



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

JAQUELINE ROSÁRIO SANTANA

***CRIMINAL COMPLIANCE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA JURÍDICA**

**SOUSA-PB
2018**

JAQUELINE ROSÁRIO SANTANA

*CRIMINAL COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA JURÍDICA*

Trabalho monográfico apresentado à banca da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares

SOUSA – PB

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

S232c Santana, Jaqueline Rosário.
Criminal compliance no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica. / Jaqueline Rosário Santana. - Sousa: [s.n], 2018.

79 fl.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares.

1. Criminalidade corporativa. 2. Inovação do direito. 3. Regulamentação. I. Título.

JAQUELINE ROSÁRIO SANTANA

*CRIMINAL COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA JURÍDICA*

Defendida e Aprovada em 09 de Outubro de 2018.

Banca Examinadora:

Doutor Jardel de Freitas Soares
Orientador

Mestre José Idemário Tavares de Oliveira
Membro nº 1 da Banca Examinadora

Mestre Maria de Lourdes Mesquita
Membro nº 2 da Banca Examinadora

*A Fellini e Caju, companheiros de todos
os dias e todas as horas.*

AGRADECIMENTOS

À Marla Luryan, Alexandre Candeia, Ennio Phablo, Francisco Jr., que desde o início da pós-graduação se manifestaram para além de colegas de curso. Os admiro e acredito em vocês.

À Vanessa Érica, que chegou, logo depois, sorrateira, inspirando admiração e exemplo de dedicação e força.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares, que desde o início consentiu em me acompanhar e orientar nesta pesquisa, esse que tem o dom de inculcar em seus alunos a verve da autoconfiança.

À Alexandra Ferreira, pelo carinho, confiança e amparo.

Se é verdade a máxima “a cada época, seu Direito” (cuius tempora eius ius), parece certo que a globalização impõe um repensar na própria concepção das fontes jurídicas, o que se faz também presente no universo penal (Renato de Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz).

RESUMO

Criminal compliance constitui-se como uma prática empresarial orientada para um caráter inovadoramente preventivo no direito penal, porém, as bases de suas operações encontram-se limitadas por uma necessária delimitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal imbróglio se situa na ampla discussão sobre criminalidade corporativa, uma vez que há teorias em pelos menos dois polos de posições divergentes. Por um lado, há os que defendem que a pessoa jurídica é uma entidade fictícia e, portanto, não tem como ser criminalmente responsabilizada pois não atende aos critérios da dogmática penal do direito brasileiro. Por outro lado, há os que entendem que o problema está justamente com o apego excessivo à dogmática penal e que tal orientação, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, requer uma inovação no direito de modo que se produzam teorias, entendimentos e, conseqüentemente, regulamentação adequada a tal situação. Dessa maneira, o presente estudo parte da seguinte pergunta de pesquisa: quais as condições de possibilidade do *criminal compliance* se entendido como mecanismo associado à responsabilidade penal da pessoa jurídica? Buscando tal resposta, tem-se por objetivo perscrutar tais condições de possibilidade, operando-se metodologicamente com uma abordagem indutiva e os métodos de procedimento monográfico e comparativo, além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os principais resultados apontam para uma necessária produção de inovação na figura da criminalidade aplicada às corporações, notadamente para a constituição de uma teoria do delito específica, donde se conclui que urge pensamento voltado o quanto antes para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, de modo a regulamentá-la e sistematizá-la.

Palavras-chaves: Criminalidade Corporativa. Inovação no Direito. Regulamentação.

ABSTRACT

Criminal compliance is a practice oriented towards an innovative preventive character in criminal law facing organizations, however, the bases of its operations are limited by a necessary theoretical understanding of the criminal corporate responsibility. Such an imbroglio poses a wide discussion about corporate criminality, since there are theories in at least two poles of divergent positions. On the one hand, there are those who argue that corporations are fictitious entities and, therefore, cannot be held responsible, in Brazil, for crimes, because they do not meet the criteria of the criminal dogmatic of Brazilian law. On the other hand, there are those who understand that the problem is precisely due to excessive attachment to dogmatic orientation and as such the criminal responsibility of the corporations requires an innovation in law, so that theories, understandings and consequently appropriate regulation are produced. In this way, the present study starts from the following research question: what are the conditions of possibility of criminal compliance if understood as a mechanism associated to the criminal responsibility of corporations? Seeking such a response we had the objective of examining such conditions of possibility, operating methodologically with an inductive approach and the methods of monographic and comparative procedure, in addition to bibliographic and documentary research techniques. The main results point to a necessary production of innovation in the figure of criminality applied to corporations, notably for the constitution of a specific crime theory, which we conclude that it is urgent to focus on the criminal responsibility of the legal person as soon as possible, in order to regulate and systematize it.

Keywords: Corporate crime. Innovation in Law. Regulation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 DO COMPLIANCE AO CRIMINAL COMPLIANCE.....	13
2.1 NOÇÕES BASILARES DE COMPLIANCE.....	13
2.1.1 Conceito e Objetivos.....	13
2.1.2 Origem Histórica.....	16
2.2 CULTURA DA PREVENÇÃO NO BRASIL.....	19
2.2.1 O Interesse da Pesquisa Científica no Direito.....	20
2.2.2 Lei Anticorrupção.....	21
2.2.3 Tendência nas Contratações Públicas.....	22
2.3 CRIMINAL COMPLIANCE.....	24
3 DIREITO PENAL EM CRISE: EM FOCO A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA.....	28
3.1 O DIREITO PENAL EM TEMPOS DE CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	28
3.2 LINHAS BASES DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO QUADRO COMPARADO.....	30
3.2.1 No Direito Internacional.....	30
3.2.2 No Direito Brasileiro.....	33
3.2.2.1 Sob a Ótica Constitucional.....	34
3.2.2.2 Sob a Ótica da Legislação Ambiental.....	37
3.2.2.3 Sob a Ótica Jurisprudencial.....	40
3.3 OBJEÇÕES FUNDAMENTAIS DA DOGMÁTICA TRADICIONAL.....	42
3.3.1 Capacidade de Ação e Princípio da Culpabilidade.....	42
3.3.2 Princípios da Pessoalidade, Individualização e Proporcionalidade da Pena.....	44
4 CRIMINAL COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.....	48
4.1 ABORDAGENS E DESDOBRAMENTOS DO CRIMINAL COMPLIANCE EM ÂMBITO JURÍDICO-PENAL.....	48
4.1.1 Tendências de Globalização do Direito Penal.....	49
4.1.2 Infração de Garantias Penais Constitucionais.....	51
4.1.2.1 A responsabilização dos Compliance Officers e APn 470.....	53
4.2 ENCAMINHAMENTOS PARA UMA TEORIA DO DELITO EMPRESARIAL.....	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62

REFERÊNCIAS.....	66
ANEXO A – ARGR NO RMS 48851 (2015/0175938-0 – 26/02/2018) (INTEIRO TEOR).....	72

1 INTRODUÇÃO

O que se passou a denominar de *criminal compliance* enseja discussão acerca da necessidade de atuação preventiva e delimitadora da responsabilidade criminal em âmbito empresarial diante, a princípio, do ilícito relacionado às práticas econômicas e financeiras das corporações e, de forma ampliada, em diferentes espaços de atuação do direito penal no que tange às atividades empresariais.

Tal realidade coloca uma importante compreensão dos aspectos conceituais de *compliance* (SAAVEDRA, 2016) e daquilo que circunda seus procedimentos e possibilidades, assim como aponta para um necessário desenvolvimento de pesquisa frente às nuances do que caracteriza o direito penal, que, diante dos delineamentos de uma criminalidade moderna, organizada e sofisticada, estaria refém, dentre outros aspectos, de uma desnaturalização que o tem tornado excessivamente “administrativizado”, corrompendo seus princípios estruturantes.

Nesse cenário, é a responsabilidade penal da pessoa jurídica que está em xeque, levando a refletir sobre as possibilidades do que se entende por *criminal compliance* atender a seu caráter preventivo sem desvios para a responsabilidade objetiva pelos processos organizacionais por um indivíduo alocado com tal fim. Nesse caso, a questão e pesquisa que se apresenta é: Quais as condições de possibilidade do *criminal compliance* se entendido como mecanismo associado à responsabilidade penal da pessoa jurídica?

Sendo assim, teve-se como objetivo geral nesta pesquisa perscrutar as condições de possibilidade do *criminal compliance* se entendido como mecanismo associado à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Já os objetivos específicos estão delimitados em: a) sistematizar fundamentos teórico-doutrinários essenciais do *criminal compliance*; b) compreender a situação do direito penal no que tange à responsabilidade da pessoa jurídica; c) ponderar sobre as bases do *criminal compliance* em relação à aplicação do direito penal na atividade corporativa.

A realização desta pesquisa se justifica em função do instituto de *criminal compliance* constituir-se como uma inovação na seara das relações do direito penal com as práticas empresariais. Os estudos científicos publicados em periódicos qualificados que abordam a problemática ainda são poucos, como se pode observar no levantamento realizado nesta pesquisa. Ademais, parece que tal tema se mostra relevante também para a sociedade, notadamente a sociedade empresarial, visto

que estudos referentes ao valor comercial do *compliance* apontam que para cada US\$ 1,00 gasto pelas corporações nesse tipo de atividade há uma economia de US\$ 5,00 referente a custos com processos legais dentre outros (SANTOS, 2012).

No âmbito da investigação dessa temática, todavia, esbarrou-se na percepção da necessidade de uma abordagem metodológica agnóstica, uma vez que se apresenta a discussão de que na pesquisa em Direito o que é conhecimento válido não separa nitidamente o julgamento de valor da proposição científica. Ou seja, como colocam Santos, Abdouch e Vieira (2017), existe uma racionalidade específica ao Direito e essa não precisaria se vincular aos métodos de investigação característicos das outras ciências.

Contudo, tateando as possibilidades, procurando compreender e respeitar as tradições da área, entende-se que sempre é possível raciocinar, seguir na realização do trabalho acadêmico, com as compreensões dos métodos de abordagem e procedimentos usuais que podem ser visualizados, a partir de suas definições e contextualizações, na prática científica. Sendo assim a presente monografia se orientou pelo método indutivo, que em sua definição, se refere à extração de caráter discursivo a partir de evidências concretas cujas características se apresentam como uma procedência do particular para o geral (BITTAR, 2015).

Ora, é assim que a abordagem metodológica deste trabalho sai do fenômeno específico, empírico, do *criminal compliance*, para indutivamente chegar às delimitações do direito penal e da responsabilização da pessoa jurídica. Nesse percurso, tomando por auxílio os métodos de procedimento monográfico e comparativo, cotejando aspectos da temática estudada em diferentes ordenamentos jurídicos e possibilitando uma compreensão ampliada da situação brasileira.

Enquanto técnicas de pesquisa foram adotadas a pesquisa bibliográfica e documental, além da análise de fontes jurídicas, seguindo a orientação de Marconi e Lakatos (2003), que indica observar primeiro as posições dos manuais que abordam aspectos relacionados com o assunto (doutrina), e, depois, a literatura que diz respeito à legislação e à jurisprudência.

Tendo-se caracterizado o problema, os objetivos, a justificativa e abordagem metodológica do presente trabalho, o texto desta monografia, em atendimento aos objetivos estabelecidos, se encontra organizado em mais três seções, além desta introdução e das considerações finais. Primeiro, a seguir, a seção 2 (Capítulo I), na qual se providenciará a sistematização dos fundamentos teórico-doutrinários

essenciais do *criminal compliance*. Na seção 3 (Capítulo II), se desenvolverá uma compreensão da situação do direito penal no que tange à responsabilidade da pessoa jurídica. E no terceiro capítulo, seção 4, se apresentará ponderação sobre as bases do *criminal compliance* em relação à aplicação do direito penal na atividade corporativa.

Todavia, tem-se em conta que a fase acadêmica em que se situa esta pesquisa constitui-se como apenas um pouco mais do que uma iniciação científica. Tudo ainda é tateante, o fazer científico ainda é muito limitado, e por isso a pesquisa se assenta em parte nos moldes de um ensaio (LARROSA, 2003), com a diferença que um ensaio, em seu percurso entre o objeto e o sujeito, acaba por se constituir como uma peça de posicionamento do pesquisador, enquanto que nesta pesquisa se procura manter um olhar o mais isento possível para a problemática, tratando-se de pesquisa para a realização de mais pesquisa, pois as ciências sociais aplicadas perseguem possibilidades de ação que orientam para o enfrentamento prático do que pode vir a ser a expertise constituída pelo pesquisador (DEMO, 1991) e dessa maneira, sempre se aperfeiçoa, sempre se constitui incompleta, sempre questiona os limites do possível.

2 DO COMPLIANCE AO CRIMINAL COMPLIANCE

É cediço que no Brasil o termo *compliance* traz em seu bojo muitas incompreensões. Esse comprometimento de apreensão do instituto, evidenciado no âmbito jurídico nacional, deve-se a diversos fatores, dentre eles o estrangeirismo do termo *compliance*, que não encontrou tradução equivalente no português brasileiro, o desconhecimento da sua conceituação, dimensão, significado, bem como devido à novidade do tema no país.

Como um instituto proveniente dos Estados Unidos da América – EUA, onde é corriqueiramente abordado há anos (RIZZO, 2016), conforme melhor se aborda na sequência deste estudo, nacionalmente, os processos, aqui entendidos no sentido de encaminhamentos/direcionamentos, envolvendo o tema, embora cada vez mais presentes na pauta da literatura científica, são recentes.

Nesse passo, destina-se esta primeira seção para o delineamento de conhecimentos propedêuticos quanto à matéria do *compliance*, de modo a conceituá-lo, apresentar suas características básicas, sua origem histórica, e pincelar o cenário norte-americano que ensejou uma série de medidas preventivas, desencadeando em programas de *compliance*, e que influenciou e influencia diversas outras nações no mesmo sentido.

Apresenta-se ainda nesta seção, como se manifesta essa cultura da prevenção no Brasil, a partir de aspectos que evidenciam a temática no cenário nacional, e dedicando-se mais acuradamente à especialização do *compliance* voltada para a seara criminal de modo a subsidiar os desdobramentos posteriores.

2.1 NOÇÕES BASILARES DE COMPLIANCE

2.1.1 Conceito e Objetivos

É a delimitação do conceito de *compliance* inicialmente que se mostra necessária em função da problemática caracterizada neste estudo. Nessa senda, “o termo Compliance tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto” (SAAVEDRA, 2016, p. 250), no mesmo sentido traz o

Dicionário Oxford: “compliance /kəm'plaiəns/ s conformidade: in compliance with the law - de acordo com a lei” (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010, p. 407).

No que tange ao *compliance* como política empresarial, tem-se que sua elucidação, assim como caracteres delimitadores atinentes desde objetivos a formas de implantação, encontra na literatura técnica, quais sejam documentos e regras elaborados por órgãos internacionais, seus abalizadores (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012 apud RIBEIRO; DINIZ, 2015). Entre esses órgãos, os referidos autores citam, por exemplo, o Bank for International Settlements – BIS e o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, dentre outros¹.

Na literatura acadêmico/científica, encontra-se “de forma resumida, um programa de *compliance* [como] aquele que busca o cumprimento da lei” (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 31), uma conceituação um tanto quanto simplória, - e talvez tenha sido esse o caráter que se quis empregar tendo em vista o termo enunciativo utilizado-, em contraste com as delimitações do instituto no que diz respeito à prevenção voltada ao âmbito interno empresarial, por exemplo.

É possível encontrar ainda a designação de *compliance* como “substantivo que significa concordância com o que é ordenado” (VERÍSSIMO, 2017, p. 90), e, de forma mais completa, *compliance* como “o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”. (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2 apud SAAVEDRA, 2016, p. 250).

Apresenta também conceituação interessante e completa Becker (2018, p. 55), ao dispor que um programa de *compliance* traduz-se em um agrupamento de disciplinas internas e externas “introduzidas na empresa, cujo objetivo principal é prevenir e controlar os riscos envolvidos na atividade empresarial e fazer cumprir a legislação vigente e as normas regulamentadoras de cada segmento empresarial”.

