir significativamente a diminuição da criminalidade corporativa.

Nesse modelo da auto-organização, a empresa é capaz de manter uma certa distância do ato delituoso e, portanto, pode se beneficiar de incentivos para cooperar com a administração pública.

Isso significa que, caso a empresa demonstre uma postura colaborativa, há uma possibilidade real de que haja atenuação da sanção aplicada e até mesmo a extinção da pena, o que pode representar um enorme incentivo para a cooperação das empresas com as autoridades e, por consequência, influenciar significativamente a redução da criminalidade corporativa.

Esse modelo de auto-organização se fundamenta na ideia de que a empresa deve ser vista como uma comunidade organizada, que pode ser influenciada e moldada pelo seu ambiente externo, mas que também pode se moldar internamente para evitar comportamentos ilícitos. Nesse sentido, a empresa pode implementar medidas internas que visam prevenir a ocorrência de condutas criminosas e demonstrar um compromisso efetivo com a ética e a legalidade.

Dessa forma, a adoção do modelo de auto-organização pode trazer benefícios tanto para as empresas quanto para a sociedade como um todo, uma vez que incentiva a adoção de práticas éticas e legais, além de aumentar a efetividade da justiça criminal ao permitir a cooperação da empresa na investigação e punição de crimes corporativos. Por essa razão, esse modelo tem sido cada vez mais discutido e implementado em diversos países, como forma de combater a criminalidade corporativa e promover uma maior justiça e transparência nas relações entre empresas.

Dito isso, deve-se questionar por qual motivo não se aplica na lei brasileira a responsabilidade penal da pessoa jurídica? Um dos argumentos trazidos é a questão da

⁶⁶ NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Política Criminal, Santiago, v. 3, n. 5, p. 1-118, jul. 2008. Disponível em: <http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022. p. 17.

culpabilidade⁶⁷. O principal argumento trazido para essa discussão é o de que a pessoa jurídica pode ser considerada culpada, visto que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não está em conflito com os orientadores do Direito Penal, como o princípio da culpabilidade e o da individualização das penas.

É notável que o Supremo Tribunal Federal, seguindo a doutrina nacional e a doutrina francesa, adotou a expressão "responsabilidade por ricochete" (ou dupla imputação) para tratar da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Durante um longo período, o Tribunal entendeu que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas só poderia ocorrer em conjunto com a responsabilidade individual, interpretando de forma questionável o parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.605/98 ("a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato"). Na verdade, o Supremo Tribunal passou a afirmar repetidamente que a responsabilidade penal da pessoa jurídica nunca seria independente, sempre estando ligada ao princípio da heterorresponsabilidade. A razão para esse entendimento é bastante simples. Como o pensamento tradicional não reconhece a possibilidade de uma atuação independente da pessoa jurídica, ela só pode ser considerada culpável se houver uma correspondente culpa individual.

Ao analisar a Lei n° 12.846/2013, normativa brasileira com base na tendência internacional de combate à corrupção, influenciada pela OCDE e pela Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, bem como em institutos como a FCPA dos EUA e o *Bribery Act* do Reino Unido, a normativa estabelece a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 1º). Essa responsabilidade objetiva da pessoa jurídica ocorre nos âmbitos administrativo e civil, em relação aos atos lesivos previstos na própria Lei, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). Nota-se aqui a primeira semelhança com a norma espanhola mencionada na LO 15/2003, mas não apenas isso.

O dispositivo também estabelece que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, ou de qualquer pessoa natural autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º), seguindo os moldes tradicionais de responsabilidade por ricochete, ou seja, um sistema necessário de dupla imputação. No entanto, há

⁶⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170.

uma proximidade com a referência espanhola, mencionada no art. 4º, que declara que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica subsiste mesmo em caso de alteração contratual. A Lei estabelece ainda que as empresas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na normativa, limitando-se tal responsabilização à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, nos moldes da antiga previsão espanhola.

