

**CAMILA RODRIGUES FORIGO**

**Programas de *criminal compliance*: alteração do paradigma de controle e vigilância para o de reforço valorativo e critérios para a aplicação de sanções penais**

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

**CAMILA RODRIGUES FORIGO**

**Programas de *criminal compliance*: alteração do paradigma de controle e vigilância para o de reforço valorativo e critérios para a aplicação de sanções penais**

Versão corrigida

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Professora Associada Dra. Helena Regina Lobo da Costa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2023

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Forigo, Camila Rodrigues

Programas de criminal compliance: alteração do paradigma de controle e vigilância para o de reforço valorativo e critérios para a aplicação de sanções penais ; Camila Rodrigues Forigo ; orientadora Helena Regina Lobo da Costa -- São Paulo, 2023.

178 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Criminal compliance. 2. Controle e vigilância. 3. Paradigma valorativo. 4. Direito penal. 5. Dosimetria da pena. I. Costa, Helena Regina Lobo da, orient. II. Título.

---

Nome: FORIGO, Camila Rodrigues

Título: **Programas de *criminal compliance***: alteração do paradigma de controle e vigilância para o de reforço valorativo e critérios para a aplicação de sanções penais

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**Banca examinadora**

Orientação: Professora Dra. Associada Helena Regina Lobo da Costa

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

À memória dos meus avôs, Gildo e Leonildo, que, além de serem provas de que a ciência salva, mostraram que a vida só vale a pena ser vivida se for com esperança, amor e alegria. Que falta vocês fazem.

## AGRADECIMENTOS

Costuma-se falar que o doutorado é um processo solitário e, embora não se possa negar que a escrita é realmente um momento de introspecção, o percurso transcorrido do processo seletivo até a finalização da tese é absolutamente coletivo. Ainda que a leitura, o estudo e as horas em frente ao computador tenham sido de muito isolamento, as pessoas que tenho ao meu redor foram fundamentais e por isso eu posso dizer que este trabalho é fruto de muitas e muitas mãos.

A primeira mão que esteve comigo foi a da minha orientadora, Helena Lobo, que me guiou no caminho do conhecimento mais profundo e crítico do direito penal. Sua orientação sempre atenta, detalhista e preocupada possibilitou meu desenvolvimento e a jornada que tracei durante esses 3 anos e meio. Serei sempre grata pela sua disponibilidade e pelo vínculo construído. Além disso, é uma fonte de inspiração não só na academia, mas também como advogada e como mulher.

Meus pais, Marlus e Eliane, que são eterna fonte de cuidado, atenção, inspiração, motivação e, principalmente, do melhor colo. Tantas dificuldades e adversidades não foram capazes de diminuir o brilho que vocês têm e compartilham. Sou o que sou por vocês. Melhor: sou vocês. Obrigada por sempre me incentivarem, mesmo com medo das minhas escolhas, por me darem a segurança de que posso me aventurar, pois sempre terei para onde voltar. Minha irmã Carolina sempre foi a alegria da casa e não poderia ser diferente durante todas as dificuldades enfrentadas durante o doutorado. Se não fosse por você, meu mundo não seria tão colorido e eu não acreditaria tanto em mim. Você é luz. Obrigada aos 3 por cuidarem da Panqueca durante minha estadia na Alemanha.

Minha mãe Marli também foi uma peça importante durante a pesquisa, pois mesmo não entendendo todas as minhas decisões, nunca deixou de me apoiar e de torcer por mim, além de também ter cuidado de todas as minhas plantinhas enquanto eu viajava. Meus irmãos Allan e Eduardo, exemplos de perseverança, de resiliência e capazes de me mostrar que aquilo que não faz bem não pode ter espaço na nossa vida e que o mundo está sempre aberto para quem tem coragem.

Ao Professor Luis Greco também sou imensamente grata por ter me recebido na Humboldt-Universität zu Berlin, pela disponibilidade em me ouvir e conversar sobre a pesquisa e por ter possibilitado que aquela Universidade fosse minha casa durante sete meses. A estrutura proporcionada pelo Professor Luis é extremamente acolhedora e de muito diálogo, seja por meio da biblioteca colocada à nossa disposição e dos seminários ou por meio dos jantares e confraternizações.

À equipe do CEDPAL, na Georg-August-Universität, na pessoa do Professor Kai Ambos, igualmente agradeço pela recepção e por terem me auxiliado nas buscas em uma das mais importantes bibliotecas para quem estuda direito penal latino-americano na Europa.

Meu período na Alemanha não teria sido tão proveitoso e prazeroso se não tivesse a presença de brilhantes acadêmicos que se tornaram amigos(as) valiosos(as): Alaor Leite, Janice Santin, Bárbara de Souza Lima, Guilherme de Toledo Góes, Pedro Pouchain, Paula Brenner, Izabele Kasecker, Erdi Yetkin, Ge Jin, Poppy Mitrosahaaren e Tamar Tsanova. Espero vê-los logo. Vielen Dank.

A equipe do Muniz Advogados também faz parte do coletivo que possibilitou esta tese, não só pela torcida irrestrita, mas pelo suporte, apoio material e por representar papel fundamental no meu crescimento profissional e pessoal durante esses quase dez anos de trabalho. Rodrigo e Fernando Muniz merecem um agradecimento especial por sempre incentivarem o estudo e a evolução e por nunca terem me limitado. Rodrigo ainda me ensina, dia a dia, como enfrentar as dificuldades na advocacia criminal, compartilhando tantos momentos de dificuldades, vitórias e alegrias. Meu período na Alemanha também não seria possível sem o suporte da Karla Vicenzi, Juliana Maida, Helena Buchmann, Marlene Joris, Edicleia Baran, Andressa Melo e da minha grande amiga Amália Baki, que é também uma grande parceira e foi meu refúgio em muitos momentos durante o último semestre de elaboração da tese.

Não posso deixar de registrar o coletivo feminino que me circunda, me fortalece e que, na nossa imensa troca de vivências, me mostra que a amizade é uma das melhores riquezas que temos: Paloma Alves, Gilliane Pombo, Mariana Ratto, Julia Latuf, Karla Trevizani, Nicole Trauczynski, Nicole Albuquerque, Juliana Armstrong, Carolina Raboni, Milly Yukawa, Camila Pereira, Isabela Maeda, Inara Pinheiro, Etienne Gomes, Cris Bühler, Mariana Lopes, Luíza Terra e Marjorie Ferreira. Nesse grupo de mulheres não poderia faltar minha vó Thereza, que com suas orações e seus abraços calorosos me fortaleceu muito em períodos difíceis.

Agradeço, por fim, a todos os funcionários da USP que trabalham com afinco para que os estudantes possam ter o maior conforto para desenvolver seus estudos, em especial à Maria dos Remédios, Bibliotecária da USP, pela preciosa ajuda e gentileza durante a formatação dos trabalhos ao longo desses anos, principalmente com a formatação da tese.