Conquanto, tais concepções e orientações de compreensão, apresentadas em uma ordem de amplitude, ainda não conseguem definir com precisão o que

¹ São os outros órgãos citados: “o Acordo da Basileia I – 1998, o Acordo da Basileia II – 2004, o Acordo da Basileia III – 2010, o Fundo Monetário Internacional – FMI, o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, a International Organization of Securities Commissions – IOSCO, The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO, o Wolfsberg Group, The Egmont Group of Financial Intelligence Units, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” (CANDELORO; RIZZO; PINHO apud RIBEIRO; DINIZ, 2015).

seriam os programas de *compliance*. Por exemplo, a ideia de cumprimento normativo tão somente, ou seja, a compreensão de que as normas são imperativas e devem ser cumpridas é um atributo tradicional do direito, como delimitara Hans Kelsen (1998) ao pugnar que a norma se fixa mediante um ato de comando ou imperativo.

Destarte, *compliance* não se constitui sumariamente como mecanismo voltado à confirmação e/ou corroboração normativa. Nos moldes do que ensina Veríssimo (2017, p. 91), “longe de apenas significar o cumprimento de normas jurídicas, o termo tem relevância em razão de determinada manifestação histórica do *compliance*, em especial, aquele ligado à atividade empresarial”.

Caracteriza-se a política de *compliance*, pois, não apenas por apresentar-se como ferramenta apta, no âmbito empresarial, ao cumprimento das legislações nacional e internacional, das regulações de mercado, bem como normas internas da empresa. Mas visa ainda, conforme Veríssimo (2017), à prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita, no caso em que infrações se concretizem, impondo-se o dever de apurar-se as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas empresariais próprias, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando necessário.

Ademais, o *compliance* pode assumir diferentes especializações, de acordo com a área para a qual se pretende operar. Ou seja, pode apresentar distinção temática, conforme o problema específico ou seara do direito com a qual se relacione, podendo haver *compliance* desde o direito bancário e de ações, que é o seu campo clássico, até com as normas de direito “do trabalho, de proteção de dados, do comércio internacional, com as normas tributárias, com as normas de defesa do direito da concorrência, com normas de proteção da saúde e as relativas à indústria farmacêutica, entre outras.” (VERÍSSIMO, 2017, p. 92).

No âmbito do direito penal, por exemplo, para o qual se direciona a presente pesquisa, destaca-se o *compliance* voltado para, além da prevenção de demandas judiciais, lavagem de dinheiro e corrupção, sendo denominado tal ramo de *criminal compliance*.

2.1.2 Origem Histórica

Quando se trata da origem do *compliance*, a literatura científica especializada comumente aponta para o cenário econômico estadunidense do século XX, com incisivos destaques para pontuais casos de corrupção ocorridos naquele país que encaminharam para o desenvolvimento de uma conjuntura, no que tange aos países desenvolvidos, voltadas para o controle da corrupção.

É justamente nesse sentido que os autores que se usa de base para a compreensão desta origem histórica indicam que a luta anticorrupção e, conseqüentemente, a política de *compliance*, pelos países mais desenvolvidos, ganhou mais intensidade no século XX, destacando-se a década de 1970. Segundo Pestana (2016, p. 4), há certo consenso entre aqueles que se dedicam ao estudo da matéria de que os casos Lockheed² e Watergate, nos Estados Unidos da América (EUA), figuram como “ocorrências paradigmáticas propiciadoras da intensificação, naquele país, com reflexos mundiais, das medidas punitivas em relação aos atos considerados corruptivos envolvendo a Administração Pública tanto local como estrangeira”.

Corroborando com essa perspectiva, conforme o material a que se teve acesso, Rizzo (2016, p. 22), que menciona, entre outros relatos históricos de corrupção, o caso Watergate ocorrido na década de 1970, como motivador para a criação de diversos órgãos responsáveis por políticas e recomendações, como “Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (Comitê da Basileia), International Organization of Securities Commissions (IOSCO) em 1983, Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), em 1985”, dentre outros.

Em resumo, trata-se o caso Watergate de um caso emblemático, em que, conforme discorre Pestana (2016, p. 5), o Comitê do Partido Democrata americano, situando no complexo de prédios Watergate, no curso da corrida presidencial de 1972, fora invadido por “profissionais contratados com a finalidade de fotografar documentos e instalar aparelhos de escuta, tudo com o propósito de obter informações confidenciais e estratégicas envolvendo a campanha presidencial”.

² Conforme Pestana (2016, p.4): “Lockheed era uma fabricante tradicional de aviões norte-americanos. Segundo se apurou, no período entre 1950 e 1970, a empresa corrompia dirigentes de determinados países, como Alemanha, Itália, Holanda e Japão, com a finalidade de vender suas aeronaves, com isso competindo artificialmente com as demais concorrentes fabricantes de aviões. Essa prática sucessiva de atos de corrupção foi posta a descoberto em 1976, por meio de uma investigação levada a efeito pelo Senado norte-americano, sob a liderança do Senador Frank Church”.

Ocorre que, na esteira do que narra o mencionado autor, após intensa investigação realizada pelos repórteres do Washington Post, Bob Woodward e Carl Bernstein, identificaram-se relações entre o Complexo Watergate e a Casa Branca, o que se confirmou através de informações transmitidas por um agente do *Federal Bureau of Investigation* – FBI. Toda a conjuntura apontava para a conclusão de que a invasão do Partido Democrata se deu com ciência e concordância do então Presidente Richard Nixon, que naquela altura disputava sua reeleição contra George McGovern, vindo a vencer seu oponente. Tendo prosseguido as investigações e com a intensificação das provas, “o Presidente Richard Nixon, embora já reeleito, mas com o propósito de evitar seu impeachment, em 1974 apresentou sua renúncia à Presidência, sendo substituído pelo Vice-Presidente Gerald Ford.” (PESTANA, 2016, p. 5).

Esses eventos desencadearam, dentre outros desdobramentos, em demais investigações, através das quais, fora possível a descoberta de grandes esquemas de corrupção. Um cenário, resguardando-se as devidas proporções, bastante próximo do que se vivencia no Brasil desde 2003.

Nesse sentido, pontua Pestana (2016, p. 6) que as investigações seguintes aos episódios narrados possibilitaram a identificação de redes de corrupção mundiais, tendo-se “apurado que centenas de companhias norte-americanas teriam pagado milhões de dólares em suborno para ampliar seus negócios em todo o mundo”.

Essas investigações contaram com o importante papel da *Securities and Exchange Commission* – SEC, a qual, como pontua Rizzo (2016, p. 21), configura-se como “agência regulatória, do mercado de ações com a finalidade de proteger o mercado de títulos de valores mobiliários contra os abusos corporativos”, evidenciando a importância de um processo regulatório aliado à política de prevenção, controle e integridade.

Nessa perspectiva, indo um pouco mais a fundo na história do instituto e resgatando suas raízes, Rizzo (2016) pontua ainda como um dos fatores decisivos para o surgimento do *compliance*, a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, e a crise então gerada, que repercutiu com a criação de leis com o objetivo de recuperar o sistema econômico estadunidense.

Conforme a mencionada autora, na esteira dos efeitos da quebra da Bolsa de NY e necessidade de reestruturação do sistema econômico, é que se criou, em

1934, a SEC, aquela que atuou quando dos escândalos da década de 1970. Essa agência, na década de 1960, percebeu a necessidade, segundo Rizzo (2016, p. 21), “do gerenciamento dos riscos inerentes ao mercado de capitais e designou profissionais de *compliance*, os *compliance officers*, para promover o cumprimento das leis e normas pelas áreas de negócios com vistas à proteção dos investidores.”

Retomando os efeitos do caso paradigmático de Watergate a partir das exposições de Pestana (2016, p. 6), tem-se que os desdobramentos investigativos do famoso episódio apontaram que prática de corrupção campeava nos EUA “impunemente, permitindo segregar duas espécies de forças produtivas: as que praticavam, efetivamente, atos de corrupção, com o fim de fomentar seu crescimento, e outras tantas que ficavam à margem de tal proceder”.

Tais constatações, por sua vez, possibilitaram a formação de uma consciência voltada para a necessidade de uma lei específica que desestimulasse atos de corrupção. Nessa lógica, edita-se, em 1977, no intuito de possibilitar a aplicação de sanções, tanto às pessoas físicas como jurídicas, que cometessem, nos EUA ou fora do território americano, qualquer tipo de ato de corrupção, a *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, a qual consta no site do Departamento de Justiça dos EUA, inclusive, em uma versão em português brasileiro.

Já em 2002, no percurso de fortalecimento das estruturas contra a corrupção, entrou em vigor nos EUA, a Lei *Sarbanes-Oxley Act*, que passou a exigir, dentre outras medidas, o registro de diretores, executivos e acionistas de empresas de capital aberto perante a SEC, e “a verificação do cumprimento das regras e regulamentos estatais (*compliance*)” (PESTANA, 2016, p. 7).

Na sequência, em decorrência da grave crise que assolou os EUA em 2008, com origem principalmente no até então desregulado mercado financeiro, editou-se, em 2010, e a Lei Federal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, também chamada apenas de *Dodd-Frank Act*, de modo a promover-se tanto a intervenção como a regulação naquele seguimento, criando, como menciona Pestana (2016), novas agências, estabelecimento de mecanismos de prevenção, promoção e estímulo da transparência e boas práticas.

Importante ainda destacar que todo esse processo interventivo e regulamentador ocorrido nos EUA influenciou, assim como continua a servir de reflexão e modelo, diversos outros países. Nesse sentido, em 2010, no Reino Unido, por exemplo, fora editado o *UK Bribery Act*, que, como explicam Bijos e Nóbrega

(2015), figura nos moldes da FCPA, em vista de voltar-se para o combate da corrupção transnacional e também prevendo a responsabilidade da pessoa jurídica.

2.2 CULTURA DA PREVENÇÃO NO BRASIL

Conforme apontado no desfecho da subseção anterior, a experiência americana de crises e respostas com o fortalecimento interventivo e regulatório, promovendo a adesão obrigatória do *compliance*, ensejou práticas na mesma direção por parte de outros países, como o próprio Brasil. Esse movimento evidencia-se sobremaneira, inclusive, quando se reporta a relações transnacionais, como comprova o quadro de acontecimentos ocorridos na década de 1970, nos EUA abordado anteriormente.

Nesse seguimento, no Brasil existem alguns documentos e regras formatados por órgãos reguladores que figuram como a incipiência do *compliance* em termos formais. Dentre esses órgãos, destacam-se o Banco Central - BC, BCEN, BCB com, em especial, as Circulares nº 3.461/2009 e 3.462/2009, bem como:

[...] a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc, a Superintendência de Seguros Privados – Susep; bem como nos órgãos autorreguladores, como a BM&FBovespa Supervisão de Mercados – BSM, a Cetip S.A. Balcão Organizativo de Ativos e Derivativos, a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – Anbima e a Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais – Apimec, além da Lei nº 9.613/1998 [...] (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012 apud RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 89).

Dentre os citados, percebe-se a concentração da temática no campo clássico do ramo bancário e de ações. No entanto, merece destaque ainda nesse cenário a Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção, a ser abordada mais detalhadamente na sequência. A mesma, conforme Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 11), acentua as manifestações em torno do tema *compliance*, que “tomou de assalto o mundo jurídico e, em especial, o universo do Direito Penal, quase que em uma versão de *blitzkrieg*.”, lançando preocupações no cenário jurídico-penal brasileiro em relação a questões que se apresentam salientes em face de alterações legislativas, como a própria Lei Anticorrupção e Leis nº 13.303/2016, nº 7.753/2017, nº 6112/2018, e intensificação dos debates em torno do tema e seus desenvolvimentos.

2.2.1 O Interesse da Pesquisa Científica no Direito

O tema *compliance* foi primeiro recepcionado, em termos de pesquisa científica, por outros estudiosos, que não os que se dedicam às ciências jurídicas. Nesse sentido, Marinho (1999) indica que até muito recentemente os interesses da pesquisa científica, no que tange a *compliance*, restringiam-se a trabalhos no campo principalmente do conhecimento em administração e controladoria, abordando, por exemplo, problemáticas na relação entre controles gerenciais e conduta ética.

A partir de 2012, contudo, com as mudanças na chamada “Lei da Lavagem de Dinheiro”, impõe-se, nos moldes do art.10, inciso III de seu texto, que as pessoas físicas e jurídicas elencadas no dispositivo em comento “deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes” (BRASIL, 2012), vindo a abarcar considerável número de organizações no Brasil e assim aquecer uma discussão sobre a pertinência desses controles.

Mais especificamente no direito penal econômico, uma nova agenda, que vem sendo delineada em face do histórico de emergência das práticas de controle da atividade corporativa, contrapõe, segundo Saad-Diniz (2013, p. 101), de um lado “(a) a legalidade estrita e a individualização da culpabilidade, e, de outro, (b) a responsabilidade penal corporativa e os apelos à cultura de *compliance*”. Apontando dessa maneira, o referido autor, para a interesse da pesquisa científica no Direito dar conta das diferentes complexidades de tal processo, de início, contextualizando as mudanças na Lei de Lavagem de Dinheiro enquanto um movimento de alinhamento internacional “orientado pela especialização dos deveres de cumprimento e aperfeiçoamento operacional da unidade de inteligência financeira, especialmente no campo das instituições financeiras” (SAAD-DINIZ, 2013, p. 103), gerando uma expectativa quase automática de prevenção mais sofisticada dos crimes econômicos.

A partir da Ação Penal nº 470 - APn 470, também conhecida como o caso do Mensalão, chama a atenção a questão da responsabilidade criminal do *compliance officer*, o que é abordado por Costa e Araújo (2014). É nesse âmbito que a pesquisa no Direito começa a esclarecer um pouco mais o caldo dessa cultura de prevenção

que tem muito a ver com os processos de globalização orientarem uma suposta necessidade de mudança das bases do direito penal brasileiro.

O caso do Mensalão, dentre as inúmeras complexidades de seu denso, quilométrico, volume textual, apresenta testemunho *de compliance officer* se dizendo obrigado, por medo de perder o emprego, a assinar documentos de notória irregularidade. Nesse sentido a cultura de prevenção configura-se mais como apenas uma cultura de *compliance* (SAAD-DINIZ, 2014), o que significa dizer que apenas o estabelecimento de práticas tão abrangentes e diversas, que operam muito mais no contexto da justificação para entes externos, não é a mesma coisa que prevenção. Se vem construindo-se uma cultura, ainda que ela busque prevenção, é necessário questionar se os instrumentos que a caracterizam de fato entregam prevenção ou, na pior das hipóteses, apenas a adesão de diferentes maneiras a uma nova terminologia que indica tal capacidade, mas que não se tem como ter eficácia.

A discussão científica tornou-se atualmente, portanto, prolífica em função dos questionamentos, possibilidades de adequação, reflexão aprofundada que tais realidades vêm expondo de 2012 para cá nas pesquisas do campo do Direito. Apenas para se ter uma noção desse volume de interesse, no mecanismo de busca de artigos científicos da Alphabet (Google Acadêmico), todas as menções feitas a “*criminal compliance*” até o ano de 2011 não passam de 118 resultados. E aí se pode considerar, por lógica de bom senso e do que se vê catalogado na rede, toda uma suposição de pesquisa indexada de pelo menos 3 décadas (de 1991 a 2011), enquanto que em menos de um terço do tempo equivalente recente, ou seja (2012 a 2018) o volume de referências para o mesmo termo mais do que quintuplica para 618 resultados em função da pesquisa à expressão entre aspas: “*criminal compliance*”.

2.2.2 Lei Anticorrupção

Como importante elemento, de certa maneira a corroborar com a instauração em andamento da cultura de prevenção no Brasil, tem-se a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, conhecida como a “Lei Anticorrupção”, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos

contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências” (BRASIL, 2013a).

A Lei Anticorrupção se orientou pela falta de previsão legal para uma responsabilização efetiva das empresas por ilícitos praticados contra a administração pública, buscando perfazer assim uma adequação no direito brasileiro do que vinha sendo destacado por organizações internacionais e especialistas no combate à corrupção (MENDES; CARVALHO, 2017), aplicando-se, conforme seu artigo 1º no seguinte contexto:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresariais e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (BRASIL, 2013a).

Prevê ainda a Lei Anticorrupção, nos moldes de seu art. 7º, inciso VIII, incentivo a implementação dos programas de *compliance*, na medida em que dispõe que “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” (BRASIL, 2013a) serão levados em consideração quando da aplicação das sanções que disciplina.

A orientação jurídica pátria de acordo com essa nova lei, entretanto, ainda tem muito que debater e definir. Uma de suas supostas implicações, conforme Oliveira (2017), é que implicitamente se provê uma responsabilização objetiva penal da pessoa jurídica, nos mesmos termos que a Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), e atacando diretamente a tradição teórica, ou dogmática, do Direito Penal brasileiro.