Note que no Brasil, a Lei nº. 12.846/13 estabelece a responsabilidade administrativa e tal responsabilidade no Brasil não é julgada pelo Judiciário, mas sim pelos órgãos da Administração Pública. Embora o artigo 8 da referida lei⁶⁸ mencione a possibilidade de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário instaurar e julgar processos administrativos com garantia do contraditório e da ampla defesa, o processo administrativo é independente do Judiciário, como claramente mencionado no artigo 10⁶⁹. Além disso, o artigo 18 da Lei Anticorrupção⁷⁰ afirma que a responsabilidade administrativa não exclui a possibilidade de responsabilidade judicial.

No Brasil, podem ser verificadas cinco modalidades de responsabilidade. Há a responsabilidade civil, subsidiária ou cumulativa das pessoas jurídicas por atos cometidos por funcionários, medidas de segurança, sanções administrativas, medidas mistas de caráter penal, administrativo ou civil. Hoje o diferencial da lei Anticorrupção é a responsabilidade objetiva.⁷¹

⁶⁸ “Art. 8º. A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa. § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação. § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.”

⁶⁹ “Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis. § 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão. § 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação. § 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instaura e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas. § 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.”

⁷⁰ “Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.”

⁷¹ MARINELA, Fernanda. Ramalho, Tatiany. Paiva, Fernando. **Lei anticorrupção**: lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

No entanto, se analisar o direito administrativo sancionador, entende-se que ele pode ser deficientemente regulado de modo que possa escapar algumas garantias e princípios penais sob a justificativa de que estava no campo do direito administrativo e não penal. Além disso, outro fator importante é admitir as dificuldades naturais que o Estado e o Direito Penal clássico possuem em dar respostas eficientes às questões geradas pelo ramo do Direito Penal Econômico. Diante dessa problemática, alguns países encontraram a solução de atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem compatibilizar a área penal com a área administrativa⁷².

A Lei 12.846/2013 não deixou de se alinhar ao padrão internacional de responsabilização individual e empresarial. ⁷³Na questão da responsabilização individual por infrações econômicas, existem diferentes formas de delitos que podem ser cometidos. Esses delitos podem ser considerados dolosos e realizados "contra os interesses da empresa", ou podem ser o resultado de uma violação do dever de cuidado "da empresa" ou "a partir da empresa". Uma adequada descrição dos comportamentos nos programas de compliance deve focar especialmente no risco permitido, como a definição de práticas negociais de caráter meramente especulativo, no alcance da aceitação dos presentes, ou na imposição de limites no exercício da confiança. Além disso, é importante mencionar que a falta de compliance pode levar à responsabilidade penal do empresário pela omissão. Para garantir uma cultura de compliance efetiva, é fundamental que a empresa adote políticas claras e específicas, bem como um código de ética que oriente o comportamento dos seus colaboradores. É importante que os programas de compliance sejam capazes de identificar as principais áreas de risco e estabeleçam medidas de controle adequadas para minimizar esses riscos. Também é necessário que os programas de compliance sejam atualizados regularmente para se adaptar a novos riscos e ameaças emergentes. A implementação de programas de compliance efetivos não só ajuda a prevenir infrações econômicas, mas também pode ajudar a proteger a empresa de possíveis sanções legais e danos à sua reputação. Em resumo, a responsabilização individual por infrações econômicas pode ocorrer de diferentes formas, e a adoção de políticas claras e específicas por meio de programas de compliance efetivos é fundamental para minimizar esses riscos. Além disso, é importante que esses programas sejam atualizados regularmente para

⁷² BARRILARI, Claudia. **Autorregulação Regulada, Criminal Compliance e Mecanismos Sancionatórios**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo. 2017. p. 41

⁷³ CURY, Rogério. **Direito Penal Econômico**. Portugal: Grupo Almedina, 2020. p.273

se adaptar a novos riscos e ameaças emergentes e que a empresa esteja ciente de que a falta de compliance pode levar à responsabilidade penal do empresário pela omissão⁷⁴.