## RESUMO

FORIGO, Camila Rodrigues. **Programas de *criminal compliance***: alteração do paradigma de controle e vigilância para o de reforço valorativo e critérios para a aplicação de sanções penais. 2023. Tese (Doutorado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

A crescente relevância conferida aos programas de *criminal compliance* traz duas consequências relevantes do ponto de vista político-criminal: a modificação das hipóteses de responsabilização penal das pessoas físicas e a capacidade de afastar ou reduzir as penas das pessoas jurídicas. Diante da verificação desse cenário contraditório, o trabalho buscou compreender quais são as finalidades dos programas de *criminal compliance*, os paradigmas que os orientam e, principalmente, qual é a vinculação com o direito penal para, ao final, apresentar uma proposta de reorientação dessas estruturas para que possam cumprir as finalidades próprias desse mecanismo de controle, sem que se exija o deslocamento do direito penal para momento prévio à realização do ilícito. Para o desenvolvimento da tese, optou-se pela sua divisão em três capítulos. O primeiro capítulo volta-se para a abordagem da atual formação dos programas de *criminal compliance*, que assume uma padronização considerada adequada e dificulta a análise acerca da idoneidade dessas estruturas. Pretendendo compreender como as estruturas podem ser manipuladas, o trabalho analisou casos criminais relacionados a empresas que eram auditadas regularmente e/ou possuíam programas de *compliance* sendo, na sequência, identificados os interesses na manutenção dessas estruturas de fachada. O final desse capítulo formulou um diagnóstico inicial acerca da finalidade criminal assumida pelos programas de *criminal compliance*. O segundo capítulo, por sua vez, expôs a evolução da política criminal relacionada ao desenvolvimento do direito penal econômico para contextualizar a relevância das tarefas assumidas pelo *criminal compliance*, sendo ainda discriminados os efeitos criminais no que toca à responsabilização das pessoas físicas e jurídicas trazidas pelos programas de *compliance*. Por fim, o terceiro e último capítulo busca aprofundar e submeter à validação o diagnóstico formulado no primeiro capítulo, discorrendo sobre as finalidades da pena para estabelecer qual é o papel adequado do *criminal compliance* em um Estado Democrático de Direito, no qual o direito penal atua apenas como última esfera de controle social. A definição desse papel justifica a apresentação de propostas para que o *criminal compliance* se insira na sociedade como um mecanismo de controle informal, sendo que, para fins de aplicação da pena criminal, os programas sejam considerados na dosimetria da pena-base a ser imposta aos indivíduos ou às pessoas jurídicas.

Palavras-chave: *Criminal compliance*. Controle e vigilância. Paradigma valorativo. Direito penal. Dosimetria da pena.

## ABSTRACT

FORIGO, Camila Rodrigues. **Criminal compliance programs**: change from the paradigm of control and vigilance to that of valuation reinforcement and criteria for the application of criminal sanctions. 2023. Thesis (Doctor of Criminal Law, Forensic Medicine and Criminology). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The growing relevance given to criminal compliance programs has two relevant consequences from the political-criminal point of view: the modification of the chances of criminal liability of individuals and the ability to remove or reduce the penalties of legal entities. In view of the verification of this contradictory scenario, the work sought to understand what are the purposes of criminal compliance programs, the paradigms that guide them and, mainly, what is the link with criminal law to, in the end, present a proposal for reorientation of these structures so that they can fulfill the proper purposes of this control mechanism, without requiring the displacement of criminal law to a moment prior to the realization of the unlawful act. For the development of the thesis, it was decided to divide it into three chapters. The first chapter addresses the current formation of criminal compliance programs, which assumes a standardization considered appropriate and makes it difficult to analyze the trustworthiness of these structures. In order to understand how structures can be manipulated, the work analyzed criminal cases related to companies that were regularly audited and/or had compliance programs and then identified the interests in maintaining these front structures. The end of this chapter developed an initial diagnosis about the criminal purpose of criminal compliance programs. The second chapter, in turn, exposed the evolution of criminal policy related to the development of economic criminal law to contextualize the relevance of the tasks assumed by criminal compliance, and also discriminated the criminal effects regarding the accountability of individuals and legal entities brought by compliance programs. Finally, the third and last chapter seeks to further develop and submit for validation the diagnosis developed in the first chapter, discussing the purposes of the penalty to establish what is the appropriate role of criminal compliance in a Democratic Rule of Law, in which criminal law acts only as the last sphere of social control. The definition of this role justifies the presentation of proposals for criminal compliance to be inserted into society as an informal control mechanism, with the programs being considered in the dosimetry of the base penalty to be imposed on individuals or legal entities for the purposes of applying the criminal penalty.

Keywords: Criminal compliance. Control and vigilance. Valuation paradigm. Criminal law. Dosimetry of the penalty.

## ZUSAMMENFASSUNG

FORIGO, Camila Rodrigues. *Criminal-Compliance-Programme*: Die Änderung vom Paradigma der Kontrolle und Überwachung hin zur Verstärkung von Wertvorstellung und Kriterien für die Anwendung von Strafsanktionen. 2023. Dissertation (Promotion in Strafrecht, Gerichtsmedizin und Kriminologie). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Die wachsende Bedeutung von Criminal-Compliance-Programme bringt zwei relevante Konsequenzen aus politisch-krimineller Sicht: Die Änderung der Hypothesen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit natürlicher Personen und die Möglichkeit, die Strafen juristischer Personen zu entfernen oder zu mildern. Angesichts dieses widersprüchlichen Szenarios, Ziel der Arbeit war es, die Zwecke von *Criminal-Compliance-Programme* zu verstehen, die Paradigmen, die sie leiten, und vor allem die Verbindung zum Strafrecht, um letztendlich einen Vorschlag zur Neuausrichtung dieser Strukturen vorzulegen, damit sie die Zwecke dieses Kontrollmechanismus erfüllen können, ohne dass eine Verlagerung des Strafrechts auf einen Zeitpunkt vor der Begehung der Straftat erforderlich wäre. Für die Entwicklung der Arbeit wurde beschlossen, diese in drei Kapitel zu unterteilen. Das erste Kapitel befasst sich mit der aktuellen Ausgestaltung strafrechtlicher Compliance-Programme, die eine als ausreichend erachtete Standardisierung voraussetzt und eine Analyse der Eignung dieser Strukturen erschwert. Um zu verstehen, wie die Strukturen manipuliert werden können, wurde in der Arbeit Kriminalfälle im Zusammenhang mit Unternehmen analysiert, die regelmäßig überprüft wurden und/oder über Compliance-Programme verfügten, und identifizierte in der Folge die Interessen an der Instandhaltung dieser Fassadenstrukturen. Am Ende dieses Kapitels wurde eine erste Diagnose über den kriminellen Zweck formuliert, den die Criminal-Compliance-Programme annehmen. Das zweite Kapitel wiederum beleuchtete die Entwicklung der Kriminalpolitik im Zusammenhang mit der Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts, um die Relevanz der von der Strafverfolgung übernommenen Aufgaben zu kontextualisieren, auch die strafrechtlichen Auswirkungen von Compliance-Programmen auf die Rechenschaftspflicht natürlicher und juristischer Personen werden aufgeschlüsselt. Schließlich versucht das dritte und letzte Kapitel, die im ersten Kapitel formulierte Diagnose zu vertiefen und zur Validierung vorzulegen. Dabei werden die Zwecke der Strafe erörtert, um die richtige Rolle der Strafverfolgung in einem demokratischen Rechtsstaat festzulegen, in dem das Strafrecht nur als letzter Bereich der sozialen Kontrolle wirkt. Die Definition dieser Rolle rechtfertigt die Vorlage von Vorschlägen zur gesellschaftlichen Einführung von Strafverfolgung als informeller Kontrollmechanismus, wobei die Programme für die Anwendung in der Strafe in der Dosimetrie der zu verhängenden Grundstrafe natürlicher oder juristischer Personen berücksichtigt werden.