2.2.3 Tendência nas Contratações Públicas

Na esteira dos desdobramentos do *compliance* no Brasil, evidenciam a adesão aos mecanismos de integridade e cultura de prevenção as Leis nº 13.303/2016, nº 7.753/2017, nº 6.112/2018.

A primeira, Lei nº 13.303/2016, que “dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 2016), estabelece que as empresas estatais devam implementar, sob a supervisão dos respectivos conselhos de administração, sistemas de controle interno para a prevenção e mitigação de riscos³.

A segunda, Lei nº 7.753/2017, estabeleceu a exigência de Programa de Integridade às empresas que celebrem contrato com a Administração Pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos valores sejam superiores a “R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços [...] e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias” (RIO DE JANEIRO, 2017).

³ Assim dispõe a Lei nº 13.303/2016:

“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 abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

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.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada” (BRASIL, 2016).

No mesmo sentido da Lei nº 7.753/2017, a Lei nº 6.112/2018, que “dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências.” (DISTRITO FEDERAL, 2018), estabelece, nos moldes de seu art.1º, a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade nas empresas que celebrem com a Administração Pública do Distrito Federal – DF em valor acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) com duração igual ou superior a 180 dias.

As leis mencionadas, pois, inserem-se numa corrente de disseminação de “práticas de probidade empresarial, abandonando-se a primazia de uma lógica meramente punitiva em prol da prevenção.” (MARÇAL; BARBOSA, 2018, n. p.), em outros termos, denotam a tendência do *compliance* nas contratações públicas.

2.3 CRIMINAL COMPLIANCE

Conforme se verificou na subseção dedicada à conceituação e delimitação dos objetivos do *compliance*, esse pode apresentar diferenciação temática de modo a inclinar-se para um campo específico de especialização do conhecimento e de atuação.

Nessa senda, *criminal compliance* é o termo que abrange a atuação em *compliance* no âmbito dos conhecimentos jurídico-penais. Todavia, destaca-se nessa perspectiva uma tentativa de inovação na seara do direito penal, dando ênfase às práticas de prevenção. Como esclarece Saavedra (2016, p. 248):

[...] a primeira característica atribuída ao termo Compliance Criminal é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise *ex post* de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram de forma direta ou indireta algum bem jurídico digno de tutela penal, o Compliance Criminal trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira.

Dessa forma define-se *criminal compliance* como “o estudo dos controles internos e outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes” (SAAVEDRA, 2016, p. 250).

Dos estudos realizados até o presente momento sobre *criminal compliance*, no âmbito da produção Qualis/CAPES⁴ na área de Direito, estratos A1 a B5, no que é possível ter acesso aberto, tem-se como referência: Bertoni (2012); Gloeckner e Silva (2014); Capellari e Figueiredo (2016); Saavedra (2016); Oliveira (2017); e Prazeres (2017).

Bertoni (2012) procura contextualizar o instituto do *compliance* em seu aspecto plurissemântico, delineando sua concepção no âmbito da governança corporativa e sua relação com o Direito Penal, assim como também demonstrando os deveres de *compliance* existentes na legislação pátria e sua relação com o delito de lavagem de capitais.

Gloeckner e Silva (2014, p. 148) procuram investigar o *criminal compliance* acreditando que a implementação dos deveres de *compliance* seja responsável pelo enfraquecimento do princípio fundamental do *nemo tenetur se detegere*, o princípio da não autoincriminação. Para esses autores, essa nova faceta da intervenção penal integra um contexto mais amplo, denominado como cultura do controle. As modificações institucionais enfocadas pelos autores, podem, nesse caso, ser mais bem compreendidas, segundo seus entendimentos, através da demonstração de que o Estado brasileiro passa a adotar uma política criminal atuarial, responsável principalmente pela gestão de riscos e pela disseminação de “dispositivos de governamentalidade”.

Já Capellari e Figueiredo (2016) olham para as instituições bancárias e entendem que, nas conformações do capitalismo hodierno, essas instituições assumiram funções que vão além da simples intermediação do capital, tornando-se ambientes sensíveis à criminalidade, e nos quais a conformidade dos processos internos com a lei tem no *compliance* uma importante ferramenta na prevenção de crimes de natureza econômica.

Saavedra (2016, p. 239), por sua vez, aborda a delimitação do conceito de *compliance* inicialmente tratando dos contornos mais abrangentes, para então identificar os principais problemas quanto ao conceito de *criminal compliance* e apresentar o que denomina de “primeiras linhas de sua delimitação conceitual”.

⁴ Estratificação organizada pela Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) que serve para avaliação da produção científica dos programas de pós-graduação no Brasil, indicando a verificada qualidade de um periódico (consequentemente dos artigos publicados) de acordo com os critérios estabelecidos em conformidade com as entidades internacionais e nacionais de pesquisa.

Oliveira (2017) analisa a Lei Federal nº 12.846/13 para afirmar que a referida lei estabeleceu responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma implícita o que, conforme se entende neste trabalho, aponta para a urgência de uma atualização e sistematização de tal responsabilidade às pessoas jurídicas.

Prazeres (2017, p. 291), de sua parte, traz um questionamento quanto a qual orientação e finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como objeto de estudo do direito penal econômico, concluindo que é possível dizer que a intervenção do estado na esfera econômica com a aplicação coercitiva da norma penal pode ser vista como solução admissível, “uma vez que a ordem econômica configura condição essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade, portanto, tendo conformação de direito fundamental e sendo alçada ao status de bem jurídico de dimensão constitucional”.

Quanto à literatura tecnocientífica específica da temática encontram-se bases para compreensões sobre responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna em Sanctis (2009), responsabilidade penal da pessoa jurídica em Díez (2015) e, notadamente, sobre *compliance* na ótica do direito penal em Silveira e Saad-Diniz (2015).

Sanctis (2009) busca comprovar que a responsabilidade penal das pessoas coletivas possui fundamento jurídico e legal, sendo necessária, porém, adaptação dos institutos penais. Para tanto o autor verifica os fundamentos da responsabilidade criminal e os aspectos que decorrem de sua aplicação; analisa a pessoa jurídica, seu conceito e natureza, e a verificação da autonomia jurídica; traz como objeto de uma pesquisa histórica e de direito estrangeiro a questão da responsabilidade penal das corporações; aprecia a legislação brasileira com o estudo das críticas e fundamentos existentes sobre a imputabilidade criminal dos grupamentos; busca possibilitar uma discussão técnica do tema utilizando-se dos princípios e regras do direito penal de como instrumentos de sua abordagem; e perfaz uma análise das noções específicas que a questão provoca, levando em consideração aspectos do crime organizado, das convenções internacionais e da jurisprudência existente a respeito.

Díez (2015), por sua vez busca proporcionar as bases teóricas para uma aplicação das disposições da Lei penal brasileira de delitos ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), entendendo que tal lei regula a responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira coerente com o direito penal.

Já Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 351) abordam o tema partir de um percurso que compreende: autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*; limites revisitados da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro; e primeiras impressões sobre a abordagem penal econômica da lei anticorrupção. Concluem esses autores, dentre outras observações que “o Direito Penal consagra a noção de que ele não pode se bastar com uma atuação *ex post*, consequencial à infração. Deve, sim, atuar de forma antecipada, preventiva à ocorrência de falha sistêmica”.

Afora a discussão divulgada em meio científico acessível e na literatura específica da temática, como destaque, há teses de doutoramento tratando de *criminal compliance*, sendo uma delas a de Sarcedo (2015), que propõe a criação de um sistema de imputação penal das pessoas jurídicas baseado na ideia de fato próprio culpável e, outra delas, a qual não se tem acesso na íntegra, a tese defendida por Benedetti (2012, n. p.), que apresenta o instituto do *criminal compliance* como uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, afirmando que esse pode e deve ser utilizado como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de criminalidade nas empresas, “quanto uma valiosa ferramenta de transferência de responsabilidade penal [...], evitando-se, assim, a responsabilidade penal objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica”.

Por fim, o mais recente trabalho acadêmico de pós-graduação *stricto sensu* disponível online sobre *criminal compliance* é o de Becker (2018, p. 106), que em face das vedações dogmáticas do direito penal brasileiro procurou analisar a necessidade de se adotar “um novo modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, que pudesse assentar sua base nos instrumentos de prevenção passíveis de serem adotados pelas pessoas jurídicas”.

Sendo assim, a discussão sobre *criminal compliance* na produção científica contemporânea das ciências jurídicas se mostra em plena expansão, contudo, dada a complexidade e amplitude do tema, a pesquisa sempre requer delimitação, a qual se busca aqui, neste trabalho, alcançar orientação a partir da discussão a seguir sobre uma suposta crise do direito penal.

3 DIREITO PENAL EM CRISE: EM FOCO A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Neste segundo capítulo (seção 3) busca-se situar uma caracterização do direito penal no Brasil, com foco na questão da responsabilidade da pessoa jurídica, uma vez que se pode perceber uma clara relação entre a temática do *criminal compliance* e a complexa discussão sobre a pertinência, constitucionalidade, possibilidade de se ter uma associação direta, uma responsabilização penal das pessoas jurídicas, na forma como deixam indicar as orientações internacionais e pátrias.

Nesse passo, pontuam as seguintes subseções, nessa ordem: uma abordagem do direito penal no contexto do que se denomina de criminalidade econômica, essa que vem a situar as pessoas jurídicas em uma posição ativa na dinâmica das relações que participam, as quais estão, inclusive, cada vez mais sofisticadas e complexas, e que merecem, portanto, a atenção dessa seara do direito; as linhas bases da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito comparado, pois as experiências em outros ordenamentos são de suma importância para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito pátrio, resguardando-se as devidas proporções e peculiaridades; e as objeções fundamentais da dogmática tradicional quanto à criminalização de pessoas jurídicas no direito brasileiro.

3.1 O DIREITO PENAL EM TEMPOS DE CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Entende-se que o direito, de forma pacífica, já reconhece a personalidade jurídica e as pessoas jurídicas, que tiveram considerável estabelecimento de sua importância no mundo a partir da revolução industrial, sendo inegável, atualmente, o “poderio, a grande quantidade e complexidade desses entes, o que leva à admissão da existência de uma vontade própria” (SANCTIS, 2009, p. 2).

Nessa senda, segundo Sanctis (2009, p. 2) o direito vem tratando os entes coletivos “da mesma maneira que as pessoas físicas, estabelecendo, por exemplo, a possibilidade de possuírem bens, de terem direitos, de contraírem dívidas e obrigações, independentemente dos indivíduos que os compõem.”, não negando, por exemplo, no que diz respeito à prática de crimes, a faculdade de estarem em juízo na qualidade de sujeitos passivos, no entanto, quando diz respeito à

possibilidade de figurarem como sujeitos ativos, visualiza-se uma série de contrariedades e inconsistências.

Ocorre que, no âmbito do direito penal, os elementos clássicos da teoria do delito, quais sejam ação, tipicidade, antijuricidade e culpabilidade tomam por base a pessoa física, excluindo-se, portanto, a pessoa jurídica (DÍEZ, 2015). Assim, grosso modo, afastadas ficariam as pessoas jurídicas da responsabilização criminal.

No entanto, com a dissolução das fronteiras nacionais tornando-se mais acentuadas no fim do século passado, convergindo para o que se chama de globalização, evidenciou-se uma significativa alteração na ótica do direito penal, que, antes “senhor de sua própria casa”, nos moldes das terminações de Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 26), e orientado por concepções clássicas, passa a ser questionado sob fundamentos e lógica, dentre outros, da seara econômica.

Nessa questão, considerando as dissonâncias entre tradicionalistas e progressistas, aqueles considerados os estudiosos e afins que defendem a manutenção do direito penal clássico, repelindo a ideia da responsabilidade penal da pessoa jurídica, posicionamento majoritário da doutrina penal. E sendo os progressistas, os estudiosos que defendem o contrário, pugnando por apenas uma adaptação dos institutos penais clássicos, sob pena de, conforme Sanctis (2009, p. 3) “comprometimento do próprio direito penal [padecer] inerte diante de uma nova situação emergente” é que se delineia no direito penal brasileiro um cenário de crise.

Nesta pesquisa, considera-se crise sob a sua perspectiva românica, ou seja, do latim *crīsis*, momento decisivo e/ou de mudança súbita. Conceção essa recorrentemente utilizada no campo da medicina e economia, que a compreende, conforme o Ciberdúvidas da Língua Portuguesa (2010, n. p.), respectivamente, como “o momento que define a evolução de uma doença para a cura ou para a morte”, e “fase de transição entre um surto de prosperidade e outro de depressão, ou vice-versa”.

Nesses momentos, tratando-se o direito de uma ciência que não pode ser testada em laboratório, interessante a observação de como outros países se comportam quanto à temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, servindo o panorama de outras nações como espécie de vitrine para, contextualizando na realidade do ordenamento jurídico brasileiro, procurar-se respostas.

3.2 LINHAS BASES DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO QUADRO COMPARADO

3.2.1 No Direito Internacional

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos moldes do que enuncia Sarcedo (2015, p. 17), “além de cada vez mais ganhar adeptos no mundo acadêmico, vem se tornando realidade presente na legislação de um número crescente de países”. O que se justifica, afora outros elementos, em decorrência das exigências que os organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas – ONU e Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, impõem aos estados-nação. Exemplo dessas exigências pode ser encontrado na Espanha, que adotou a responsabilidade penal da pessoa jurídica recentemente, como se abordará mais à frente.

Assim, antes de adentrar em um quadro comparativo da situação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito internacional, na esteira do brevemente exposto, interessante uma observação quando ao Conselho da Europa de 1988, em especial à Recomendação nº 18, que propugna pela “responsabilidade criminal dos entes coletivos pelas infrações cometidas no exercício de suas atividades” (SANCTIS, 2009, p. 51), apontando na direção das compreensões de que a criminalidade evoluiu, figurando o seio das corporações como ambiente que incita e facilita a prática de crimes.

Um panorama que se apresenta claro é que, segundo delimita Sanctis (2009, p. 51), “os países europeus, reconhecendo essa realidade moderna dos fatos sociais, vêm admitindo a orientação de excepcionar o princípio *societas delinquere non potest*”, de modo que tal brocardo, que se traduz como “a sociedade não pode delinquir”, não funcione como corolário da tese da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Passando para a observação do direito internacional em si, elegeu-se os seguintes países para análise: Inglaterra, EUA, de tradição anglo-saxã, e França, Alemanha, Itália, Portugal, e Espanha, de tradição romano-germânica, e, portanto, mais próximos da realidade do sistema jurídico brasileiro.

Iniciando-se pelo direito inglês, onde vigora o *common law*, na esteira do que narra Sanctis (2009), tem-se que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é

possível, mesmo que não seja objeto de uma codificação geral, existindo apenas algumas leis esparsas que dispõem sobre a temática, de modo que recai punibilidade nas infrações cometidas contra à economia, o meio ambiente, à segurança, à saúde pública e higiene do trabalho.

No direito americano, por sua vez, conforme já verificado no primeiro capítulo deste estudo, e seguindo a tradição *common law*, o que se vê é uma adoção da responsabilidade penal das corporações, que se evidencia com o já abordado FCPA, que, corroborando as linhas anteriores sob os ensinamentos de Humbert (2008, p. 91), “estabelece sanções pesadas para a prática de atos de corrupção [...], [tendo as empresas estabelecido] normas mais claras sobre o seus modos de agir”. Nesse diapasão, destaca Sanctis (2009, p. 55) a realidade americana no tocante a responsabilidade penal da pessoa jurídica, segue:

[...] apenas de 1983 a 1992, o governo federal americano processou 286 corporações e 625 pessoas físicas pela prática de crimes ambientais, sendo que oitenta por cento delas foram consideradas culpadas, e a penalidade chegou à cifra de 212 milhões de dólares em multas.

Direcionando o estudo para a análise dos países de tradição *civil law*, iniciando-se pelo direito francês, prevê o Código Penal atual (1994) que “Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.” (em tradução livre, “As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, serão penalmente responsáveis, conforme o disposto nos artigos 121-4 à 121-7, por delitos cometidos em seu nome, por seus órgãos ou representantes”).

Conforme se observa do dispositivo exposto, aplica-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês, excetuando o legislador, ao prever essa responsabilidade, tão somente o Estado, pois o mesmo é detentor do *jus puniendi*. Destaca-se ainda um ponto interessante, é que o Código Penal Francês prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não apenas em delitos econômicos e ambientais, mas também em outras modalidades criminosas, como a prática de homicídio culposo e a lesão corporal (FRANÇA, 1994).