No contexto da responsabilidade empresarial, há tipos de associação que podem afetar de maneira mais intensa a estabilidade das relações econômicas. Isso significa que o marco legal das associações pode ser um elemento que aumenta o grau de reprovação do comportamento empresarial. Além disso, essa abordagem possibilita uma combinação de responsabilidades, não apenas com um sistema de direito penal individual que avalia a punição de forma estrita, mas considerando a avaliação da culpabilidade da organização a partir de uma perspectiva global das medidas de compliance implementadas pela empresa.

No entanto, é importante notar que a abordagem adotada pela legislação brasileira se assemelha muito à abordagem estabelecida na Lei Orgânica 15/2003, que prevê um grau de responsabilidade administrativa muito próximo ao da Lei Anticorrupção. A questão que fica é se o Brasil seguirá os mesmos passos da Espanha, que, por meio da LO 5/2010, foi além e instituiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas para crimes em geral.

Atualmente, é difícil afirmar com precisão a realidade do criminal compliance no Brasil, especialmente em relação à aplicação da Lei Anticorrupção. A implementação dessa medida ainda está em seus estágios iniciais e está sendo desenvolvida gradualmente. No entanto, é interessante observar que, mesmo que haja muito a ser feito, algumas verdades parecem se destacar desde o começo.

O *criminal compliance* é fundamentado em uma lógica que, em certa medida, se distancia do Direito Penal. No entanto, são aplicadas sanções às pessoas jurídicas com o objetivo de garantir sua efetividade. Essa abordagem é adotada em diversas áreas, como nas esferas cível, administrativa e penal. Em todas essas áreas, o julgamento é de natureza penal, mesmo que não haja suspeita de responsabilidade penal da pessoa jurídica, como apontam cortes internacionais de direitos humanos. Além disso, as garantias aplicáveis às pessoas jurídicas são semelhantes às garantias penais.

Diante disso, nota-se uma tendência internacional inescapável de criminalização de condutas relacionadas às pessoas jurídicas. Esse caminho tende a se tornar irreversível, conforme apontado por especialistas no assunto. Mesmo que a abordagem do criminal compliance seja

⁷⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 337.

diferente do Direito Penal, há uma clara intenção de responsabilizar as empresas por condutas ilegais ou antiéticas, buscando incentivar a implementação de medidas preventivas e o estabelecimento de uma cultura de conformidade nas organizações.

Contudo, no Brasil, a realidade em relação ao criminal compliance e autorregulação é mais complicada. O mesmo pode ser dito em relação à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, visto que a estrutura funcional complexa das empresas e suas particularidades em relação à sistemática e dogmática penal brasileira e seus padrões tradicionais parecem dificultar a viabilidade da criminalização e responsabilização penal no mundo empresarial.

Por esses motivos, há uma resistência no Brasil em punir essas empresas, optando-se pela responsabilização cível, administrativa ou até mesmo conduzi-las ao Direito Administrativo Sancionador, o que não substitui a responsabilização penal das pessoas jurídicas, embora o Direito Administrativo Sancionador se assemelhe bastante com a lógica penal.

Em resumo, além das questionáveis interpretações constitucionais sobre a modalidade de responsabilização criminal, é fato que, no Brasil, essa abordagem já está prevista em lei desde 1998, na Lei nº 9.605/98, no contexto dos crimes ambientais. Curiosamente, essa abordagem recebe as mesmas críticas observadas em outros países, por um lado, enfrentando dificuldades para sua efetivação, enquanto por outro, há um completo desconhecimento dos debates internacionais sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, entende-se que o conceito dos programas de compliance possui primordialmente duas funções básicas. A primeira delas é uma função preventiva, isto é, tem como objetivo prevenir que delitos econômicos ocorram em uma organização em que possua o programa de compliance funcionando de acordo com os parâmetros da Lei 12.846/2013. Em segundo lugar, a função característica dos programas de compliance é a função de atenuar a pena em caso de cometimento de crime. Essa função é de grande estimulador para que a empresa se empenhe em promover seu programa de integridade conforme os ditames da lei, visto que se o programa estiver funcionando de acordo com os padrões legais, a empresa pode reduzir consideravelmente sua sanção em caso de um processo administrativo.