Schlüsselwörter: *Criminal - compliance*. Kontrolle und Überwachung. Verstärkung von Wertvorstellung Strafrecht. Federdosimetrie.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>2 A ESTRUTURAÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> E OS INTERESSES DOS PROGRAMAS NÃO AUTÊNTICOS.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1 A padronização dos programas de <i>compliance</i> e as falhas nas métricas de avaliação....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.1 <i>Enron, Arthur Andersen e WorldCom</i>.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1.2 <i>Siemens e Odebrecht</i>.....</b>	<b>38</b>
<b>2.2 Os interesses na manutenção de programas não autênticos.....</b>	<b>44</b>
<b>2.3 Diagnóstico inicial do trabalho: função preventiva geral do <i>criminal compliance</i> .....</b>	<b>52</b>
<b>2.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>58</b>
<b>3 OS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> COMO REFLEXO DA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL .....</b>	<b>61</b>
<b>3.1 Diagnóstico do cenário e tomada de posição .....</b>	<b>72</b>
<b>3.2 Vigilância e controle como fonte de orientação dos programas.....</b>	<b>74</b>
<b>3.3 As estruturas de <i>compliance</i> como fator de ampliação do direito penal .....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.1 <i>Reflexos na responsabilização penal da pessoa jurídica</i> .....</b>	<b>86</b>
<b>3.3.2 <i>Reflexos na responsabilização das pessoas físicas</i> .....</b>	<b>101</b>
<b>3.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>107</b>
<b>4 O <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL INFORMAL: REDEFINIÇÃO SOB UMA ORIENTAÇÃO VALORATIVA E FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>111</b>
<b>4.1 As finalidades das sanções penais e a incompatibilidade com as metas do <i>criminal compliance</i> .....</b>	<b>111</b>
<b>4.2 A fixação de um paradigma valorativo .....</b>	<b>132</b>
<b>4.2.1 <i>As normas de compliance</i> .....</b>	<b>135</b>
<b>4.2.2 <i>As sanções de compliance</i>.....</b>	<b>141</b>
<b>4.2.3 <i>O processo de compliance</i>.....</b>	<b>146</b>
<b>4.3 A valoração dos programas na imposição da pena .....</b>	<b>151</b>
<b>4.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>156</b>

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>165</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Observa-se no Brasil, nos últimos quinze anos, especialmente com o julgamento dos processos relacionados ao Mensalão, à Lava Jato e com a promulgação da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal nº 12.846/2013), uma significativa ampliação da discussão de temas relacionados aos programas de criminal compliance: sua importância e necessidade, os mecanismos de avaliação de efetividade/eficácia e, principalmente, a modificação no formato e no grau de responsabilização cível, administrativa e criminal que essas estruturas podem proporcionar, tanto para as pessoas físicas quanto para as pessoas jurídicas.

No aspecto criminal, dois pontos se sobressaem ante a sua aparente contradição: a ampliação na cadeia de responsabilização pela assunção de posições de garantia e a possibilidade de exoneração da responsabilidade criminal pela existência de mecanismos de controle. Se uma hipótese que justifica essa dicotomia é a casuística, na qual se entende que há punição dos responsáveis e absolvição dos inocentes, uma segunda hipótese visualiza que essas estruturas estão possibilitando respostas estatais inadequadas à prevenção e à repressão da criminalidade. A escolha pela primeira hipótese pode levar a conclusões que possibilitem a ampliação de mecanismos de controle, maior vigilância interna nas empresas e externa pelas agências/autoridades estatais e, ao final, busca reforçar a punição para situações de descumprimento da lei. Já a opção pela segunda possibilidade enseja uma abordagem sistêmica sobre as razões que fundamentam a implementação dessas estruturas e o papel que o Estado pode exercer nesse contexto, considerando o cenário político-jurídico em que a discussão está inserida.

No início da elaboração da presente pesquisa, foi feita a escolha pela primeira hipótese, pois se entendia que o ponto de maior complexidade no contexto era a implementação de estruturas de *compliance* de fachada, sem uma verdadeira pretensão de cumprir a legislação ou seguir valores éticos relacionados à responsabilidade social corporativa, ao que o Estado deveria responder com uma punição criminal para essas estruturas cosméticas e seus representantes. Com o aprimoramento do estudo, foi possível constatar que os programas não-autênticos representam apenas uma das problemáticas consequências que o paradigma atual de formatação dos programas de *criminal compliance* ensejam. Assim, mais do que uma resposta punitiva, há necessidade de se refletir sobre as finalidades dos programas, seus paradigmas orientativos e a interrelação com os escopos do direito penal para, ao final, propor um critério de orientação que, se não pode resolver

os problemas atuais da criminalidade, seja honesto com os resultados que pode alcançar, restrinja-se ao seu âmbito de atuação e respeite os preceitos basilares de um Estado Democrático de Direito.

Seguindo essa orientação, a tese é dividida em três eixos de investigação, cada um abordado em um capítulo específico: o primeiro eixo se concentra na análise da estruturação dos programas de *compliance*, nas finalidades pretendidas por essas estruturas e nos interesses pela implementação de programas não autênticos. Nesse capítulo, a ideia de que os programas podem ser estruturados por meio de uma fórmula geral é questionada, principalmente, ante a existência de um conteúdo mínimo a ser observado na constituição dos programas que podem ser caracterizados como marcos regulatórios. A constituição desses marcos propicia que as estruturas sejam manipuladas para que aparentem um estado de conformidade normativa em que crimes são praticados, porém, ao mesmo tempo em que se tornam mais difíceis de detectar, possibilitam a redução ou a exoneração da responsabilidade de determinados agentes (ou da pessoa jurídica) pela própria existência de programas de *compliance* e pela divisão interna de funções.

Buscando explicitar a manipulação das estruturas, a tese aborda dois grupos de casos envolvendo ilícitos financeiros e econômicos de grande repercussão em empresas que possuíam estruturas de conformidade. No primeiro grupo, são analisadas situações envolvendo duas companhias atuantes no mercado de ações norte-americano, a Enron e a WorldCom, que, por meio de manipulações e fraudes contábeis e com o apoio da mesma empresa de auditoria, Arthur Andersen, inflaram artificialmente seus lucros e ocultaram prejuízos. Por sua vez, o segundo grupo de casos tem como centro o histórico da Siemens e da Odebrecht, que possuíam políticas institucionalizadas de corrupção e mecanismos para gerir os pagamentos de suborno e ocultar das autoridades públicas. Na sequência, são apresentados os interesses privados e estatais na implementação e manutenção de programas não autênticos e, ao final do capítulo, apresenta-se a função preventiva geral assumida pelo *criminal compliance* nesse cenário como um diagnóstico inicial de pesquisa.