Ademais, de modo a fundamentar a punição da pessoa jurídica, o legislador francês impôs duas condições: “a primeira refere-se à prática da infração penal por

um órgão ou representante legal; a segunda, ao objetivo de interesse ou proveito exclusivo do grupamento.” (SANCTIS, 2009, p. 52).

No direito penal alemão, de tradição *civil law*, se reconhecia, segundo Veríssimo (2017, p. 31), a responsabilidade penal de corporações “desde a Idade Média, até 1871, quando o Código Penal alemão rejeitou expressamente a responsabilidade penal (mas não a civil) para as pessoas jurídicas”. Desse modo, prevalece a responsabilidade individual como caracterizadora das infrações penais naquele país, tendo-se criado, desde então, como discorre Sanctis (2009), um abastado direito administrativo criminal.

No mesmo sentido do direito penal alemão encontram-se o direito italiano e o direito português, esses também de tradição *civil law*. No primeiro, direito italiano, vigora, conforme preleciona Sanctis (2009, p. 157) “o princípio da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica até em sede constitucional, embora a doutrina italiana se posicione a seu favor. O ser humano é o único considerado capaz de ser sujeito ativo de infração criminal”, já no segundo, no direito português, prevalece a tradição da irresponsabilidade, tendo a reforma penal de 1982 consagrado o preceito da responsabilidade penal das pessoas físicas como corolário do princípio da culpabilidade.

No que diz respeito ao direito espanhol, de tradição *civil law*, desde o ano de 2010, seguindo o modelo adotado pela maioria dos países da União Europeia e em consonância com a mencionada Recomendação nº 18 do Conselho da Europa de 1988, a Espanha teve incorporado a ordenamento jurídico a responsabilidade penal da pessoa jurídica por meio da Lei orgânica nº 05/2010. Conforme menciona a Becker (2018, p. 87), a adoção desse posicionamento justifica-se porque os operadores e estudiosos do direito espanhol “começaram a perceber que o sistema de penas acessórias previsto no Código Penal para as pessoas jurídicas já não era mais suficiente para conter o avanço da criminalidade por meio dos fenômenos dos crimes organizados”.

Percebe-se, pois, por meio do apanhado em exposição, que entre os sete países analisados, quatro adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo os países de tradição *common law* mais receptivos a esse tipo criminalização, o que pode se justificar na evidente maior flexibilidade desses ordenamentos, que se balizam e fundamentam essencialmente por jurisprudência.

Ademais, sobre o quadro comparado, importante visitar as compreensões de Busato (2018b, p. 701). O autor observa o exposto sob a perspectiva político-criminal, mencionando que antes, no que diz respeito ao direito europeu continental, que inclui todos os sistemas jurídicos derivados do direito romano e aqui representados pelos países de tradição *civil law*, existia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas que com a Revolução Burguesa (neste caso, a Revolução Francesa), “quando os capitalistas assumiram definitivamente o controle político do Estado e seus esquemas de controle social”, tendo-se construído neste momento a teoria do delito clássica, houve uma alteração de modo a atender os interesses do capital, protegendo-se as corporações e favorecendo a burguesia. No entanto, conforme se observou, na esteira de uma tendência mundial, paulatinamente os códigos penais em suas mais recentes alterações veem retomando a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No que diz respeito ao direito *common law*, aqui representados pela Inglaterra e EUA, ainda segundo Busato (2018b, 701), a Revolução Burguesa (neste caso, a Revolução Industrial) ocorreu após a Revolução Política, de modo que se preservou a responsabilidade penal de pessoas jurídicas como algo normal, não havendo “qualquer exigência de geração de privilégios para as pessoas jurídicas por parte das classes emergentes”.

De mais a mais, reitera-se, há uma inegável tendência a nível mundial de responsabilização penal das pessoas jurídicas. O direito espanhol, o último sobre o qual discorreu essa subseção, é um exemplo ilustrativo dessa tendência, uma vez que até o ano de 2009 a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica era a regra naquele ordenamento, realidade essa alterada pela Lei nº 05/2010, uma mudança recente e significativa no contexto do direito comparado.

3.2.2 No Direito Brasileiro

O Brasil, um país de tradição romano-germânica e com sistema de natureza *civil law*, apresenta um enrijecimento normativo característico, na esteira do que se apresentou em termos de Itália, Alemanha e Portugal, por exemplo. Esse aspecto do sistema jurídico brasileiro, pois, pode representar, desde segurança jurídica a resistência no que diz respeito alterações e ingerências externas.

Nessa senda, a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito brasileiro também é campo de controvérsias, assim como no que diz respeito às dogmáticas do direito penal, divergindo os estudiosos sobre a interpretação da abordagem constitucional da questão. Nesse sentido, passa-se a observar como é tratada a temática constitucionalmente, sob a ótica da Lei de Crimes Ambientais, que regulamenta disposição constitucional pertinente, e sob a perspectiva jurisprudencial, bem como se perscruta as principais objeções da dogmática tradicional à criminalização das pessoas jurídicas.

3.2.2.1 Sob a Ótica Constitucional

É cediço que o afloramento da proposta de responsabilização criminal da pessoa jurídica no Direito Penal teve significativo destaque e objetiva proposição com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio dos artigos 173, §5º, e 225, §3º.

O art.173, §5º, dispõe que a lei deverá estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica, sem exclusão da responsabilidade individual dos dirigentes da mesma, de modo a sujeitá-la às “punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Ao passo que o art.225, §3º, tratando especificamente de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, especifica que tais condutas e atividades devem sujeitar os infratores, seja pessoa física ou jurídica, a “sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

A observação dos dispositivos mencionados direciona para a compreensão do que disciplina a Constituição Federal quanto à necessidade de responsabilização das pessoas jurídicas, que se dá, segundo Becker (2018, p.16) “sem prejuízo da responsabilidade de seus dirigentes, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, bem como naquelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.”.

Ainda conforme Becker (2018, p.15), indica o texto constitucional que o legislador constituinte procurou garantir “para além de uma punição penal individual da pessoa física, a tutela da ordem econômica e financeira, da economia popular e do meio ambiente, em traços inovadores para o Direito Penal brasileiro, contra condutas praticadas por pessoas jurídicas”

Aqui, abrem-se parênteses para uma ligeira observação: tendo o art. 225, §3º sido regulamentado pela denominada Lei de Crimes Ambientais, esse dispositivo, apesar de incidir na perspectiva constitucional, deverá receber maior atenção na próxima subseção (subseção 3.2.2.2), quando se trata especificamente da referida Lei. De mais a mais, a literalidade de seu texto também não parece oferecer bases suficientemente prolíficas para bastantes dissonâncias como o art.173, §5º, uma vez que explicitamente aplica, como visto, o termo “sanções penais” (BRASIL, 1988). De todo modo, perceber-se-á nesse sentido, ou de modo contrário, na próxima subseção.

Nesse diapasão, prossegue-se com a análise do art.173, §5º. Ao que tudo indica o referido dispositivo aparenta uma intenção do legislador em responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas no que diz respeito à ordem econômica e financeira, bem como em relação à economia popular, o qual, em consonância com o art.225, §3º, direcionado, como visto, à questão ambiental, sob uma interpretação que, segundo Busato (2018, p. 92), não reclamaria mais que uma “fórmula gramatical/literal”, confirmaria a aceitabilidade da responsabilidade da pessoa jurídica em âmbito constitucional.

Nesse sentido apontam Sanctis (2009, p. 64) e Busato (2018, p. 91), por exemplo, o primeiro ao prelecionar que “o legislador constituinte reconheceu, sabiamente, que a impunidade gerada pelo artifício de proteger o aparato empresarial não mais seria fomentada com a inovação criminal proposta”, e o segundo ao afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil que possui um perfil voltado para a “defesa de garantias individuais a ponto de ser chamada de Constituição cidadã, atenta ao advento do novo Leviatã corporativo; de modo expresso, claro e insofismável, optou pela possibilidade de imputar criminalmente as pessoas jurídicas”.

No entanto, apesar da literalidade do texto constitucional, emergem dúvidas. Ocorre que a Constituição Federal utiliza a expressão “punições compatíveis com sua natureza”, no art.175, §5º, onde o pronome “sua” refere-se à pessoa jurídica. Sob esse fundamento, pois, exsurtem posicionamentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica justificados na ideia de que a natureza da mesma é incompatível com a responsabilidade criminal, uma vez que a natureza penal da norma recairia apenas em face da pessoa física. Sobre a questão, enuncia Busato (2018, p. 91) de modo pertinentemente valorativo que “não obstante a

clareza do texto constitucional, boa parte da doutrina brasileira, inconformada com a decisão do legislador constituinte, tratou de organizar malabarismos hermenêuticos num esforço por negar a obviedade”.

A esse respeito, interessante observar que, conforme traz Moraes Filho (1990, p. 108 apud SANCTIS, 2009, p. 63), visitando a origem do mencionado dispositivo (art.175, §3º), na Comissão de Sistematização da Constituição Federal, percebe-se que sua redação original em verdade previa que “lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta”. No entanto, mesmo a remissão à original redação do dispositivo gera posicionamentos dissonantes: de um lado, aqueles a favor da responsabilidade penal da pessoa jurídica o apontam como ratificador da intenção do legislador constituinte em englobar tais pessoas no âmbito criminal, nesse sentido, Sanctis (2009); do outro, os que se posicionam contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica mencionam o texto original como justificador, pois, segundo essa corrente, caso a intenção fosse a responsabilização criminal teria permanecido o texto conforme a redação original, nesse sentido direciona Luisi (2013, p. 36 apud BECKER, 2018, p. 15) ao dispor que a maior comprovação da impossibilidade de criminalização da pessoa jurídica “com base no artigo 173, §5º, da CF, se dá em razão de que o Constituinte deixou de aprovar a redação final do referido dispositivo, encaminhada pela Comissão de Sistematização”.

Nessa senda, os posicionamentos contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica despontam sob argumentos vários, desde obscuridade do texto constitucional até questões de ordem dogmática. Defende parte significativa da doutrina, que continua a vigorar o princípio *societas delinquere non potest*, hipoteticamente ratificado pelo texto constitucional de 1988, continuando assim a Constituição Federal a propugnar em favor da irresponsabilidade penal dos entes coletivos.

Ancoram-se ainda os posicionamentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, dentre outros argumentos, na ideia de que uma interpretação literal da Constituição Federal de 1988, que levaria à compreensão lógica pela admissibilidade da criminalização, é inadequada, bem como, conforme narra Sanctis (2009, p. 61), na alegação de que se devem interpretar os “incisos XLV, XLVII, XLVIII, XLIX e L do art. 5º, que tratam da individualização da pena, suas espécies e

formas de cumprimento, como a consagração da ideia do princípio da pessoalidade das penas”, e que, em um cenário onde se permitisse as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de infrações, os partícipes pessoas físicas viriam a ser beneficiados com o relaxamento investigativo no que diz respeito às mesmas.

3.2.2.2 Sob a Ótica da Legislação Ambiental

No direito penal ambiental, a questão da responsabilidade da pessoa jurídica se apresenta, segundo Gomes e Maciel (2015), como um dos temas mais controversos, ponto de divergências e debate intenso. De certo modo, pode-se dizer que se instaura a controvérsia com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 225, § 3.º, como já registrado, dispõe que: “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” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, após dez anos da CF/88, promulgou-se a Lei nº 9.605/1998, mais conhecida como Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), que encarrega-se de sistematizar as normas de direito penal ambiental, confirmando uma nova forma de criminalidade das pessoas jurídicas além das concepções clássicas de delito e dispondo em seu artigo 3º que:

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

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (BRASIL, 1998).

Tal passo dado pelo Brasil segue, segundo Frota (2013), uma tendência associada à percepção generalizada, global, da degradação ambiental que vem se processando no mundo desde que seus andamentos industriais se estabeleceram como determinantes da modernidade e se intensificaram ao longo dos últimos séculos. Trata-se, como se mencionará em outros espaços deste trabalho, do estabelecimento do poder corporativo constituindo-se como *locus*, de certa maneira,

de privilégios. Dessa forma, tal tendência vem se expressando no legislativo de vários países, quais sejam:

Inglaterra (Interpretation Act de 1889 e de 1978), Reino Unido, Estados Unidos (art. 13 do Código Penal de Nova York, em 01/12/1882), Canadá, Portugal, Holanda (art. 51 da Lei de Delitos Econômicos de 1950; art. 51 do Código Penal de 1976), Dinamarca (Código Penal de 1996, Capítulo 5º), Áustria, Nova Zelândia, Japão, China, México (art. 11 do Código Penal), Venezuela (art. 3º da Lei Ambiental de 1992); Colômbia e França (FROTA, 2013, p. 207).

Porém, longe de se constituir como questão pacífica, podem ser constatados, como explica Soares (2016, 2017), posicionamentos diferentes entre os juristas, posicionamentos que divergem entre aqueles que defendem por um lado a imputação penal das corporações (*societas deliquere potest*) e “os que entendem que tal disposição é impossível e inócua perante os dogmas jurídicos e a viabilidade empírica (*societas deliquere non potest*)” (SOARES, 2017, p. 73).

Ademais, ainda mais complexa se torna a questão, pois, como contextualizam Gomes e Maciel (2015), além das duas posições de possibilidade ou não de imputação penal às corporações há ainda a posição que defende que a Constituição Federal de 1988 não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que se pode observar a partir de, pelo menos, dois principais argumentos doutrinários, a saber:

1.º) A correta exegese do § 3.º, do art. 225, da CF/88 não indica possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica. O dispositivo constitucional utiliza a expressão “condutas”, referindo-se às pessoas físicas, sujeitas às sanções penais; e a expressão “atividades”, referindo-se às pessoas jurídicas, sujeitas a sanções administrativas. Nesta ordem. O dispositivo nada mais fez, portanto, do que atribuir responsabilidade criminal para pessoas físicas que praticarem condutas (crimes) lesivas ao meio ambiente e responsabilidade administrativa para pessoas jurídicas que exercerem atividades ofensivas ao meio ambiente.

2.º) O art. 5.º, XLV, que traz o princípio da pessoalidade da pena, impede que a responsabilidade penal recaia sobre a pessoa jurídica. A responsabilidade penal tem de recair exclusivamente sobre a pessoa física, autora da conduta criminosa, não podendo estender-se (transmitir-se) à pessoa jurídica (GOMES; MACIEL, 2015, n. p.).

Para Soares (2016, p. 308), as ciências criminais terão que se adaptar as situações sociais das novas realidades globais, de forma a tornar possível o ente coletivo sofrer atribuição de punibilidade. Não com os conceitos tradicionais

totalmente abolidos, o que não faria sentido, apenas que estes sejam adaptados às novas realidades. “O que não pode acontecer é que as pessoas jurídicas fiquem impunes servindo de imunidade para os seus dirigentes causarem lesões aos bens ecológicos”.

Entretanto, há críticas à Lei Penal Ambiental dando conta de “péssima redação legislativa” (GOMES; MACIEL, 2015) e apontando para uma espécie de administrativização do direito penal, o que destaca mais ainda a polêmica da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, se este for o entendimento cabível, de uma forma adequada no Brasil. Para esses autores a responsabilidade penal da pessoa jurídica não foi regulamentada da forma como deveria ser, pois o legislador não criou uma teoria do crime, junto com tipos penais e institutos processuais específicos para a responsabilização dos entes morais.

Para Soares (2016, p. 308), porém, a lei nº 9.605/98 traz inovações quanto aos tipos de sanções aplicáveis as pessoas jurídicas, e observa critérios de relevância, como o grau de culpabilidade dos diretores e funcionários das entidades, elencando as seguintes possibilidades de penas aplicáveis às pessoas jurídicas: “a pena de multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade, liquidação forçada e a desconsideração da personalidade jurídica”.

Todavia, como observam Gomes e Maciel (2015):, mesmo que uma compreensão de que a pessoa jurídica não pode ser responsabilizada se mantenha como entendimento dominante nos crimes ambientais, não há qualquer obstáculo para condenação dessas corporações com sanções compatíveis à sua própria realidade particular. Não se configurando essas sanções, contudo, como de natureza penal. Ou seja, nas palavras dos próprios autores:

[...] essas sanções, obviamente, não podem ter a natureza “penal”, sim, são sanções típicas do direito sancionador, que jamais admite a pena privativa de liberdade. Também não há nenhum impedimento para que essas sanções sejam aplicadas pelo juiz, no bojo de um processo criminal, respeitadas todas as garantias processuais e constitucionais. Todas as consequências que a legislação atual prevê contra as pessoas jurídicas são as típicas do direito judicial sancionador.