O tema compliance tem ganhado cada vez mais destaque na sociedade, especialmente quando se trata de prevenção e combate à criminalidade de ordem econômica. Embora inicialmente tenha surgido com o propósito de correção estatal e privada nos Estados Unidos, a implementação de programas de integridade se tornou uma prática mundialmente difundida e fundamental para que pelo menos haja uma boa reputação das empresas frente a investidores.

No entanto, no Brasil, o compliance é visto mais como uma ferramenta administrativa do que propriamente penal, visto que não se admite a responsabilidade penal das empresas em delitos econômicos. Nesse sentido, o compliance funciona como uma gestão programada por um conjunto de medidas com objetivo final de prevenir e afastar condutas ilícitas. A importância do compliance reside no fato de que ele busca criar um ambiente ético dentro das empresas, em que todos os funcionários são orientados a seguir as leis e regulamentos aplicáveis ao negócio. Isso ajuda a minimizar o risco de fraude, corrupção e outras atividades ilícitas que possam prejudicar a empresa e seus investidores. Além disso, o compliance funciona também como uma forma de demonstrar transparência e responsabilidade corporativa, o que pode aumentar a confiança dos clientes, fornecedores e investidores.

Além disso, ressalta-se o histórico do conceito de crime de colarinho branco – *White Collar Crime*, termo criado por Edwin H. Sutherland ainda na década de 30. Observava-se à época que era uma prática comumente realizada por pessoas com um alto status social o que dificultava identificar os autores de delitos econômicos, diante do enorme poderio político e financeiro dos autores. E. Sutherland fez suas principais contribuições para a teoria criminológica em um contexto histórico o qual os Estados Unidos enfrentaram enormes transformações na sociedade e também com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929 e depois com as mudanças organizacionais e regulatórias da economia e do Estado com o *New Deal*. Diante disso, conclui-se que o projeto *New Deal* foi de grande relevância para o controle estatal da atividade empresarial e para coibir o que E. Sutherland chamava de crime do colarinho branco.

Outro ponto a se considerar de suma relevância é a questão da culpabilidade como forma de justificativa da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Essa é uma tese defendida por Klaus Tiedemann e o autor sustenta que a culpabilidade não decorre do fato delituoso cometido pela empresa, mas sim da omissão da empresa em implementar medidas preventivas.

No modelo de compliance na Espanha, a culpabilidade desempenha um papel extremamente relevante e fundamental na medida da pena aplicável ao caso concreto. Isso é, os

programas de compliance são utilizados não apenas para prevenir a ocorrência de delitos de ordem econômica, mas também para avaliar e auferir a culpabilidade da empresa em caso de violação da lei. É por esse motivo que o conceito de culpabilidade é de suma importância no ramo do Direito Penal Econômico.

Em outras palavras, os programas de compliance são usados como uma ferramenta para avaliar a responsabilidade da empresa em relação a um determinado crime econômico. Se ficar comprovado que a empresa adotou medidas adequadas de prevenção, detecção e correção, a culpabilidade pode ser reduzida ou mesmo eliminada. Por outro lado, se a empresa não tiver implementado um programa de compliance efetivo, a culpabilidade pode ser aumentada, o que poderá resultar em uma penalidade mais severa.

Assim, a culpabilidade desempenha um papel central na aplicação do Direito Penal Econômico na Espanha e os programas de compliance são uma importante ferramenta para avaliar a culpabilidade da empresa e determinar a medida da penalidade. Desse modo, a crítica que se faz ao modelo brasileiro é o de que nele não há responsabilização penal da pessoa jurídica, portanto, a análise da culpabilidade fica prejudicada, visto que não há como medir a culpabilidade da empresa infratora para se aplicar a pena.