O segundo eixo de pesquisa tem como foco a análise dos elementos de política criminal que justificam o papel social conferido aos programas de *compliance*, em que são abordados aspectos como a necessidade social de prevenção do delito e da violência, bem como o fortalecimento do sentimento de segurança, mesmo que isso represente um elevado nível de intervencionismo do direito penal e do direito processual penal. Ainda na primeira parte do capítulo, são apresentadas algumas características decorrentes dessa política criminal adotada pelo poder estatal, como as

proibições de colocação em perigo, a tutela penal do risco e a atribuição de responsabilidade orientada pelo resultado. O próximo ponto tratado nesse capítulo diz respeito ao estudo do paradigma de vigilância e controle como fonte de orientação dos programas de *criminal compliance*. Perpassando pelo estudo de alguns criminólogos, busca-se compreender quais os efeitos na estrutura empresarial que a finalidade de cumprir as metas de segurança social pode trazer, em especial, quando se busca afastar possibilidades delitivas por meio de um sistema elaborado para exercer a coerção de forma prévia à realização do próprio ilícito.

O último aspecto abordado no segundo capítulo é a ampliação do direito penal proporcionada pelas estruturas de *criminal compliance*, analisando-se tanto os reflexos na responsabilização penal da pessoa jurídica quanto na pessoa natural. Ressalte-se que, nesse momento, pretende-se fazer uma abordagem despida de tomada de posição, buscando-se uma compreensão dos reflexos penais percebidos não só no Brasil, como também na Espanha, em Portugal, na Itália e nos Estados Unidos.

O terceiro e último capítulo realiza, na primeira metade, um estudo dogmático acerca das finalidades clássicas da pena criminal, isto é, dos critérios de pena retributivo, preventivo geral e preventivo especial, além de abordar também a teoria agnóstica da pena, para buscar compreender qual é o objetivo da responsabilização decorrente da violação dos programas de conformidade e, principalmente, para avaliar se há compatibilidade entre as finalidades da pena com as metas visadas pelo *criminal compliance*, de modo a checar se a hipótese inicial ventilada no primeiro capítulo se confirma.

A segunda metade, por sua vez, apresenta uma proposta de reformulação dos programas de *compliance* sob um paradigma de reforço valorativo como mecanismo de controle social informal, com pouca incidência do direito penal. A proposta justifica-se na compreensão obtida após os estudos realizados nos capítulos antecedentes, segundo a qual a intervenção estatal, regulatória ou punitiva, não apenas é incapaz de reduzir a criminalidade que se desenrola no âmbito empresarial e econômico, mas também produz intromissões invasivas nas esferas individuais, alarga o direito penal, suprime garantias individuais e permite a manipulação das estruturas de *compliance* para satisfazer interesses individuais, o que exige uma nova construção dogmática.

Por fim, busca-se apresentar uma proposta também para definir critérios judiciais para a valoração desses programas na dosimetria da pena quando houver condenação criminal tanto de

peças físicas quanto de peças jurídicas, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilização criminal das peças jurídicas por crimes ambientais.

É de se ressaltar que as propostas apresentadas no âmbito do presente trabalho têm como pretensão manter coerência com as conclusões parciais alcançadas no decorrer da tese, de modo que não se defende a apresentação de um modelo ideal de *compliance* sob o paradigma proposto, mas são elencados alguns fatores considerados relevantes e, principalmente, traçados limites negativos acerca do âmbito de atuação dos programas de *compliance* para que seja possível aprimorar a legitimidade dessas estruturas, sem que se recorra à ameaça de sanção penal.

## 2 A ESTRUTURAÇÃO DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E OS INTERESSES DOS PROGRAMAS NÃO AUTÊNTICOS

Na busca por uma definição do conceito de *compliance*, facilmente se encontram afirmações de que representa um mecanismo estruturado para se alcançar a fidelidade ao direito,<sup>1</sup> trata-se de uma prática empresarial destinada a implementar padrões internos de cumprimento da legislação, *standards* e diretivas empresariais<sup>2</sup> ou, ainda, decorre da obrigação de a empresa ser socialmente responsável, criar mecanismos de boa governança ou de reforço da ética empresarial,<sup>3</sup> com a pretensão de reduzir os riscos e os potenciais perigos advindos da estrutura empresarial a um patamar exigível e suportável.<sup>4</sup> Nieto Martín explica que a definição de *compliance* como cumprimento normativo representa o evidente: “atuar conforme à legalidade, entendendo-se legalidade em um sentido amplo, que abarcaria o cumprimento de obrigações procedentes da lei (civil, penal, administrativa, trabalhista, do mercado de valores etc.), mas também as diretrizes internas da empresa e, em especial, seu código de ética”.<sup>5</sup>

Como mecanismos de gestão, os programas não só buscam prevenir comportamentos infratores, mas, também, na hipótese de sua ocorrência, estabelecer mecanismos e procedimentos que permitam a detecção e a repressão dos atos ilícitos.<sup>6</sup> Alguns autores, como Bock,<sup>7</sup> Rotsch,<sup>8</sup> Nieto Martín,<sup>9</sup> Silveira e Saad-Diniz<sup>10</sup> acrescentam aos objetivos do *compliance* a pretensão de evitar os riscos de responsabilidade penal.

<sup>1</sup> BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (ed.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 107.

<sup>2</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 65.

<sup>3</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 123.

<sup>4</sup> BOCK, Dennis. Compliance y deberes..., p. 112.

<sup>5</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 29.

<sup>6</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 30.

<sup>7</sup> BOCK, Dennis. Compliance y deberes..., p. 107.

<sup>8</sup> ROTSCHE, Thomas. Criminal Compliance. **Revista para el análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 1/2012, jan. 2012. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/%20260786/347968>. Acesso em: 10 nov. 2015. p. 5.

<sup>9</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 30-31.

<sup>10</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal...**, p. 115.

Todos esses conceitos são adequados e correspondem às pretensões anunciadas das estruturas de *compliance*. Contudo, o ponto duvidoso sobre o qual se pretende discorrer é se, para além dos elementos acima indicados, existem outros objetivos que igualmente caracterizam os programas de *compliance*, especialmente sob dois pontos de vista: dos responsáveis pela administração e gestão da empresa e do poder estatal. O percurso para tal compreensão exige que se analise a forma pela qual os programas de *compliance* estão sendo implementados na realidade social atual.

## 2.1 A padronização dos programas de *compliance* e as falhas nas métricas de avaliação

Na estruturação dos programas de *compliance*, há duas esferas a serem observadas:<sup>11</sup> uma esfera objetiva, relativa aos deveres legais daqueles entes e pessoas físicas obrigadas e na qual inexistente discricionariedade no desenvolvimento dos programas e no cumprimento das obrigações; e uma esfera subjetiva, correspondente aos regulamentos internos e aos procedimentos elaborados pelas pessoas físicas ou jurídicas, dentro da margem de atuação permitida.

Essa parte objetiva, que impõe às empresas e a seus órgãos o desenvolvimento de programas em conformidade com o direito vigente, corresponde ao que Bacigalupo denomina de *corporate compliance*, cujo conteúdo, além de dever observar os ditames legais, exige a instalação de um departamento de controle e vigilância na empresa.<sup>12</sup> De acordo com o autor, há necessidade de analisar os riscos jurídicos, o compromisso da alta administração de combater irregularidades, a nomeação de um responsável para o setor de conformidade, a realização de cursos e circulares para disseminação do programa na empresa, a documentação de medidas adotadas e a sistematização de informações relacionadas às irregularidades detectadas.<sup>13</sup>

Dentro desse campo e cumpridas as obrigações legais, com a interação entre a regulação interna e o sistema estatal preventivo,<sup>14</sup> o programa será desenvolvido com determinado espaço de

---

<sup>11</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 80.