Os que consideram a responsabilidade da pessoa jurídica, nos crimes ambientais, como “penal” (não como expressão do direito judicial sancionador), por mais contorcionismos que apresentem, não conseguem esconder o fetichismo de que o adjetivo “penal” está

impregnado. A etiqueta “penal” (em razão da sua força estigmatizadora), aliada à dureza da sanção, é o sonho de consumo do populismo penal, que é fruto das demandas punitivistas da opinião pública (ou de setores dela ou de membros isolados dela), mais o sensacionalismo midiático, mais o produto legislativo final degenerado (leis “penais” cada vez mais duras, improvisação legislativa, ausência de respeito aos princípios básicos do direito penal etc.) (GOMES; MACIEL, 2015, n. p.).

Daí que se pode inferir que, ainda que a legislação do que se refere a crimes ambientais tenha saído na frente na questão da responsabilização da pessoa jurídica, em última instância ela esbarra numa espécie de proteção conservadora da finalidade e dos princípios do direito penal, ensejando um cenário que, ao longo dos desenvolvimentos práticos e contextuais vindouros no mundo irão requerer inovação em outros planos, para além do aspecto legislativo, de forma mais ampla, para uma base teórica específica para a responsabilidade penal da pessoa jurídica que se apresente e contextualize uma teoria do delito de um modo geral para essas entidades e assim também para a criminalidade ambiental.

3.2.2.3 Sob a Ótica Jurisprudencial

A análise sob a perspectiva da jurisprudência compõe, junto à análise doutrinária e legislativa, uma espécie de tríplice para melhor compreensão da temática em estudo neste capítulo, qual seja a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, optou-se por consultar o posicionamento dos seguintes tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ. Perpassando pelo histórico de entendimentos dos referidos tribunais, no que pese esses terem sido sede de amplas divergências quanto à criminalização da pessoa jurídica, verificou-se que, atualmente, ambos se posicionam de modo convergente.

Em outros termos, STF e STJ, como sintetiza Becker (2018, p. 19), passaram a admitir que fossem demandas criminalmente as pessoas jurídicas “independentemente do comportamento empreendido pelas pessoas físicas que as compõem”, ou seja, o entendimento pela necessidade de dupla imputação encontra-se afastado.

Nesse sentido entende o STF desde 2013, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181/Paraná, de relatoria da Min. Rosa Weber, interposto pelo

Ministério Público Federal em demanda contra a Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás⁵, e, atualmente, o STJ, que no Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança – AgRg no RMS nº 48851, julgado em 20 de fevereiro de 2018 e de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, em consonância com o entendimento do STF, passou a firmar compreensão de que “nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação.”⁶(BRASIL, 2018).

Aponta, desse modo, a jurisprudência para um possível abandono da heterorresponsabilidade no âmbito criminal, essa que fundamenta a teoria da ficção, e sobre a qual se debruça mais acuradamente na seção posterior, quando se trata dos ditames da dogmática penal. De mais a mais, conforme preleciona Becker (2018, p. 17) “a disputa doutrinária acerca da constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ainda que suscite importantes discussões, merece ser abandonada”, de modo a dar espaço a discussões que versem acerca de preceitos fundamentais que viabilizem o emprego de forma

⁵ “EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.” (BRASIL, 2013b).

⁶ Dado o frescor do julgado em referência e a relevância do assunto colocado em pauta, apensa-se o inteiro teor Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança – AgRg no RMS nº 48851 como Anexo A deste trabalho.

compatível das garantias constitucionais penais às pessoas jurídicas como possíveis sujeitos ativos de crimes.

3.3 OBJEÇÕES FUNDAMENTAIS DA DOGMÁTICA TRADICIONAL

Conforme observado, algumas objeções fundamentais, junto à ausência de sistematização, apresentam-se como óbices à aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento brasileiro, em contraposição ao que aparentemente orienta a Constituição Federal, qual seja a compreensão da possibilidade de responsabilização as pessoas jurídicas também sob a perspectiva penal, o que se corrobora pela edição da Lei de Crimes Ambientais e a jurisprudência pátria.

Nesse diapasão, passa-se a averiguar essas objeções, em especial as condições tradicionalmente impostas pela dogmática tradicional que inviabilizariam a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica, o que decorre da adoção da teoria da culpabilidade como norteadora da teoria do delito no direito brasileiro, essa que é voltada essencialmente para a pessoa física, e que é abalizada pela capacidade de ação, bem como os princípios da pessoalidade, individualização das penas, proporcionalidade da pena, esses três últimos, em específico, que compõem a teoria da pena.

3.3.1 Capacidade de Ação e Princípio da Culpabilidade

O direito penal tradicional volta-se em seus preceitos e bases teóricas para a atuação da pessoa física, havendo o entendimento segundo o qual a compreensão de capacidade de ação limitada a esses sujeitos advém, como preleciona Veríssimo (2017, p. 30), do “fato [de o] conceito de ação, em direito penal, ter sido construído sobre o comportamento humano dirigido pela vontade”, e “como as empresas não possuem substância física ou espiritual similar, seriam, em consequência, incapazes de atuar”.

Nesse diapasão, ressalta-se que essa dificuldade de aceitação da pessoa jurídica como ente capaz de atuar é característica tão somente encontrada no direito penal. E, conforme demonstrado no presente estudo, diversos países do sistema romano-germânico passaram a aceitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica,

seguindo basicamente um dos dois modelos apresentados por Veríssimo (2017, p. 34), quais sejam: a) a consideração da que é a empresa quem age, por ato próprio ou b) são as pessoas naturais que agem pela empresa, sendo que, na primeira hipótese, “dependendo do sistema jurídico ela poderá ser responsabilizada diretamente (no âmbito do direito civil e administrativo facilmente, bem como no âmbito do direito criminal, nos países que admitem essa possibilidade)” ou, conforme a segunda possibilidade, poderão ser responsabilizadas as pessoas naturais em seu lugar.

A responsabilização direta pode ser apresentada como uma perspectiva da teoria orgânica ou da realidade objetiva, que se coloca em contraposição à teoria da ficção, e que, de certo modo, oferece bases à dogmática, e já fora superada na seara cível. Explica-se nos moldes do que disserta Becker (2018, p. 19) que:

Ao longo da evolução histórica do Direito, duas teorias acerca da responsabilização criminal da pessoa jurídica foram difundidas. A teoria da ficção, difundida por Savigny, a qual dizia não ser possível responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica, pois esta, enquanto fruto de uma elucubração jurídica, não teria capacidade e vontade autônoma; e a teoria da realidade, capitaneada por Gierke, a qual reconhecia a pessoa jurídica enquanto ente do mundo fenomênico, apartado da figura dos seus sócios e administradores, um corpo autônomo, possuidor de vontades reais (resultado da vontade de seus dirigentes), apto a participar da vida social e, portanto, detentor de relevância jurídica.

Nesse passo, ainda conforme Becker (2019, p. 70) a teoria orgânica considera “o abandono do modelo de heterorresponsabilidade, no qual o agir empresarial estava diretamente ligado a um agir individual, passando a pessoa jurídica à categoria autônoma de agente penal no Direito brasileiro”. Nesse sentido aponta a já mencionada jurisprudência pátria.

No que diz respeito ao princípio da culpabilidade, figura esse requisito como o ponto central para aqueles que negam a possibilidade de punição das pessoas jurídicas. Assim compreendendo, explica Veríssimo (2017, p. 39) que esse é “considerado pela jurisprudência constitucional uma garantia da dignidade da pessoa humana e o fundamento da responsabilidade individual, além de uma das bases do princípio do Estado de Direito”.

Apontado como o elemento de maior importância do crime, a culpabilidade consiste, segundo Brandão (2010, p. 223) em “um juízo de reprovação pessoal, feito

a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito”.

Do princípio da culpabilidade, dispõe Veríssimo (2017, p. 40), “decorre que nenhuma pena pode ser imposta sem culpa (*nulla poena sine culpa*), sendo essa culpa apurada segundo a valoração da formação da vontade, para que o autor [...] possa ser responsabilizado por sua antijuricidade”. Considerando ainda a autora que ao se fundar o conceito de culpa na capacidade de decisão moral da pessoa humana, tem-se negada a própria possibilidade de culpabilidade de uma empresa.

Ratifica-se, pois, o que se enunciara no início desta subseção, a dificuldade de reconhecimento de capacidade de ação e culpa das pessoas jurídicas se dá porque os critérios dogmáticos e tradicionalmente usados pelo direito penal foram desenvolvidos para pessoas naturais. Essa dificuldade, representada aqui pelas oposições da possibilidade de ação e culpabilidade, no entanto, é, segundo Busato (2018b), superável, apontando, nesse sentido Becker (2018, p. 70), um encaminhamento para a necessidade de uma teoria do delito para pessoas jurídicas, talvez um “modelo construtivista de autorresponsabilidade [...], enquanto teoria do delito própria do ente empresarial que considera a organização e os procedimentos internos da empresa como pressupostos de uma possível responsabilização criminal”.

Esse modelo construtivista de autorresponsabilidade empresarial poder-se-ia se desenvolver, segundo Becker (2018, p. 12), “pela implementação de conceitos funcionalmente equivalentes àqueles utilizados para se responsabilizar as pessoas físicas”. Nesse sentido, aponta Díez (2015, p. 8) que a “culpabilidade da pessoa jurídica consiste em manter uma cultura empresarial de infidelidade ao Direito – de não cumprimento do ordenamento jurídico –, o qual, no caso, questiona a vigência das normas do sistema jurídico brasileiro.” De mais a mais, no capítulo a seguir oferece-se, além de outros aspectos, uma contextualização do preceito construtivista.

3.3.2 Princípios da Pessoalidade, Individualização e Proporcionalidade da Pena

Conforme já observado neste estudo, a teoria da culpabilidade vigente no ordenamento jurídico brasileiro resguarda os princípios da pessoalidade,

individualização e proporcionalidade da pena, que, junto à própria culpabilidade e capacidade de ação, comporiam, em síntese, os óbices da dogmática penal à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica.

Aqui, urge mencionar a obra “Dos Delitos e das Penas”, do italiano Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, como referência clássica do iluminismo penal, quando o pensamento nessa seara volta-se para às garantias individuais, que oferece as bases tradicionais do direito penal, e figura como um marco inconteste, pugnando desde o século XVIII pelos aqui abordados princípios da personalidade, individualização e proporcionalidade da pena.

Em sua obra prima, Beccaria, nos Títulos XXXII, “Suicídio”, e XXV, “Banimento e Confisco”, por exemplo, enuncia os delineamentos do princípio da personalidade e individualização das penas. É o que segue:

Suicídio é crime que parece não poder admitir pena, propriamente dita, pois ela só poderia incidir sobre inocentes, ou sobre o corpo frio e insensível. Se, neste último caso, a pena não há de impressionar os vivos mais do que o chicotear uma estátua, no primeiro caso, ela é injusta e tirânica, porque a liberdade política dos homens supõe necessariamente que as penas sejam estritamente pessoais. (BECCARIA, 1999, p.110)

O confisco coloca a prêmio a cabeça dos fracos e faz recair sobre o inocente a pena do culpado, deixando-o na desesperada necessidade de cometer delitos. Que espetáculo mais triste do que o da família arrastada à infâmia e à miséria pelos crimes do chefe, cujos atos, por causa da submissão imposta pelas leis, ela não poderia impedir mesmo que dispusesse dos meios de fazê-lo? (BECCARIA, 1999, p.83)

Conforme se observa dos excertos da obra clássica, Beccaria (1999, p. 82) preconiza a necessidade de que a pena não atinja além da pessoa do condenado, manifestando, nos moldes do segundo trecho citado, preocupação com o efeito contrário, na medida em que repudia a ideia de a pena do confisco vir a atingir familiares do condenado. Quanto ao princípio da proporcionalidade, por sua vez, dispõe ainda no Título XXV, que “deve [...] haver casos em que, proporcionalmente ao delito, haja a perda de todos ou de parte dos bens, e outros casos em que não”.

Soma-se ainda à voz do clássico, o contemporâneo Michel Foucault, que em seu livro “Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão”, considerado espécie de tratado histórico sobre a pena, aborda os princípios sob exame, com destaque para o princípio da proporcionalidade, constantemente evocado, por exemplo, quando do

desenvolvimento do Capítulo I, “A punição Generalizada”, o qual já introduz sob a firmação de que “é preciso punir de outro modo [...]. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir” (FOUCAULT, 1987, n. p., destaque nosso).

Nessa esteira de perspectiva, ancorando-se em clássicos e contemporâneos, mas esses voltados para o aspecto individual do direito penal, é que a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, XLV, o princípio da pessoalidade, princípio da personalidade ou da imputação pessoal, considerado como um princípio limitativo da responsabilidade penal a partir do qual se enuncia que, excluindo qualquer possibilidade de aplicação da responsabilidade penal objetiva ou por fato cometido por outrem, conforme Baratta (1987, p. 13) “a pena pode ser aplicada somente à pessoa ou às pessoas físicas autoras da ação delitiva”.

O princípio em comento, pois, exclui, nos direcionamentos de Baratta (1987, p. 13) “toda forma de responsabilidade de pessoas jurídicas e de entes morais”, no entanto, conforme se verificou em sede de análise jurisprudencial, essa pessoalidade fora superada.

O princípio da individualização da pena, por sua vez, encontra-se previsto no 5º da Constituição Federal, “Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena” (BRASIL, 1988), e, como pode perceber-se, possui íntima relação com o princípio anterior, sendo considerado, por vezes, mesmo como seu sinônimo. Nesse sentido, Lima (2012, p. 115), segundo o qual “o corolário da individualização [...] [é] consectário lógico da caracterização e desenvolvimento pessoal de cada ser humano”.

Quanto ao princípio da proporcionalidade da pena, a partir desse tem-se que, segundo Baratta (1987, p. 9), “as penas devem ser proporcionais ao dano causado pela violação”. Relacionando-se também com os demais princípios constitucionais penais, esse princípio que se encontra implícito no texto constitucional, “remonta a uma concepção jusnaturalista de que a pena deveria igualar-se ao crime praticado, consistindo em um mal de igual intensidade e natureza” (LIMA, 2012, p. 121).

Os encaminhamentos desta pesquisa, no entanto, demonstram que os princípios nesta seção abordados não devem figurar como vedações à responsabilidade penal da pessoa jurídica, uma vez que, conforme as orientações jurisprudenciais sobre as quais se discorreu, afastada está a necessidade de dupla

imputação, ou seja, a condição de que figure pessoa física como sujeito ativo de conduta criminosa para que se viabilize a ação penal. Não obstante, tais premissas ainda são invocadas como empecilhos para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e, por isso, mereceram específico espaço de atenção deste estudo.

4 CRIMINAL COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Percebe-se, conforme o capítulo inaugural deste estudo, que o *criminal compliance* pode ser visualizado em uma empresa sob diferentes aspectos, desde aqueles ligados à imagem empresarial até os aspectos preventivos, esses que poderiam ser considerados seus caracterizadores genuínos.

No entanto, perpassa por uma questão bastante turbulenta no ordenamento jurídico brasileiro, como verificado no capítulo anterior a este, qual seja, a responsabilidade penal da pessoa jurídica – o que não se pode afirmar, por exemplo, quando se situa no direito americano, onde emerge a figura do *compliance*, tendo em vista a situação da responsabilidade penal da pessoa jurídica naquele sistema jurídico.

Assim considerando, e tendo em vista a expansiva adesão do *compliance* no Brasil, abordagens, no tocante a uma possível tendência à globalização do direito penal, e desdobramentos desse instituto em âmbito jurídico-penal, em especial no que tange à responsabilidade penal empresarial se constituem como o foco deste último capítulo.