Outro ponto relevante é no tocante a responsabilidade penal da pessoa jurídica, visto que no Brasil não se admite a responsabilização criminal das empresas, exceto em crimes ambientais. Tal premissa acaba dificultando a efetividade e o próprio interesse de as empresas investirem em programas de compliance robustos, visto que não serão responsabilizadas criminalmente por delitos de ordem econômica.

Em um contexto geral, tem-se que a pesquisa científica ao redor dos programas de compliance demonstra um rendimento insipiente no que diz respeito à demonstração de mudança efetiva de comportamento ético no ambiente corporativo. Ainda que haja uma crescente demanda por programas de compliance em empresas, não há garantias de que os objetivos sejam alcançados, uma vez que esses programas podem ser vistos como meramente formais, sem um real comprometimento, principalmente da alta gestão da empresa, com a ética corporativa.

Em outras palavras, a implementação de um programa de integridade pode ser vista como um exercício de relações públicas para a empresa, a fim de demonstrar uma suposta adesão a valores éticos e de responsabilidade social. No entanto, sem uma mudança efetiva na estrutura e na

cultura corporativa e sem um comprometimento efetivo com a ética e a integridade dos negócios, a implementação pode se tornar ineficaz.

Desse modo, a implementação de um programa de compliance pode acabar sendo vista como apenas uma formalidade para cumprir os requisitos impostos pela lei para atender exigências dos investidores.

Por fim, a efetividade dos programas de compliance é duramente questionada frente a estudos científicos pela ausência de dados. De acordo com os estudos da pesquisadora Sally Simpson sobre o que funciona nos programas de compliance, os resultados obtidos foram os de que as políticas regulatórias que avaliam os programas de compliance têm um papel importante na prevenção de delitos corporativos. Entretanto, o estudo demonstrou que a intervenção das agências reguladoras é ainda mais eficaz na prevenção desses crimes. Embora a pesquisa tenha obtido resultados conflitantes, é importante destacar que não há evidências suficientes para afirmar que estratégias isoladas, como leis, sanções punitivistas e políticas regulatórias, sejam eficazes por si só. Por outro lado, o setor de pesquisa sobre compliance ainda carece de dados mais robustos a serem produzidos.

É relevante destacar que a pesquisa mencionada referente ao estudo da pesquisadora Sally Simpson apresentou resultados conflitantes ao se analisar o que funciona e o que não funciona dentro da prevenção de delitos econômico-empresariais. De acordo com o estudo, não há evidências suficientes para concluir que os tratamentos de estratégia única, isto é, lei, sanções punitivas e política regulatória, tenham um impacto preventivo por si só. No entanto, é interessante ressaltar que a presença de políticas regulatórias a nível empresarial pode ter um impacto positivo, o que é uma descoberta promissora, mas faltam estudos para se comprovar.

Dentre as políticas regulatórias a nível empresarial, o estudo em questão encontrou efeitos positivos em uma mistura de políticas ambientais e anticoncorrenciais. Essa abordagem de políticas mistas, que engloba uma variedade de setores, pode ser uma estratégia mais eficaz para prevenir delitos.

Em resumo, pode-se afirmar que o instituto do compliance é um avanço com relação a coibir práticas delituosas do campo corporativo, visto que ele busca a autorregulação por parte da própria empresa que conhece os riscos inerentes ao seu negócio. No entanto, ainda é cedo para afirmar que de fato os programas de integridade possuem capacidade de alterar o comportamento ético das empresas de tal modo a surtir efeito e impactar a prática de cometimento de delitos. É