<sup>12</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Cizur Menor: Arazandi; Thomson Reuters, 2011. p. 90.

<sup>13</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**..., p. 90.

<sup>14</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 76.

liberdade institucional, no contexto negocial da empresa, considerando sua dimensão, riscos e desafios e atendendo às suas concretas circunstâncias.

Muito embora seja recorrente a afirmação de que inexistente um modelo de programa de *compliance* aplicável indistintamente a toda e qualquer empresa (e, de fato, não há), criou-se um padrão de conteúdo mínimo a ser observado na constituição desses programas, o qual, embora variável em tamanho e intensidade, acabou por levar à elaboração de um rol de requisitos indispensáveis<sup>15</sup> a quaisquer programas de *compliance*. Tais requisitos são continuamente listados da seguinte forma: a elaboração de políticas, controles e procedimentos; o compromisso e o envolvimento da alta administração; a delimitação dos âmbitos de competência; a criação e a divulgação de um código de ética e de conduta; o mapeamento e a análise de riscos; a realização de diligências prévias (*due diligence*); a seleção, a instrução e o treinamento dos empregados; a revisão e o aprimoramento contínuo do próprio programa; a implantação de um canal de denúncias; a independência do programa e a alocação de recursos; a criação de sistema de investigações e a análise de condutas suspeitas; a instalação de medidas internas de monitoramento e de sanção de abusos e infrações; e, por fim, o controle e a respectiva avaliação interna e externa do programa.

A problemática trazida com essas exigências consideradas essenciais é o surgimento de uma “preocupação retórica no mercado em relação ao modelo básico aplicável a todas as situações”,<sup>16</sup> que possibilitou uma propagação de regras de *compliance* como marcos

---

<sup>15</sup> É comum encontrar na doutrina a existência de um rol de requisitos para a elaboração de um programa de *compliance*. Esses requisitos listados contêm elementos que variam entre os autores, especialmente se forem levados em consideração os crimes que estão dentro da análise de riscos de determinadas empresas. Os requisitos acima listados foram sintetizados pela autora em estudo anterior, após a compreensão das diferentes abordagens trazidas por autores que já trataram do tema e pela análise de diversas normativas relacionadas ao *compliance*, especialmente a *FCPA*, a Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.420/2013. Cf. FORIGO, Camila Rodrigues. **A figura do Compliance Officer no direito brasileiro – funções e responsabilização penal**. Rio de Janeiro: Luminária Acadêmica/Multifoco, 2017. p. 96-114. Confirmam-se também os elementos elencados pelos seguintes autores: GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas**: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 77-85; BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal...**, p. 97; SIEBER, Ulrich. **Programas de Compliance...**, p. 75; DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico**. Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 447-456. A título de exemplo, vale citar que Badaró e Bottini especificam quais são os requisitos que os programas de *compliance* destinados à prevenção de dinheiro devem conter (BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683.2021**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 56-70), acrescentando elementos como precaução com novos produtos, especial cuidado com pessoas politicamente expostas, informações sobre os beneficiários finais e o dever de comunicação às autoridades de operações suspeitas. Os programas voltados à prevenção à lavagem de dinheiro também foram objeto de estudo da autora em: FORIGO, Camila Rodrigues. **As atribuições e a responsabilização penal do Compliance Officer na prevenção ao crime de Lavagem de dinheiro**. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, n. 5, p. 41-70, jan/mar. 2021. p. 50-56.

<sup>16</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e Compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 165.

regulatórios.<sup>17</sup> Essa situação é denominada por Saad-Diniz de “kit de *compliance one size fits all*”,<sup>18</sup> já que possibilita uma aparente customização dos programas a cada empresa. Nieto Martín compara essa concepção do “kit *compliance*” ao conceito do “modelo *check list*”, que o autor apresenta como uma das métricas utilizadas para a avaliação dos programas:

[...] o método mais usual para estabelecer a eficácia dos programas de cumprimento é o que nos propõe um *check list* no momento de valorar a eficácia dos programas de cumprimento. [...] Para tanto, constroem-se por meio de uma série de critérios gerais, que depois se subdividem em subcritérios. Em cada um destes parágrafos se formulam uma série de perguntas que respondem a um modelo de cumprimento ideal, comum para qualquer empresa, que, além disso, nem sempre se explicita completamente. Muitas destas perguntas se baseiam em parâmetros quantitativos – quantas horas de formação, quantas denúncias recebeu seu canal – pelo que dão a entender que a partir da reiteração de uma determinada conduta ou controle é alcançado o ideal requerido pelo modelo.<sup>19</sup>

Com isso, tem-se que as empresas usualmente seguem uma listagem na hora de implantar os programas, buscando atender a tais requisitos ditos essenciais. Essa situação propicia, conseqüentemente, a existência de programas de *compliance* padronizados e apegados a métricas quantitativas que impõem determinadas horas de formação, específicos treinamentos e divulgações de detalhados materiais educativos, sem que necessariamente exista um mecanismo de avaliação da qualidade e idoneidade de tais estruturas.<sup>20</sup> Nem sempre essa forma de organização significa a implementação de um programa verdadeiramente idôneo e comprometido com as finalidades anunciadas, já que corresponde, nas palavras de Nieto Martín, a um modelo de *compliance* legalista, pouco inovador e que dispensa esforços para que cada organização desenvolva uma solução adequada.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal...**, p. 249. Os códigos de ética e de conduta, nesse cenário, como normas internas da empresa que se integram aos programas de cumprimento, são um exemplo do marco regulatório citado pelos autores, justamente porque delimitam o parâmetro das condutas proibidas e das normas de comportamento dentro da empresa, além de levarem à criação de novos cargos e de cargos profissionais, cf. NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo...*, p. 24-27.

<sup>18</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e Compliance...**, p. 165. Tradução nossa: kit de *compliance* “que serve a todos”.

<sup>19</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento? *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Legitimidade e efetividade dos programas de Compliance**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 10.

<sup>20</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III - Fundamento e estrutura dos programas de Compliance. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 132.

<sup>21</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade..., p. 12-13.

Para compreender a origem dessa padronização, podemos analisar alguns aspectos, como as indicações dos conteúdos dos programas de *compliance* trazidas em lei ou pelos órgãos estatais no marco da autorregulação.<sup>22</sup>

Na realidade brasileira, os parâmetros para avaliação dos programas de integridade estão previstos no art. 57 do Decreto nº 11.129/2022 e consistem, basicamente, no comprometimento da alta direção, padrões de conduta, análises recorrentes de riscos, treinamentos periódicos, registros contábeis, canais de denúncia de irregularidades, medidas disciplinares e procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades, diligências apropriadas para contratação e supervisão de terceiros, fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários e associados, monitoramento contínuo do programa, entre outros. O dispositivo também estabelece que a quantidade de funcionários e colaboradores, estrutura de governança corporativa, a complexidade da hierarquia interna, a quantidade de departamentos, a utilização de intermediários, o setor e o mercado em que a empresa atua, o grau de interação com o poder público, a quantidade e a localização das empresas integrantes do grupo econômico e a qualificação da empresa serão considerados na avaliação dos parâmetros.