4.1 ABORDAGENS E DESDOBRAMENTOS DO CRIMINAL COMPLIANCE EM ÂMBITO JURÍDICO-PENAL

Com a adesão das políticas de autorregulação, segundo Sarcedo (2015, p. 6) “o papel do direito penal acaba ganhando muita importância por atuar como norma de reforço à tutela de deveres organizacionais e de autofiscalização da atividade econômica”. Nesse passo, neste cenário no qual “o Estado supera uma postura meramente repressora de desvios encontrados, que relegava [tão somente] ao particular, passando a impor uma pauta mínima de obrigações organizacionais, que necessita ser cumprida e implementada” (SARCEDO, 2015, p. 6) no intuito de prevenir-se condutas antiéticas ou mesmo, o foco deste estudo, criminosas, tende-se à utilização de tipos penais (abstrato, omissivos ou comissivos por omissão) como meios para atingirem-se tais objetivos, bem como outras medidas, como atribuição do status de crime para a corrupção privada, a promulgação de diplomas legais no intuito de promover espécie de colaboração entre os Estados na

pauta do combate à criminalidade, a adoção de sistemas legais que são tidos como administrativos, porém penais em sua essência e uma ampliação do acolhimento e utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nesse mesmo sentido, afirma Becker (2018) que os programas de *criminal compliance* exercem efeitos jurídico-penais, principalmente no que diz respeito à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O que, tendo em vista o desenvolvimento de novas realidades no Direito Penal brasileiro, com a crescente adesão ao instituto do *compliance*, aponta para uma crescente ampliação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Conforme apontam Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 11) a preocupação com o tema “parece absolutamente urgente, principalmente face às mudanças legislativas que recentemente têm entrado em vigor”. Apontam os mesmos, referindo-se à denominada Lei Anticorrupção em específico, que essa é “elogiada pelo mundo jurídico, aplaudida pela sociedade como um todo [...] [entrando] em vigor com uma elevada carga de otimismo” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p.14), mas que, no entanto, o mundo jurídico aparentemente não percebeu, ou pouco se demonstra em sentido contrário, as muitas implicações sobre o conceito que se discute, assim como acerca da lógica penal que deve conduzir a leitura do tema.

Essa lógica penal, por sua vez, aparentemente emerge de uma lógica global, através de uma tendência (ou seria necessidade?) de globalização do direito penal, pelo menos para que se alcancem os efeitos esperados a título de institutos importados, neste caso o *criminal compliance*.

4.1.1 Tendências de Globalização do Direito Penal

O processo de globalização enseja reflexões, e por vezes adequações, em diversas áreas do conhecimento, notadamente com o direito penal não é diferente. Nesse sentido, depara-se o direito penal moderno com uma criminalidade caracterizada pela organização e transnacionalidade, o que, inclusive, desafia os seus pilares.

Nos termos do que ensinam Silveira e Saad-Diniz (2015), existem diversos modos de globalização/internacionalização/mundialização do Direito penal, também denominado de Direito penal transnacional, podendo tal fenômeno se dizer respeito tanto:

a crimes internacionais, e sua persecução; à instituição de Cortes Internacionais (como é o caso do Tribunal Penal Internacional); à consagração de defesa de primados internacionais (como é o caso dos Direitos Humanos); da criminalização de condutas mundo afora; além da busca, notadamente na Europa, por uma harmonização de preceitos penais. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 31 destaque nosso).

Em outros termos, aponta-se que a globalização como influência na formatação penal. Nesse sentido, a ingerência de institutos internacionais, em foco o *criminal compliance*, pode ser visto como uma das manifestações desse fenômeno de globalização. O que ganha ainda mais sentido quando se remete à primeira subseção do segundo capítulo deste estudo, que trata sobre a criminalidade moderna, uma vez que esse tipo de criminalidade verifica-se, dentre outros ambientes, no âmbito da pessoa jurídica, essa que pode superar fronteiras territoriais nas suas relações e atividades, colocando em questão bens supraindividuais, e, portanto, de preocupação global, e sobre a qual se estende uma série de opiniões, digressões e incertezas jurídicas quanto a sua responsabilidade penal no direito brasileiro.

Corroborando com a exposição supra, Sarcedo (2015, p. 18) menciona que torna-se complicado devido aos processos de globalização que o Brasil quede-se alheio aos influxos de modelos legislativos estrangeiros, o que se evidencia quando se considera que as matrizes das empresas transnacionais que operam em território brasileiro sujeitam-se também às normas, bem como demais responsabilizações constantes nos sistemas legais de seus países de origem, tornando, o movimento em direção harmonização entre os sistemas jurídicos praticamente inevitável, de modo que parece iminente “a discussão sobre ampliação do rol de possibilidades de responsabilização penal da pessoa jurídica por aqui, na mesma linha em que ganham força [...] as práticas inerentes ao *compliance* e, [...] ao *criminal compliance*”.

Assim entendendo, discorrem Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 28) que “o conceito básico de autorregulação (*compliance*) parece fazer sentido dentro de uma perspectiva da responsabilidade penal da pessoa jurídica”, o que evidencia uma aparente inconsistência do instituto com o sistema jurídico-penal brasileiro.

No mesmo sentido Becker (2018, p. 66) preleciona que o *criminal compliance* deve atuar de modo preventivo em relação à responsabilização penal, tanto no

âmbito patrimonial, de modo a evitar que a pessoa jurídica “seja alvo de investigação policial ou ação penal – quanto no âmbito pessoal – de modo a afastar a imputação da prática de conduta criminosa da pessoa do administrador (presidente, diretor, sócios) da empresa”.

Conforme delineado no primeiro capítulo desta pesquisa, “os programas de *criminal compliance* possuem como principal característica a prevenção empresarial de riscos decorrentes do descumprimento das regulamentações legais” (BECKER, 2018, p. 60), ou seja, operam a partir de uma perspectiva *ex ante*. Até este ponto, em que teoricamente alcançam-se os efeitos esperados pelo programa de *compliance* não há qualquer incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, não se pode garantir uma excelência total ao instituto, o que se comprova a partir das investigações da Operação Lava Jato, como narra Becker (2018, p. 61) “que identificaram diretores e funcionários da empresa Petrobras (detentora de um aparentemente sólido programa de *compliance*) envolvidos na cobrança de propinas de empreiteiras e outros fornecedores para facilitação dos negócios”. Nesse ponto, exsurtem questões atinentes à responsabilidade penal aparentemente incongruentes com o direito brasileiro.

Uma Incongruência que esbarra em, como já abordado, questões da dogmática penal que resistem sob o manto de uma maioria doutrinária e ausência de regulamentação específica, mas sobre a qual, junto a tantas outras abordagens, impõe-se, em conformidade com o pensamento de Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 33) “um repensar na própria concepção das fontes jurídicas, o que se faz também presente no universo penal [e, importante ressaltar] [...], de fato, essas fontes já foram transmutadas, muito embora, nem sempre, se dê conta disso.”.

Nesse sentido, indica Silveira e Saad-Diniz (2015, p.33) que se faz imperativa “tarefa do penalista no alvorecer dessa nova quadra temporal [...] saber lidar com as novas fontes do Direito, para, a partir delas, poder ajustar as novas formulações às exigências do presente e em sintonia com a própria superestrutura jurídica”.

4.1.2 Infração de Garantias Penais Constitucionais

Por garantias constitucionais entendem-se aquelas previsões do texto constitucional que direcionam a aplicação do direito penal. Nesse sentido, figurando reconhecidamente a Constituição Federal como diploma normativo voltado

especialmente para a tutela do indivíduo, sendo, inclusive, denominada de “Constituição Cidadã”, vem essa, conforme visualizado em momentos anteriores deste estudo, a garantir uma série de preceitos ao indivíduo.

Essas garantias, é certo, não devem ser afastadas do ordenamento jurídico brasileiro, todavia a importação de institutos, como o *criminal compliance*, em postura de descompasso com a situação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pode ensejar quadros preocupantes.

Nessa senda, desponta a APn 470, que em seu julgamento pelo STF constituiu-se, segundo Becker (2018, p. 57), como verdadeira vitrine para os programas de *compliance*. Na referida Ação Penal, condenou-se um dos réus, o *compliance officer* de uma instituição bancária, pelo delito de gestão fraudulenta, por omissão de informações irregulares dos relatórios de *compliance*.

Sobre a mencionada condenação, Silveira e Saad-Diniz (2015) entendem que representa a APn 470 um célebre caso em que se denotam inadequações do sistema jurídico-penal como se concebe pela dogmática penal, ou seja, pelas teorias clássicas em relação ao instituto do *compliance*, em específico do *criminal compliance*, uma vez que entendeu o julgador que todas aquelas disposições relativas à obediência normativa que se manifestam no bojo das compreensões dos programas de *compliance* não se relacionavam com sua natureza de ponderação preventiva, mas como espécie de reforço penal no que concerne à lavagem de capitais.

Ou seja, nos dizeres de Sarcedo (2015), a estrutura clássica de responsabilização penal aponta para a tendência de colocar aquele que exerce o dever de vigilância dentro dos programas de *compliance* em risco no que diz respeito às garantias penais e constitucionais que deveriam ser asseguradas ao indivíduo.

Em outros termos, o caso da APn 470 (“caso mensalão”), considerado o maior caso criminal já julgado pelo STF, seja talvez o maior exemplo “da incerteza e da preocupação que esse estado de coisas pode gerar” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 198). Esse estado de coisas a que se referem os autores é justamente o exposto nesta pesquisa: de adesão ao *compliance*, instituto que requer uma adequação do sistema jurídico-penal em termos de responsabilidade penal da pessoa jurídica, questão essa que se encontra ainda em estado de “crise” no direito brasileiro, pois ausente de uma regulamentação que confira segurança jurídica para

que programas *de criminal compliance* não venham a imprimir aberrações jurídicas e/ou servirem de aparato para o cometimento de crimes com a anuência da lei e em detrimento de terceiros, constituindo programas de fachada, também chamados de *sham programs* (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016).

Conforme o Guia para Programas de *Compliance* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica vinculado ao Ministério da Justiça brasileiro (2016, p.15) são dois os tipos de programa de fachada, quais sejam:

programas superficiais e/ou sem preocupação alguma com a manutenção do ambiente competitivo, apenas com a intenção de se valerem deles como circunstância atenuante em caso de condenação. [...] [e] programas extremamente complexos e em teoria bem estruturados, elaborados por especialistas no tema e que implicam em gastos elevados, mas que não encontram qualquer eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados por colaboradores.

Especificada assim a caracterização dos programas de fachada, adentra-se a seguir na averiguação da responsabilização dos *compliance officers* no “caso mensalão”.

4.1.2.1 A responsabilização dos *Compliance Officers* e APn 470

A opção por implantação de um programa de integridade traz, como vem sendo observado neste estudo, alguns questionamentos que merecem atenção, enfaticamente no que tange à responsabilidade penal. Essa preocupação se evidenciou a partir do julgamento da APn 470 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual suscitaram-se questões acerca da responsabilidade penal dos *compliance officers*.

Indagações quanto aos limites da responsabilidade penal desse profissional, que deve se relacionar ao status e hierarquia do cargo que ocupa, por exemplo, quanto à sua fixação como garante apenas por ocupar função de *compliance officer*, bem como, em termos mais gerais, a observação da real existência de ação caracterizadora de sua culpa de modo a possibilitar a aplicação da teoria do crime da forma como atualmente concebida, são pontos que devem ser criteriosamente considerados de modo que essa figura não se torne suscetível à aplicação de uma responsabilidade objetiva ou incongruente com as funções que desempenha, bem

como não venha a se tornar espécie de bode expiatório⁷ na engrenagem empresarial.

Nesse sentido Sarcedo (2015, p. 257) menciona que na literatura especializada sobre *compliance*, comumente se encontra referência “ao *chief compliance officer* como se fosse uma espécie de testa de ferro profissional lícito, contratado pela alta direção da empresa, para receber a transferência do risco penal incidente sobre a atividade econômica”.

A esse respeito, esclarece-se devidamente em que consiste a responsabilidade objetiva para então passar-se às compreensões acerca do *compliance officer*. Conforme Veríssimo (2017, p. 77), tem-se que “a responsabilidade pode ser chamada de subjetiva quando depende de culpa, e objetiva quando houver sanção ou existir a obrigação de indenizar ainda que o autor do dano não tenha procedido com culpa”.

Situando no âmbito do direito penal, “o princípio da culpabilidade implica que a pena pressupõe, sempre, a culpabilidade, de modo que aquele que atuar sem ela não pode ser castigado, e, de outro, que a pena não poderá exceder a medida desta culpabilidade” (VERÍSSIMO, 2017, p. 77), essa é a sistemática aplicada ao direito penal brasileiro, e que representa, conforme observado no segundo capítulo deste estudo, um dos óbices à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nos termos do que preleciona Lima (2012, p. 107), a noção de culpabilidade, assim como a de culpado, relaciona-se diretamente e em sentido amplo, no âmbito do Direito Penal, com o seu antônimo, em outros termos, com a noção de inocência e inocente. Conforme o autor, essa ampla concepção compreende “tanto os conceitos político-criminais referentes ao princípio da culpabilidade, como as categorias dogmáticas da teoria jurídica do crime e mesmo os critérios de determinação da pena que, afim, delimitam a quantidade da “culpa””.

Ademais, aponta Veríssimo (2017, p. 82) que no âmbito dos sistemas continentais a possibilidade de uma “responsabilidade criminal sem culpa encontra

⁷ “No chamado Dia da Expição, encontrado no livro bíblico de Levítico, os hebreus organizavam uma série de rituais que pretendiam purificar a sua nação. Para tanto, organizavam um ato religioso que contava com a participação de dois bodes. Em sorteio, um deles era sacrificado junto com um touro e seu sangue marcava as paredes do templo. O outro bode era transformado em “bode expiatório” e, por isso, tinha a função ritual de carregar todos os pecados da comunidade. Nesse instante, um sacerdote levava as mãos até a cabeça do animal inocente para que ele carregasse simbolicamente os pecados da população. Depois disso, era abandonado no deserto para que os males e a influência dos demônios ficassem bem distantes.” (SOUSA, 2018, n. p.).

forte oposição, pois consistiria numa violação ao princípio da culpabilidade, que tem normalmente sede constitucional, sendo considerado um direito e uma garantia fundamental” (destaque nosso).

Embora o referido princípio não se encontre expresso na Constituição da República Brasileira, defende-se que o mesmo pode ser extraído do texto constitucional principalmente a partir da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil nos moldes do art.1º, inciso III, da CRFB (BRASIL, 1988).

Ou seja, a teoria do delito adotada no ordenamento jurídico brasileiro, que é voltada a figura do indivíduo, manifesta-se sob a perspectiva da responsabilidade penal subjetiva deste, afastando a responsabilidade penal objetiva. Uma vez esclarecidos os tipos de responsabilidade e o aplicado no direito brasileiro, deve-se proceder com a averiguação do caso dos *compliance officers* na APn 470. Para tanto, segue-se esboçando a designação desses profissionais.

Compliance officer, numa acepção mais ampla, é, segundo Costa e Araújo (2014, p. 217), “aquele delegado da direção da empresa que tem como tarefa zelar pela correta implementação e supervisão do programa de *compliance*”. Sendo que essa função, ainda conforme Costa e Araújo (2014, p. 217), “pode estar concentrada em uma só pessoa, em um departamento composto de diversos funcionários ou, ainda, em figuras externas à empresa, como auditores independentes ou advogados externos”. Dessa forma, quando se fala em advogado com deveres de *compliance*, se está falando do “profissional responsável pela avaliação dos riscos empresariais, incumbindo a ele a elaboração de controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de uma futura responsabilização, civil, administrativa ou penal.” (BATISTA, 2017, n. p.).

Ocorre que na análise das discussões impetradas no âmbito da APn 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, desponta justamente a preocupação evidente da incompatibilidade do instituto do *compliance* com o sistema jurídico-penal pátrio e uma necessidade de melhor perscrutação de questões envolvendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica antes de uma adesão ao instituto americano.

No âmbito do referido julgamento, uma problemática é suscitada, qual seja, o risco de imprimir a responsabilidade penal objetiva a outra figura na insurgente dinâmica empresarial em que se insere o *criminal compliance*. Ou seja, de passar

aquele que desempenha a função de *compliance officer* a ser responsabilizado por toda e qualquer conduta ilícita e/ou criminosa que venha a ocorrer na empresa, independente da análise devida conforme a estrutura do delito aplicada à pessoa física em todos os seus requisitos classicamente estabelecidos, como averiguação de culpa em relação ao fato criminoso.