necessário analisar ainda o amadurecimento tanto da legislação brasileira quanto ao tema como a produção de maiores estudos científicos que consigam analisar a eficácia desses programas. Ademais, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica se mostra como um impasse ainda para o ordenamento jurídico pátrio se comparado com países que adotam a referida responsabilidade, uma vez que isso impacta diretamente no interesse das empresas em investirem nos programas de compliance de modo a não apenas cumprirem o requisito da lei que o impõe, mas também com o objetivo de prevenir a todo custo que práticas ilegais sejam cometidas, uma vez que se o programa falhar, ele será usado como uma atenuante para a pena que a própria empresa irá se sujeitar. Esse, pode-se dizer que seria o maior interesse da empresa em se investir em programas de compliance adequados não só nos ditames da lei, mas tentando superá-la para que alcance o seu maior objetivo enquanto empresa, isto é, atenuar sua pena dentro do direito penal. É verdade que no atual modelo brasileiro, o programa de compliance já atua como uma atenuante, no entanto, tal atenuante apenas surge efeito dentro de um processo administrativo de responsabilização (PAR).

REFERÊNCIAS

BARRILARI, Cláudia. **Autorregulação Regulada, Criminal Compliance e Mecanismos Sancionatórios**. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2017.

BEZERRA, Ana Letícia Rodrigues da C.; TURBAY, Marcelo; FONTENELE, Marília. **Temas atuais de direito penal econômico (Série IDP –Linha pesquisa acadêmica)**. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar R. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral – arts 1 a 120 (vol 1)**. 28ª edição. São Paulo. Saraiva.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. V.1. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CURY, Rogério. **Direito Penal Econômico**. Portugal: Grupo Almedina, 2020.

FELICIO, Guilherme. **Compliance e Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**, São Paulo: IBCCRIM, 2019.

JAKOBS, Gunther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Thomson Civitas. 2003.

JR., Miguel R. **Fundamentos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020

LAUFER, William. *Illusions of compliance and governance*. VOL. 6 NO. 3 2006, p. 242. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/247610650_Illusions_of_compliance_and_governance. Acesso em: 20 de maio de 2023.

MARINELA, Fernanda. Ramalho, Tatiany. Paiva, Fernando. **Lei anticorrupção: lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Francisco S.; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance - Concorrência e combate à corrupção, 1ª edição**. São Paulo]: Editora Trevisan, 2017.

NIETO, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Política Criminal, Santiago, v. 3, n. 5, p. 1-118, jul. 2008. Disponível em: <http://politerim.com/wp-content/uploads/2019/04/A_3_5.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2022 NETO, Adão. **Responsabilidade social, governança corporativa e autorregulação: suas influências no direito penal empresarial**. Nº 5, 2008.PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, Luiz R. **Direito Penal do Ambiente**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **O sentido normativo dos programas de compliance na AP 470**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n. 933, 2013.SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. MARTÍN, Adam Nieto. **Legitimidade e Efetividade dos Programas de compliance**. 1ª ed São Paulo: Tirant, 2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética Negocial**. Entre a educação executiva e a interpretação judicial. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. *Derecho Penal y Criminología*, n. 03, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Vitimologia Corporativa**. Tirant. São Paulo. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Política regulatória, enforcement e compliance: análise dos lineamentos da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 15, n. ju/jul. 2019, 2019.Tradução. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335200972_Politica_Regulatoria_Enforcement_e_Compliance_Analise_dos_Lineamentos_da_Oficina_Anticorrupcao_da_Procuradoria_Argentina. Acesso em: 21 maio 2023.

SCANDELARI, Gustavo. **Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos: Inovações e Aprimoramentos para Programas de Integridade**. São Paulo: Almedina.

SANTOS, Artur Carlos Maurício Pestana dos. **Mayombe**. 1ª ed. Portugal: Leya. 2013.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo. 2014.

SHECAIRA, Salomão. **Estudos de Direito Penal – Vol III**. 1ª edição. Forense. Rio de Janeiro.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica (de acordo com a Lei 9.605/98)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SIMPSON, Sally. RORIE, Melissa. Et al. **What Works?** A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence.

TIEDMANN, Klaus, *La Ley Penal En Blanco: Concepto y cuestiones conexas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 37. 2002

RODRIGUES, Anabela M. **Direito Penal Económico**. Portual: Grupo Almedina, 2020.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. 1ªed. Renovar. Rio de Janeiro. 2006.