A Lei nº 13.303/2016, referente às empresas públicas e às sociedades de economia mista, estabelece requisitos mínimos de transparência a serem adotados por empresas públicas e por sociedades de economia mista, tais como a elaboração de carta anual com a explicitação dos compromissos de políticas públicas para atender a interesses coletivos ou imperativos de segurança nacional, a elaboração de políticas de divulgação de informações e a respectiva demonstração, a divulgação de demonstrações financeiras, a criação de políticas de transações com partes relacionadas, a divulgação anual de carta de governança corporativa, bem como de relatório integrado ou de sustentabilidade.

A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, com as alterações da Lei nº 12.683/2012), ao estabelecer os deveres das entidades obrigadas, impõe a obrigação de identificar clientes e manter os registros atualizados, a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis ao seu tamanho e a manutenção de cadastro no Conselho de Atividades Financeiras (COAF). As estruturas dessas entidades são reguladas pela Circular nº 3.978 do Bacen,<sup>23</sup> que prevê

---

<sup>22</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III - Fundamento e estrutura..., p. 133. Segundo o autor: “Esse tipo de ações coletivas, que se estão produzindo sobretudo na prevenção da corrupção, está contribuindo notavelmente ao processo de padronização das normas de *compliance*”.

<sup>23</sup> FORIGO, Camila Rodrigues. As atribuições e a responsabilização penal..., p. 54-56.

critérios de governança para prevenção da lavagem e do financiamento de terrorismo, como a avaliação interna de risco, além de procedimentos destinados a conhecer e qualificar o cliente, o beneficiário final e a pessoa politicamente exposta, a registrar as operações realizadas e os produtos e serviços contratados. A Circular também impõe a implementação de procedimentos de monitoramento, seleção e análise de operações e situações suspeitas, além de determinar regras para efetuar a comunicação ao COAF.<sup>24</sup>

No âmbito da administração pública estadual, pode-se citar a Lei nº 19.857/2019, do Estado do Paraná, que instituiu a implementação de programas de integridade e *compliance* nos órgãos e entidades do poder executivo. A referida lei prevê onze fases de implementação do programa, sendo elas: identificação e classificação dos riscos; estruturação do Plano de Integridade; definição dos requisitos, como medidas de mitigação dos riscos identificados; elaboração de matriz de responsabilidade; desenho dos processos e procedimentos de Controle Interno, geração de evidências e respectiva implementação desses processos e procedimentos; elaboração de Código de Ética e Conduta; comunicação e treinamento; estruturação e implementação do Canal de Denúncias; realização de auditoria e monitoramento; ajustes e retestes e, por fim, aprimoramento e monitoramento do funcionamento do Programa.

Pode ainda ser incluído nesse setor o “Manual prático de avaliação de programas de integridade em PAR”, elaborado pelo Ministério da Transparência e pela Controladoria-Geral da União para auxiliar os servidores do Poder Executivo Federal a avaliarem os programas de conformidade e calcularem a multa a ser imposta no âmbito dos Procedimentos Administrativos de Responsabilização.<sup>25</sup> Por meio do Manual, a CGU apresenta uma série de perguntas a serem respondidas para avaliar as estruturas internas de controle da empresa, além da indicação de quais documentos são aptos a comprovar determinado item avaliado. As avaliações são realizadas por meio de blocos, de modo que, em cada bloco, há itens a serem avaliados. Para se compreender melhor, transcreve-se o primeiro item de avaliação do primeiro bloco, correspondente à “Cultura Organizacional de Integridade – COI”:<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> O COAF regula também a estruturação de programas de controle interno relacionada a outras atividades além da bancária, como administradoras de cartões de credenciamento ou de crédito (Res. 06/1996), operadores de valores mobiliários (Res. 07/1999), de transferência de numerários (Res. 10/2001), entre outros. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro...**, p. 54-57.

<sup>25</sup> MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR**, Brasília, set. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/manual-pratico-integridade-par-pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>26</sup> MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual...**, p. 33-34.

1º Item avaliado: Estrutura organizacional da PJ e sua relação com o Programa de Integridade

Perguntas:

- 1.1. a PJ possui uma estrutura organizacional formalizada, isto é: prevista em estatuto, contrato social, regimento interno ou outro normativo?
- 1.2. a estrutura organizacional está divulgada para o público interno?
- 1.3. a PJ disponibiliza informações sobre sua estrutura organizacional em sua página eletrônica?
- 1.4. a PJ possui em sua estrutura organizacional órgão(s) colegiado(s) para tratar de temas de ética e integridade que contam com a participação de membros da alta direção, como comitês e conselhos de ética?
  - 1.4.1. a forma como ocorre a participação dos membros da alta direção nesse(s) órgão(s) está formalizada?
  - 1.4.2. foram apresentados documentos que comprovam a realização de mais de uma reunião nos últimos doze meses, contados a partir da data de apresentação dos relatórios de perfil e conformidade no PAR?

Ainda que o referido manual se destine à análise dos programas em um momento posterior ao da sua implementação, isto é, na avaliação da efetividade dos programas após a ocorrência de fato lesivo, os elementos trazidos servem de orientação para que as empresas estruturem seus respectivos programas, especialmente considerando que é por meio desse manual que a CGU aplica as sanções previstas na Lei Anticorrupção empresarial.

A CGU também publicou o “Guia de implantação de programa de integridade nas empresas estatais”,<sup>27</sup> que traz como pilares indispensáveis para a estruturação e o aperfeiçoamento dos programas de integridade os seguintes elementos: desenvolvimento do ambiente de gestão do programa de integridade; análise periódica de riscos, estruturação e implantação de políticas e procedimentos do programa de integridade, comunicação e treinamento e, por fim, monitoramento do programa, medidas de remediação e aplicação de penalidades.<sup>28</sup>

Na legislação norte-americana, os elementos a serem considerados pelas autoridades para avaliar um programa de *compliance* como efetivo são apresentados por meio do *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, documento em que o *Department of Justice (DOJ)* indica que os promotores devem determinar se a empresa possuía profissionais suficientes para realizar auditorias, documentar os elementos e os procedimentos, analisar e ponderar acerca da utilização dos esforços de *compliance*. Indica-se como elemento a ser também considerado o

<sup>27</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais:** orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais, Brasília, dez. 2015. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46633>. Acesso em: 23 maio 2015.

<sup>28</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia de implantação...**, p. 13-14.

conhecimento dos funcionários acerca do programa e o convencimento deles sobre o comprometimento da empresa com as diretrizes éticas estabelecidas.<sup>29</sup>

Outro fator que está na origem da padronização dos programas são as recomendações de organismos públicos e privados, como os códigos e normas de organizações privadas que apresentam orientações às empresas associadas ou a um setor da atividade.<sup>30</sup> No Brasil, ressalta-se o “Guia de Boas Práticas de *Compliance*”, elaborado pela Comissão de *Compliance* da Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), com a proposta principal de sugerir bases para a discussão dos programas de conformidade, especialmente para o setor bancário.<sup>31</sup> Além de estabelecer princípios de *compliance* e responsabilidades, bem como políticas de *compliance* que muito se assemelham aos elementos vistos anteriormente, a FEBRABAN apresenta o conceito de “linhas de defesa”:

#### 2.5 Linhas de Defesa

O engajamento de toda a Instituição na atividade de *Compliance*, estabelecendo a adequada segregação de funções e independência das áreas, pode ser alcançado por meio da adoção do modelo de Linhas de Defesa.