Nesse sentido, é importante a consciência do papel do profissional de *compliance*, bem como a sua hierarquia dentro da engrenagem empresarial. Isso porque nada obsta que o *compliance officer* ocupe posição sem qualquer poder em relação à dinâmica empresarial, como também pode ocorrer desse profissional ser ao mesmo tempo um diretor executivo. O que se deve, como pontuam Costa e Araújo (2014, p. 224) pela “multiplicidade de facetas que pode assumir o *compliance* em diferentes empresas”, podendo, desse modo, o *compliance officer* assumir atribuições, funções e poderes diferentes. A observação dessa posição hierárquica, atribuições e poderes do profissional de *compliance* é importante na delimitação da responsabilidade do profissional, no entanto, não serve de subsídio à aplicação de uma responsabilidade penal objetiva, inaceitável no direito penal brasileiro como é concebido atualmente.

Deve-se considerar ainda, em conformidade com Costa e Araújo (2014, p. 223), que o profissional de *compliance* apresenta-se tipicamente como gestor de integridade da empresa, atuando na “construção de um sistema de controle interno de prevenção de riscos”, geralmente apontando riscos em evidência e que venham a se relacionar com as decisões na rotina empresarial. Contudo, pela sua função de *compliance officer*, esse profissional, que desempenha normalmente tão somente papel de natureza de assessoramento administrativo não possui poder de evitar condutas ilícitas, salvo quando o profissional de *compliance* também for o executivo principal da empresa, por exemplo.

Ora, ademais, é de conhecimento daqueles que se dedicam ao estudo das ciências criminais que a responsabilidade penal para fins de aplicação no ordenamento jurídico pátrio, caracteriza-se por possuir natureza pessoal e subjetiva, sendo inconciliável “o estabelecimento de presunções ou regras automáticas de imputação de responsabilidade”(COSTA; ARAÚJO, 2014, p. 224). Não há de ser diferente com a figura do *compliance officer*. Assim, não encontra respaldo a ideia de que, por exemplo, o gestor de integridade de determinada empresa, deva ser

responsabilizado, sem qualquer critério além da função que ocupa, por ocorrência de lavagem de dinheiro, omissão ou culpa.

Nesse sentido também manifesta entendimento Veríssimo (2017, p. 202) segundo o qual:

As pessoas naturais, dirigentes ou administradores da empresa, ou qualquer outra, autora, coautora ou partícipe dos atos ilícitos poderão ser responsabilizadas individualmente, inclusive na esfera penal, mas esta responsabilização depende da apuração da culpa desses agentes.

A visão do STF, que denota a importância do tema aqui abordado, de que o *compliance officer* assume obrigação certa de evitar a prática de crimes por terceiros, leva ao entendimento de que esse profissional necessariamente teria poder suficiente para impedir ou suspender possíveis atos criminosos. O que, conforme abordado, não se inclui em suas atribuições típicas, e demonstra posicionamento bastante perturbador e, portanto, merecedor de análises e estudos, pois pode vir, além de implicar em anomalias à responsabilidade penal como hoje é concebida, a descaracterizar a real função do *compliance officer*, profissional de inegável importância atualmente na estrutura de integridade empresarial.

A discussão sobre a responsabilidade penal dos *compliance officers* não é assunto que pacificamente possa ser resolvido com interpretações simplificadas. Nos apontamentos da literatura científica se vê que princípios basilares do direito penal podem acabar por ser desconsiderados, na mesma esteira de sentido daqueles colocados como óbices para a responsabilidade penal jurídica, na ânsia de se colocar uma solução desviante de certos problemas que se configuram de maneira muito mais complexa, em foco a responsabilização criminal empresarial no direito penal brasileiro.

Nos moldes do que apresentam Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 208), estabelecendo-se “um sistema de responsabilidade próprio (penal ou administrativo) às pessoas jurídicas, por outro modo, verifica-se [...] que o fenômeno da autorregulação acaba por gerar novas obrigações jurídicas, às pessoas físicas e jurídicas [...]”. Nesse diapasão, discorrem que:

Pretender utilizar a autorregulação como simples instituto de reforço de imputação de um Direito Penal tradicional, como aparentemente se fez, e ignorando-se as particularidades (erráticas) da lei nacional,

equivale a uma perigosa confusão de institutos e de Escolas, podendo gerar unicamente punições esvaídas de justificativa, não raro com infrações de direitos fundamentais das pessoas físicas imputadas. Isso, quanto mais, quando se está a tratar de normas penais que não necessariamente detêm o desenho ideal de responsabilização como pretenderia o julgador (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 209).

Evidenciando o descompasso do *compliance* nos moldes em que se tenta inserir no ordenamento jurídico brasileiro, em especial na sistemática penal atual, a postura mais adequada no trato com o instituto em pauta deveria, ainda conforme Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 209), “defletir outra linha de entendimento, buscando-se mais serenas e embasadas linhas de decisão, emparelhando-se a decisões da realidade comparada para, enfim, chegar-se à realidade imaginada desse apregoadado novo Direito mundial”.

4.2 ENCAMINHAMENTOS PARA UMA TEORIA DO DELITO EMPRESARIAL

Toda a contextualização apresentada no desenvolver desta pesquisa aponta em um sentido inescusável: a) desenvolvimento de uma teoria do delito própria para as pessoas jurídicas, ou mesmo quaisquer encaminhamentos nesse sentido, ou b) em se mantendo o cenário conforme demonstrado, com adoção de medidas de *compliance*, em específico *criminal compliance* no âmbito legislativo pátrio sem uma base sólida de suporte para tais, os desdobramentos talvez não sejam os esperados (vide o desdobramento apontado na subseção anterior). Nesse sentido, inclusive, apontam Díez (2015), Sarcedo (2015), Silveira e Saad-Diniz (2015), Becker (2018) e Busato (2018), dentre outros.

Díez (2015, p. 7) enuncia, - sem desprezar a importância de uma regulação específica na legislação penal, mas entendendo que a sua falta não pode ser pretexto para implicações inadmissíveis, como a aplicação objetiva-civilista-, a necessidade de mudanças no *status* da responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema jurídico brasileiro, orientando para a perspectiva de um modelo construtivista de autorresponsabilidade penal, a partir do qual, partindo da dogmática da omissão, seria a pessoa jurídica uma garantidora daquilo que viesse a acontecer dentro da organização de acordo com alguns pressupostos e fundamentos. Por pressupostos veja-se: a) a pessoa física atuou na representação da pessoa jurídica?

e b) a pessoa física atuou de modo a beneficiar a pessoa jurídica? Como fundamentos, por sua vez, tem-se: a) a pessoa jurídica possuía uma organização adequada ao Direito? e b) a pessoa jurídica possuía uma cultura empresarial de cumprimento da legalidade ambiental?

De mais a mais, poderiam as pessoas jurídicas serem penalizadas de forma autônoma, sendo que sua responsabilidade penal não exclui a das pessoas físicas, nos moldes do que dispõe o art.41, §1^o, do Projeto de Lei do Senado – PLS nº 236/2012, que tem como proposição a reforma do Código Penal Brasileiro. Na teoria construtivista de Díez (2015) a pessoa jurídica proporciona um contexto organizacional a partir do qual ou no qual a pessoa física realiza ações, e a consideração de quem seja autor ou partícipe depende de significância do que se procede.

Um esclarecimento sobre construtivismo pode ser encontrado em Linhares e Oliveira (2015, p. 44) que o enunciam como um paradigma para imposição de autorreferenciabilidade à pessoa jurídica para que essa por si só produza seus efeitos, e, assim, origine uma identidade própria caracterizada pelo requisito da capacidade de auto constituição e autorregulamentação. Em outros termos, oferece o construtivismo as bases para o desenvolvimento de uma teoria do delito empresarial, na medida em que possuiriam as pessoas jurídicas autonomia para reproduzirem-se a si mesmas, permitindo, desse modo, "a possibilidade de lhes imputar práticas tipificadas penalmente, sujeitando-as a um juízo de censura das condutas típicas e antijurídicas por elas praticadas, com uma consequente autorização da aplicação da pena".

Menciona ainda Díez (2015) que, assim como não há no Código Penal atual uma definição do que seja ação, culpa ou dolo para a pessoa física, não há que se exigir tais definições para o âmbito da pessoa jurídica, ressaltando que é muito comum, mas não coerente, a exigência de mais regulação das pessoas jurídicas em comparação com as físicas.

Sarcedo (2015, p. 219) por sua vez, diz ser necessário "um novo modelo de imputação no qual as possibilidades de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade do ente coletivo convivam e assentem-se", tendo como

⁸ "Art.41, §1º. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente de responsabilização destas." (BRASIL, 2012).

fundamento a ideia de culpabilidade no âmbito da pessoa jurídica como uma derivação de defeito da organização, o qual deverá ser definido com clareza por uma sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nos mesmos moldes do que defende Díez (2015), menciona Sarcedo (2015, p. 260) que “a culpabilidade coletiva não exclui nem depende da responsabilidade individual das pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica”, e que os parâmetros básicos para identificação e aferição da culpabilidade da pessoa jurídica devem constar expressamente em lei.

A respeito do encaminhamento apontado, Silveira e Saad-Diniz (2015) afirmam que, após análise sob a ótica do direito comparado, a tendência de criminalização de condutas relacionadas à pessoa jurídica é um caminho sem volta, e que há uma necessária adequação da realidade brasileira à lógica mundial que vem se formando, em específico no que tange o raciocínio penal quanto a responsabilidade da pessoa jurídica.

Ao passo que Becker (2018), ancorada nas premissas da teoria construtivista enunciada por Díez (2015), preleciona a necessidade de uma teoria do delito própria com destinação aos entes coletivos, destacando a indispensabilidade de que se implemente conceitos funcionalmente equivalentes aos utilizados pela teoria do delito clássica que seria tão somente adequada à responsabilidade penal da pessoa física. É o que enuncia Becker (2018, p. 39), “para que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja aplicada em consonância com os princípios constitucionais, faz-se necessário que seja reformulada a teoria do delito mediante a inclusão de institutos de responsabilização penal próprios da pessoa jurídica”.

Por fim, manifesta Busato (2018b, p. 702) em favor da criminalização das pessoas jurídicas, que “no que tange à ação, os mais modernos conceitos jurídico-penais de ação têm entre si o fato comum de que não são conceitos ontológicos.”, não sendo a ação ou omissão considerada relevante sob a ótica jurídico-penal dependente de expressão física alguma. Enuncia ainda Busato (2018b, p. 702) que “tanto a atuação de uma pessoa física quanto a atuação de uma pessoa jurídica são capazes de configurar a expressão de sentido de um tipo”, e que a culpabilidade, sob uma perspectiva estritamente normativa que permite a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ademais, apontando encaminhamentos para a necessidade de uma teoria do delito empresarial, Busato (2005, p. 245) propõe uma compreensão a partir da

filosofia da linguagem, pugnando no sentido de que esta “oferece ferramentas para a composição de uma teoria de base mais adequada ao avanço que já se faz necessário na teoria do Direito e, também, especificamente, na teoria do delito”. Nesse sentido, aponta o mesmo (BUSATO, 2005, p. 261) três bases, quais sejam ação significativa, norma como pretensão de validade e liberdade de ação, como pertinentes para a elaboração “de um modelo evoluído de sistema de imputação e, [o que permitiria] ao sistema manter a preservação de garantias fundamentais associadas à condição humana, como pontos infranqueáveis por qualquer esquema político-criminal”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme a contextualização apresentada, algumas considerações prévias a uma consideração final podem ser cotejadas de acordo a lógica de estruturação desta pesquisa. Primeiro, cabe dizer que o instituto do *compliance*, de origem americana, em específico o *criminal compliance*, tem encontrado cada vez mais adesão na legislação brasileira. No entanto sua aplicabilidade e possível eficácia (não se propôs este estudo a analisá-lo sob esse viés, embora tenha pincelado algumas questões atinentes) pressupõe um sistema jurídico-penal distinto no que concerne à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é temática que em ebulição no Brasil, em decorrência, dentre outros aspectos, do alvorecer da criminalidade econômica, e apesar de positivada no texto constitucional, é uma das principais pautas do que se enunciou como uma crise do direito penal, pois, esbarra em orientações dogmáticas do direito penal clássico e compreensões de natureza político-criminal.

A implementação da cultura do *compliance* por meio da legislação orienta para o sentido de uma tendência de um direito penal globalizado, na esteira da modernização da criminalidade, porém, a resistência à criminalização empresarial representa um descompasso nessa tendência. A questão é que esse descompasso pode apresentar uma série de desdobramentos tanto quanto indesejáveis, vindo a oferecer riscos, por exemplo, às garantias penais e constitucionais daqueles que atuam em setores de integridade de uma empresa, bem como oferecer cenário propício à instalação de programas de *compliance* de fachada.

Assim, percebe-se que a temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica emerge urgentemente sob o manto da cultura de *compliance*, despertando estudiosos do direito para a necessidade de um pensamento voltado o quanto antes para a responsabilidade penal da pessoa jurídica, de modo a regulamentá-la e sistematizá-la, permitindo assim, em consonância com um movimento global e com as premissas penais constitucionais vigentes, que não sejam operadas anomalias jurídicas devido a uma importação sem contextualização.

De mais a mais, esta pesquisa, que nasceu de uma curiosidade genuína, mas sempre desconfiada, quanto ao instituto do *criminal compliance* como uma ferramenta de prevenção criminal e delimitação da responsabilidade penal em

âmbito empresarial, apontou para um cenário de otimismo e com cada vez mais adesões, - basta uma breve consulta, como comprovado no primeiro capítulo deste estudo-, sobre o tema para verificar que o mesmo se tornou uma verdadeira “febre” tanto na literatura técnica quanto na científica, que acoberta, quando desprovido de uma visão sincera, crítica e acurada, questão que deveria figurar em primeira ordem no rol das preocupações de um criminalista que se detém a estudar os aspectos da criminalidade moderna, qual seja a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nesse sentido, buscou-se com esta monografia perscrutar as condições de possibilidade do *criminal compliance* se entendido como mecanismo associado à responsabilidade penal da pessoa jurídica, ao que se pode tecer as seguintes considerações finais.

Programas de *compliance*, como se viu, dizem respeito a mais do que operações de garantia do cumprimento da legislação. Se for possível operar com *compliance* nas corporações, na forma como prega uma espécie de onda adesiva às práticas que ganharam ampla visibilidade com a experiência estadunidense, o processo tem a ver com prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita e nos casos pós-delito com a ampliação da eficácia das investigações e adequada responsabilização.

A adesão ao *compliance* enseja no Brasil um aumento considerável de produção científica sobre a temática no campo do Direito, cujo discurso encontra-se atrelado ao enaltecimento de uma cultura de prevenção que, no entanto, pode ser questionada em face da abrangência e imprecisão das práticas do *compliance* e da dúvida que isso coloca quanto à eficácia dos seus possíveis instrumentos. Ainda assim, as influências dessa cultura de prevenção materializam-se no movimento legislativo brasileiro recente com a criação de leis específicas (em âmbito federal a Lei 13.303/2016 e em âmbito regional as Leis nº 7.753/2017 - RJ, nº 6.112/2018 – DF), orientando em direção da obrigatoriedade de *compliance* nas contratações públicas.

O foco no *compliance* mais atrelado ao direito penal, que recebe a ampla denominação de *criminal compliance*, como visto, se insere numa problemática bastante controversa, a da responsabilização penal da pessoa jurídica, que vem, seguindo também tendência mundial recente, por razões historicamente situadas de estabelecimento do poder corporativo nas sociedades capitalistas e a crítica contemporânea a essa tradição.

As críticas ao poderio corporativo apontam, dentre outros fatores, para o amplo reconhecimento da pessoa jurídica no polo passivo do direito penal sem o equivalente tratamento no polo ativo. A discussão dos juristas pode ser polarizada, nesse caso, por um posicionamento tradicionalista, majoritário da doutrina penal no ordenamento jurídico pátrio, que defende a manutenção do direito penal como constituído e, portanto, se coloca como contrário à responsabilidade da pessoa jurídica e, por outro lado, por um entendimento mais progressista, que defende o contrário, pugnando por uma adaptação dos institutos penais clássicos, delineando assim no direito penal brasileiro um cenário de crise.

Dentre os ordenamentos jurídicos investigados no estudo comparado aqui realizado, quais sejam: E.U.A e Inglaterra (Sistema *Common Law*); Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal (Sistema *Civil Law*), viu-se que a maioria pugna atualmente pela responsabilização penal da pessoa jurídica, sendo exceção a Alemanha, Itália e Portugal. As explicações são compreensíveis e, como foram apresentadas no texto, se referem ao processo histórico de constituição dos sistemas legais desses países frente aos seus processos sociais.

No Brasil, sob a ótica constitucional, há pelo menos três posições a serem consideradas. Primeiro, aqueles que defendem que a constituição de 1988 não criou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em seguida os que defendem que a imputação penal das corporações (*societas deliquere potest*) é constitucional ou que correta exegese dos dispositivos constitucionais comprova essa impossibilidade (*societas deliquere non potest*). E dessa maneira, a discussão se estende para o direito ambiental, dado a promulgação da Lei nº 9.605/1998, Lei de Crimes Ambientais.

Por fim, a jurisprudência estudada indica movimento recente (2018) do STJ (Anexo A) em direção ao entendimento pacificado de que pessoa jurídica pode ser responsabilizada exclusivamente, sem a tese da dupla imputação, nos crimes ambientais, o que aponta para um necessário cenário futuro de resolução da crise no direito penal e ampliação de tal entendimento para outros aspectos da criminalidade corporativa.

Dessa forma, o que se vê como orientações para resolução da crise, os encaminhamentos que se se vem delineando no horizonte, dizem respeito a propostas de compreensão teórica que vão desde uma orientação construtivista à filosofia pragmática da linguagem, como bases para o desenvolvimento de uma

teoria do delito empresarial, o que se entende constituir-se imprescindível para uma efetiva consideração das possibilidades do *criminal compliance* no Brasil.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: Informação e documentação: Citações em documentos: Apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. NBR 14724: Informação e documentação: Trabalhos Acadêmicos: Apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

_____. NBR 6028: Informação e documentação: Resumo: Apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. NBR 6023: Informação e documentação: Referências: Elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo para Uma Teoria dos Direitos Humanos como Objeto e Limite da Lei Penal. **Doctrina Penal**, Buenos Aires, v. 10, n. 40, p. 623–650, 1987. Disponível em: <[http://danielaefelix.com.br/doc/ALESSANDRO BARATTA Princípios de direito penal minimo.pdf](http://danielaefelix.com.br/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BATISTA, Quietelin de Oliveira. **Compliance Officer: o novo perfil do advogado com deveres de compliance**. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,compliance-officer-o-novo-perfil-do-advogado-com-deveres-de-compliance,54628.html%3E>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Camila Mauss. **Compliance, Autorregulação Regulada e o Sistema de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Sistema Penal Brasileiro**. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais - PUCRS, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/9LiQLE>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/5988>>. Acesso em: 20 mar. 2018. (disponível apenas o resumo)

BERTONI, Felipe Faoro. O Delito de Lavagem de Capitais e o Desenvolvimento do Criminal Compliance. **Revista Arquivo Jurídico**, v. 2, p. 112–127, 2012. Disponível em: <<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/2303/1525>>. Acesso em: 4 maio. 2017.

BIJOS, Leila; NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos. Suborno transnacional: a nova realidade normativa brasileira. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 52, n. 207, p. 239-259, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p239>. Acesso em: 10

mar.2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para concursos de direito. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. **Lei no 9.605, de 12 de fevereiro 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Lei no 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. **Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. 2013a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 548181 / PR - Paraná**. Recurso Extraordinário. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento: 06/08/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. 2013b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+E+%28548181.NUME.%29%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/qd6334v>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso em Mandado de Segurança nº 48.851 - PA**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data de Julgamento: 20. 02. 2018. Data de publicação: DJe 20.02.2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551174545/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-48851-pa-2015-0175938-0/inteiro-teor-551174565?ref=serp#>>. Acesso em: 19 jun.2018.

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 85–98, 2018a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>. Acesso em: 23 ago. 2018.

BUSATO, Paulo César. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista Direito e Liberdade**, v. 14, n. 1, p. 241–264, 2005. Disponível em: <https://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/488>. Acesso em: 27 ago. 2018.

_____. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 218, p. 85–98, 2018a. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>. Acesso em: 23 ago. 2018.

_____. **Direito Penal - Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018b.

CAPELLARI, Álisson dos Santos; FIGUEIREDO, Vicente Cardoso De. O criminal compliance como instrumento de prevenção da criminalidade econômica no âmbito das instituições financeiras. **Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC**, v. 3, n. 6, 2016.

CIBERDÚVIDAS DA LÍNGUA PORTUGUESA. **A etimologia da palavra crise**. 2010. Disponível em: <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-da-palavra-crise/28974>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo Da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APn 470. **RBCCrim**, n. 106, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/Rdt73c>>

DEMO, Pedro. **Pesquisa: Princípio científico e educativo**. São Paulo: Cortez, 1991.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Teoria do Crime para Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Atlas, 2015.

DISTRITO FEDERAL. **Lei 6112 de 02 de fevereiro de 2018**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/8QSmyP>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Vozes: Petrópolis, 1987.

FRANÇA. **Code pénal**. 1994. Disponível em: <<https://goo.gl/FzwygE>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

FROTA, Hélio Mamede. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. **Revista da EJUSE**, n. 18, p. 199–236, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal Compliance, Controle e Lógica Atuarial: A Relativização do *Nemo Tenetur Se Detegere*. **Revista Direito.UnB**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/FBHGWW>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de Crimes Ambientais**: comentários à Lei 9.605/1998. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

HUMBERG, Mario Ernesto. Ética organizacional e Relações Públicas. **Organicom**, v. 5, n. 8, p. 89, 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/ZH2VtJ>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARROSA, Korge. O ensaio e a escrita acadêmica. **Educação & Realidade**, v. 28, n. 2, p. 101–115, 2003. Disponível em: <<https://goo.gl/yZrQXJ>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito Penal Constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINHARES, Sólon Cicero; OLIVEIRA, Daniele Aparecida de. O Conceito Construtivista de Culpabilidade e a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Ambientais. Uma análise através da figura do Compliance Programs. **Revista Jurídica CCJ**, v. 19, n. 40, p. 41–60, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/bynBu3>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MARÇAL, Thaís; BARBOSA, Joaquim Simões. Distrito Federal torna obrigatório compliance nas contratações públicas. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/Gmg97Z>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARINHO, Luiz Henrique Lobo. **Controle gerencial**: padrões de conduta ética nos negócios em uma empresa multinacional - um estudo de caso. 1999. 144 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/Vstxeh>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance - Concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENEGHETTI, Francis Kanashiro. O que é um ensaio teórico. **RAC - Revista de Administração Contemporânea**, v. 15, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/840/84018474010/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Guia para programas de compliance. 2016. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Guia Compliance - Versão Oficial.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20Vers%C3%A3o%20Oficial.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

OLIVEIRA, Bruno Almeida De. Lei no 12.846/13, “Lei Anticorrupção”: um novo caso de responsabilização penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 2, p. 13–58, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/ee73yL>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. **Dicionário Oxford Escolar para Estudantes Brasileiros de Inglês**. São Paulo: Oxford University Press, 2010.

PESTANA, Marcio. **Lei Anticorrupção: Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013**. São Paulo: Manole, 2016.

PRAZERES, Angela dos. Criminal Compliance no Direito Penal Econômico e da Empresa. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 16, p. 269–294, 2017. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/106>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e lei anticorrupção nas empresas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87–105, 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509944>>

RIO DE JANEIRO. **Lei no 7753 de 17 de outubro de 2017**. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2DjSfBA>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção da lavagem de dinheiro nas organizações**. São Paulo: Trevisan, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. **Revista Digital do Instituto dos Advogados do Brasil**, v. 223, p. 3–7, 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual. **Duc In Altum-Cadernos de Direito**, v. 8, n. 15, 2016. Disponível em: <<http://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/375>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SANCTIS, Fausto de. **Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Maike Wile; ABDOUCH, Rafael; VIEIRA, Vinícius. Pode o direito ser racional sem buscar causalidade? **Jota**, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pode-o-direito-ser-racional-sem-buscar-causalidade-07092017>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SANTOS, Mauricio Januzzi. Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo. **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16120>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2015. 325 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/pt-br.php>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

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

SOARES, Jardel de Freitas. Societas Deliquere Potest e os Delitos Ambientais à Luz das Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, p. 287–315, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3417>>. Acesso em: 21 set. 2018.

_____. Jardel de Freitas. Ecoterrorismo e a Responsabilidade Penal das Empresas por Danos Ecológicos. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 2, n. 2, p. 66, 2017. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1432>>. Acesso em: 21 set. 2018.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Como surgiu a famosa expressão 'bode expiatório'? 2018. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/bode-expiatorio.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

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

ANEXO A – ARGR NO RMS 48851 (2015/0175938-0 – 26/02/2018) (INTEIRO
TEOR)

EMENTA/ACORDÃO

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 - PA
(2015/0175938-0)**

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.
ADVOGADO : MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA QUE FIGURA ISOLADAMENTE COMO RÉ NA DENÚNCIA POR CRIME AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

2. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação. Precedentes.

3. O trancamento de ação penal, somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, comprovada a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta.

3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO - Relator

RELATÓRIO / VOTO

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 - PA (2015/0175938-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.
ADVOGADO : MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

RELATÓRIO**O EXMO. SR . MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

Trata-se de agravo regimental, interposto por IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A., em face de decisão que negou provimento a recurso em mandado de segurança, nos termos da Súmula 568/STJ.

Ratifica a agravante as considerações feitas no recurso, aduzindo que *assim como a apelação, O RECURSO ORDINÁRIO DEVOLVE AO TRIBUNAL TODAS AS MATÉRIAS VENTILADAS NA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA, de modo que, mesmo que o acórdão recorrido não tenha examinado determinado tema, nada obsta que a corte ad quem o aprecie, tendo em vista a ampla devolutividade do recurso*" (fl. 187) [...] *"os acórdãos que fundamentam o decisum recorrido não devem ser considerados precedentes judiciais, nem se basearam em súmula, súmula vinculante, jurisprudência consolidada, tampouco se trata de recursos repetitivos, muito menos adotaram orientação do respectivo plenário ou órgão especial* (fl.191). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 222/228).

É o relatório.

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 - PA (2015/0175938-0)

VOTO**O EXMO. SR . MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):**

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 174/178):

Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado em face de acórdão que contou com a seguinte ementa (fls. 92/99):

MANDADO DE SEGURANÇA - CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - IMPROCEDÊNCIA - PESSOA JURÍDICA QUE PODE SER PROCESSADA POR CRIME AMBIENTAL INDEPENDENTE DOS SEUS DIRETORES OU ADMINISTRADORES FIGURAREM NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL - SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME.

1. **INOBSERVÂNCIA DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO.** O ordenamento jurídico brasileiro não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental à acusação conjunta dos seus sócios ou administradores. Em outros termos, o §3º do art. 225 da Constituição Federal não consagra a teoria da

dupla imputação, não havendo, pois, nesses autos, qualquer ofensa ao direito líquido certo ao devido processo legal, alegado pela impetrante. Precedente do STF. 2. Segurança conhecida e denegada. Decisão unânime.

Com a impetração busca-se o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o consequente trancamento da ação penal, com base na teoria da dupla imputação. Assevera que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no caput do art. 3º da Lei 8605/98: 8: (i) "decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu Órgão colegiado e (ii) o "Interesse ou benefício da sua entidade"... devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade.

A recorrente foi denunciada pelo crime descrito no art. 54, §2º, V, Lei 9.605/98.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do recurso (fls. 154/157).

Na origem, a ação penal 0005595-38.2013.8.14.0008 está em fase instrutória, conforme informações processuais eletrônicas disponíveis em 7/7/2016.

É o relatório.

DECIDO.

A extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia, situa-se no campo da excepcionalidade. Somente é cabível o trancamento da ação penal quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

Com a impetração busca-se o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o consequente trancamento da ação penal, com base na teoria da dupla imputação.

O acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 96/99):

Alega a impetrante que o impetrado, quando deixou de receber a denúncia contra os seus dirigentes e administradores, não observou a teoria da dupla imputação, que determina que as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente de forma isolada de uma pessoa humana, violando-se, dessa forma, o seu direito líquido e certo ao devido processo legal.

Disciplinando a matéria, dispõe o §3º do art. 225 da Constituição Federal:

§ 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.

Como se vê, em nenhum momento, a Constituição Federal exige, como condição de procedibilidade para a propositura de ações penais contra pessoas jurídicas, a acusação conjunta dos seus sócios ou administradores, cuja responsabilidade pode ser apurada em processo autônomo.

[...]

Portanto, não há que se afirmar que a denúncia é inepta nem houve qualquer violação ao devido processo legal.

Ante o exposto, não vislumbro direito e líquido e certo pelo que denego a segurança impetrada, nos termos da fundamentação.

Registra-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, §

3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa.

O novel entendimento da Suprema Corte foi encampado pelo Superior Tribunal de Justiça conforme se verifica dos seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa.

2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica.

3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que **a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato.**

4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente.

5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO EM RELAÇÃO À PESSOA FÍSICA. PACIENTE BENEFICIADO COM PROVIMENTO DE OUTRO RECURSO EM HABEAS CORPUS (RHC 43.354/PA). ANÁLISE DA QUESTÃO EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENTENDIMENTO, ADEMAIS, DE QUE A VIA DO HABEAS CORPUS É INADEQUADA PARA A ANÁLISE DA PRETENSÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À LIBERDADE AMBULATORIAL. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA DUPLA IMPUTAÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. INVIABILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME EM BENEFÍCIO DO ENTE MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. Evidenciado que o paciente (pessoa física) foi beneficiado com o provimento do RHC n. 43.354/PA, no qual se reconheceu a inépcia da denúncia em relação a ele, trancando-se, por consequência, a ação penal que lhe imputara a prática de crime contra a administração ambiental, o pleito de trancamento da ação penal se encontra prejudicado no tocante a ele.

3. Verificado que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a inépcia da denúncia em relação à pessoa jurídica, o conhecimento originário do tema por este Superior Tribunal configuraria indevida supressão de instância.

4. Por não configurar ofensa à liberdade de locomoção, deve ser mantido o entendimento do Tribunal de origem, de que a via do habeas corpus é inadequada para pleitear o trancamento da ação penal em relação à pessoa jurídica.

5. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação. Assim, sendo viável a separação dos entes, o habeas corpus se restringiria, em princípio, apenas à pessoa física.

6. Para chegar à conclusão de que o delito ambiental não foi praticado no interesse ou em benefício do ente moral (art. 3º da Lei n. 9.605/1998), seria necessário analisar fatos e provas, o que é inadmissível na via eleita.

7. Recurso não conhecido.

(RHC 48.172/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015)

Assim, não há que se falar em inépcia da denúncia pelo fato de a pessoa jurídica figurar isoladamente no rol da peça acusatória, com base na jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera também a recorrente que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no caput do art. 3º da Lei 8605/98: 8: (i) "decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu Órgão colegiado e (ii) o "Interesse ou benefício da sua entidade"... devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade.

Do acórdão recorrido, percebe-se que as referidas teses não foram expressamente analisadas, razão pela qual não podem ser examinadas nesta Corte para evitar indevida supressão de instância.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos da Súmula 568/STJ.

Publique-se.

Intimem-se.

Conforme já assinalado na decisão agravada, o que pretende a agravante é o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o consequente trancamento da ação penal, com base na teoria da dupla imputação.

Assevera que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no caput do art. 3º da Lei 8.605/98: 8: (i) "decisão de seu representante legal ou

contratual, ou de seu Órgão colegiado e (ii) o "Interesse ou benefício da sua entidade"... devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade. Entretanto, conforme assinalado na decisão recorrida, a jurisprudência da Corte afiliou-se à nova interpretação conferida pelo STF no sentido de que *nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação.*

Outrossim, quanto à alegação de ausência de supressão de instância, verifica-se que o acórdão recorrido efetivamente não enfrentou as demais teses sustentadas no presente recurso, razão que implica em seu não conhecimento nos termos da jurisprudência da Corte, veja-se: RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 15/4/2016; RMS 30.856/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016; RMS 31.099/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 2/2/2016.

Diante desses elementos, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, uma vez que a recorrente não apresentou argumentos aptos a desconsiderar as premissas fáticas e jurídicas nela assentadas.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEXTA TURMA

AgRg no

Número Registro: 20150175938-0

RMS 48.851/PA

Números	Origem:	00010559720158140000	0005595-
38.2013.814.0008	00055953820138140008	10559720158140000	1647882013814
0008	20150034364784	55953820138140008	

MATÉRIA CRIMINAL

PAUTA: 2002/2018

JULGADO: 2002/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.
ADVOGADO : MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.
ADVOGADO : MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.