Cada uma dessas “linhas” desempenha um papel distinto dentro da estrutura de governança da Instituição, atuando de forma interdependente.

Essa estruturação é aplicável a qualquer Instituição, não importando seu tamanho ou complexidade.<sup>32</sup>

As linhas de defesa sugeridas são: identificação das atividades de negócios e operacionais; atividades de *compliance*; controles internos; gerenciamento de riscos; e auditoria interna. O que merece relevo dessa sugestão é justamente a afirmação de que essa estrutura se aplica indistintamente a todas as instituições, independentemente das suas singularidades, bem representando o preenchimento do *check list*.

---

<sup>29</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). **Temas de anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 172.

<sup>30</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura..., p. 133. Segundo o autor: “Esse tipo de ações coletivas, que se estão produzindo sobretudo na prevenção da corrupção, está contribuindo notavelmente ao processo de padronização das normas de *compliance*”.

<sup>31</sup> FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Guia boas práticas de Compliance**, São Paulo: FEBRABAN, 2018. Disponível em: [https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban\\_manual\\_compliance\\_2018\\_2web.pdf](https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf). Acesso em: 20 maio 2021. p. 5.

<sup>32</sup> FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Guia boas práticas...**, p. 9.

Em abril de 2021, a Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Paraná (OAB/PR) publicou o “Guia prático de programa de integridade para Sociedades de Advogados”,<sup>33</sup> com a indicação de um conjunto das principais características de um programa de *compliance*, extraídos da legislação vigente, a fim de orientar os escritórios de advocacia na implementação de seus programas. Diferentemente da FEBRABAN, a OAB/PR salientou que o guia não consiste em “modelos e soluções prontas e acabadas”,<sup>34</sup> ressaltando a peculiaridade de cada sociedade de advogados e da importância de isso ser considerado no processo de elaboração e implantação de programas de integridade. De todo modo, os pilares trazidos pelo guia seguem a sistemática dos materiais já citados, sendo eles: comprometimento e apoio da alta direção, instância responsável pelo programa de integridade; análise de perfil e riscos; estruturação de regras e instrumentos (aqui são apresentados seis elementos, como padrões de ética e conduta; regras, políticas e procedimentos para a mitigação de riscos no relacionamento com agentes públicos, nos registros contábeis, na contratação de terceiros e em doações); e estratégias de monitoramento contínuo.

Em caráter semelhante, tem-se também o “Manual de Orientação de *Compliance*”, publicado pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA),<sup>35</sup> que apresenta a seguinte aplicabilidade à função de *compliance* nas sociedades de advogados:

- assegurar a existência e observância dos Princípios Éticos e Normas de Conduta;
- assegurar a implementação e observância da legislação, preponderantemente da Lei nº 8.906/1994, demais atos e decisões do Conselho Federal e das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, regulamentação, normatização e procedimentos internos;
- assegurar que todas as exigências dos órgãos e entidades reguladoras, notadamente a OAB, sejam atendidas;
- assegurar a existência de procedimentos associados aos processos;
- assegurar a implementação e funcionalidade de sistema de informações;
- assegurar a implementação e efetividades dos controles internos por meio de monitoramento periódico;
- assegurar a adequada implementação da segregação de funções nas atividades da sociedade;
- participar ativamente do desenvolvimento de políticas internas para prevenção de riscos decorrentes de não conformidade;
- promover a profissionalização da função e auxiliar a criação de mecanismos renovados.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE COMPLIANCE E ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. **Guia prático de programa de integridade para Sociedades de Advogados**. Curitiba: [s. n.], 2021.

<sup>34</sup> COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE COMPLIANCE E ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. **Guia prático de programa...**, p. 7-8.

<sup>35</sup> CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. **Manual de orientação do Compliance aplicado às sociedades de advogados**, São Paulo: [s. n.], 25 jun. 2019. Disponível em: <https://cesa.org.br/manual-de-compliance-aplicado-sociedades-de-advogado/>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>36</sup> CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. **Manual de orientação...**, p. 10.

O fator que está entre as origens da padronização está a certificação dos programas de *compliance*,<sup>37</sup> que corresponde a documentos declaratórios emitidos por terceiros ou, ainda, autocertificações com a finalidade, em regra, de assegurar que a política de gestão de riscos atende ao critério de administração diligente.<sup>38</sup> A obtenção de certidões por profissionais que atuam na área de conformidade pode transmitir ao mercado a mensagem de cumprimento da legislação e às autoridades, a de atendimento ao seu dever legal de controle, além de outros benefícios que serão explorados em tópico próprio deste capítulo.

Entre as certificações, podem ser citadas a ABNT NBR ISSO 37301 que apresenta os termos e definições para um *compliance* efetivo nas organizações, listando dezoito elementos como essenciais a estruturação do programa, como o comprometimento em todos os níveis, definição de papéis e responsabilidade, análise crítica pela direção, o gerenciamento de não conformidades, entre outros<sup>39</sup>; a ABNT NBR ISO 37001, que certifica o sistema de gestão antissuborno,<sup>40</sup> reconhecida por organizações e autoridades internacionais, a Certificação Profissional em *Compliance* Anticorrupção (CPC-A), além de certificados emitidos por instituições como a KPMG<sup>41</sup> e EBANC, responsável pela certificação DSC 10.000 – Diretrizes para o Sistema de *Compliance*.<sup>42</sup> As normas ISO, assim como as demais formas de certificação, estabelecem uma série de pontos por meio dos quais se poderá verificar se os aspectos dos programas de integridade foram cumpridos ou não.<sup>43</sup>

Longe de se pretender criticar as iniciativas apresentadas, deve ser reconhecida a importância de o setor público e as variadas instituições particulares buscarem mecanismos de conformidade à legislação e de prevenção ao crime, especialmente diante do cenário altamente tecnológico e de extrema mobilidade no qual as empresas se situam. No entanto, é indispensável a

---

<sup>37</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura..., p. 133.

<sup>38</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Fundamento e estrutura..., p. 136.

<sup>39</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO 37301:2021**: Sistemas de gestão de compliance – Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, 03 jun. 2021. Disponível em: <https://www.normas.com.br/visualizar/abnt-nbr-nm/13121/nbriso37301-sistemas-de-gestao-de-compliance-requisitos-com-orientacoes-para-uso>. Acesso em: 09 dez. 2023.

<sup>40</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO 37001:2017**: Sistemas de gestão antissuborno – Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>41</sup> KPMG. **Treinamento Executivo**: Certificação em Compliance. Disponível em: <https://materiais.kpmgbrasil.com.br/certificacaocompliance>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>42</sup> EMPRESA BRASILEIRA ACREDITADORA DE NORMA DE *COMPLIANCE* (EBANC). **DSC 10.000**: Diretrizes para o sistema de *compliance*. Disponível em: <https://ebanc.com.br/>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>43</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade ..., p. 11.

reflexão sobre as métricas de *compliance*, bem como a determinação de quais são as medidas idôneas e/ou necessárias para atingir as finalidades relacionadas ao fortalecimento da ética empresarial e de cumprimento da legislação.<sup>44</sup>

Essa forma de avaliação protocolar não analisa qualitativamente os programas, mas apenas quantitativamente, além de fortalecer a concepção de que, mais importante do que a direção da empresa desenvolver iniciativas tendentes a melhorar a sociedade ao seu entorno, é demonstrar documentalmente que há uma quantidade determinada de horas de treinamento mensais explicando a responsabilidade social da empresa.<sup>45</sup>

A padronização, além de difundir a ideia – equivocada – de que o preenchimento dos itens considerados como obrigatórios para um programa de *compliance* assegurará um programa idôneo e efetivo, traz reflexos para o direito. Isso porque, mais do que evitar a prática de crimes em seu interior, programas de *compliance* que atendam aos critérios métricos estabelecidos pelas normativas (legais ou administrativas) podem evitar a responsabilização civil ou penal, pois a análise baseada no método *check list* ou de perguntas e respostas, proporciona uma segurança jurídica objetiva, no sentido de que “se se cumprem com os distintos itens, fica assegurada a ausência de responsabilidade”.<sup>46</sup>

É evidente que pessoas jurídicas comprometidas com o cumprimento da legislação e com uma postura social idônea, poderão cumprir todos os itens indicados acima e possuir uma estrutura de *compliance* que se demonstre efetiva. No entanto, a problemática reside na hipótese de mascaramento de atividades ilegais por meio de programas de *compliance* inidôneos que, apesar de preencherem todos os itens do *check list*, intencionalmente deixam de cumprir a legislação e ocultam as ilicitudes por trás dessa estrutura. Essa proposição encontra subsídio no estudo de Mario Gomes Schapiro e Sarah Marinho acerca dos programas de *compliance* de empresas envolvidas na Lava-Jato, como a Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Norberto Odebrecht, Mendes Junior e a UTC Engenharia, especialmente no âmbito concorrencial. Ao final do estudo, os autores apontam

<sup>44</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III - Fundamento e estrutura..., p. 31.

<sup>45</sup> Como exemplo de tal reflexão, cita-se a forma de comprovação prevista pela CGU para demonstração de que o Código de Ética e Conduta tem aplicabilidade perante terceiros (resposta à pergunta 5.3) e de que foi oferecido treinamento aos terceiros (resposta à pergunta 5.4), respectivamente: “Para comprovação de ciência, podem ser enviadas cópias de contratos em que existam cláusulas contratuais obrigando terceiros a seguirem os padrões éticos da PJ; termos de recebimento assinados por terceiros” e “Exemplos de documentos utilizados para comprovar a realização dos treinamentos: lista de presenças, materiais de estudo, testes aplicados, links de acesso a plataformas de treinamentos on-line, planilhas ou outros instrumentos de controle de frequência e participação”, cf. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia de implantação...**, p. 42.

<sup>46</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade ..., p. 11.

que os programas de *compliance* já eram vigentes à época da prática dos ilícitos, mas não foram capazes de impedir o cometimento de ilícitos, tampouco de detectar e reprimir tais atos,<sup>47</sup> ressaltando que os programas são recorrentemente genéricos ou protocolares.<sup>48</sup>

Diante dos apontamentos acima trazidos, o presente estudo necessita de uma exposição casuística para fundamentar as conclusões apresentadas neste tópico. Para tanto, serão analisados alguns casos envolvendo ilícitos financeiros e econômicos de grande repercussão em empresas que possuíam sistemas de controles internos e estruturas de *compliance*.

Importante esclarecer que os casos serão abordados em dois grupos, com enfoques diversos. No primeiro grupo serão analisados casos de duas empresas atuantes no mercado de ações norte-americano, as quais, por meio de manipulações e fraudes contábeis e com o apoio da mesma empresa de auditoria, inflaram artificialmente seus lucros e ocultaram prejuízos. No segundo grupo, será apresentado o histórico de duas empresas que possuíam políticas institucionalizadas de corrupção e, inclusive, implementaram mecanismos para gerir os pagamentos de suborno e ocultar das autoridades públicas.

### **2.1.1 Enron, Arthur Andersen e WorldCom**

A Enron Corporation foi fundada em julho de 1985 como resultado da fusão das empresas Houston Natural Gas e InterNorth. No início de suas operações, destinava-se a distribuir gás natural nos Estados Unidos, logo após processo de desregulamentação<sup>49</sup> dos dutos de gás no país.<sup>50</sup> De forma inovadora, a Enron iniciou operações de *commodities* de gás natural, por meio das quais adquiria empresas geradoras ou distribuidoras de gás para criar um centro de armazenamento ou

---

<sup>47</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 211, p. 273-299, jul./set. 2016. p. 277-278. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525428/001078748.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 out. 2018.

<sup>48</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial..., p. 287.

<sup>49</sup> Acerca do processo de desregulamentação, Leandro Sarcedo esclarece que se iniciou nos anos 1980 e, aliado ao alto desenvolvimento tecnológico, o crescimento de operações e produtos financeiros rentáveis a curto prazo, possibilitou a concentração do controle e da atividade financeira nos Estados Unidos, facilitando o surgimento de oligopólios. Cf. SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 21.

<sup>50</sup> THOMAS, William. **The Rise and Fall of Enron**: When a company looks to good to be true, it usually is. *Journal of Accountancy*, April 2002. Disponível em: <https://www.journalofaccountancy.com/issues/2002/apr/theriseandfallofenron.html>. Acesso em: 25 mai. 2021.

comercialização de energia.<sup>51</sup> Assim, ao garantir às partes tanto o fornecimento quanto o preço do gás, além de assumir os riscos do negócio, a Enron estabeleceu novo paradigma na indústria de energia, conhecido como energia derivada.<sup>52</sup>

O sucesso dessa iniciativa levou à criação, em 1990, de uma divisão própria denominada Enron Finance Corp. e propiciou a dominação do mercado de gás natural ante o amplo acesso ao produto e aos consumidores, sem margem para concorrência. De acordo com Thomas, “com seu poder de mercado, a Enron podia prever os preços futuros com grande precisão, garantindo assim lucros superiores”.<sup>53</sup> Dados apontam que a Enron, em 10 anos de atuação, detinha 25% do mercado e possuía mais de US\$ 100 bilhões em ativos.<sup>54</sup> Com o crescimento da empresa, foi instituído o “*performance review committee*” (PRC) com o objetivo de elaborar *rankings* entre os funcionários e avaliar continuamente as performances. Esse comitê, conhecido por *360-degree review*, era formalmente baseado em valores da Enron, descritos como *RICE* (*Respect, Integrity, Communication, Excellence*).<sup>55</sup>

A atuação dos empregados, contudo, era avaliada por meio dos lucros produzidos, de modo que aqueles que não atingissem as metas tinham grande probabilidade de ser demitidos. Esse sistema de avaliação, além de gerar uma grande competição interna entre os funcionários, propiciou o surgimento de contratos comerciais com cláusulas cada vez mais restritivas e confidenciais e criou uma cultura interna obscura, em que a competição e o aumento de lucros sobrepesavam acima de qualquer outro valor.

No ano de 1997, a Enron adquiriu a empresa Portland General Electric Corp. e desenvolveu a divisão Enron Capital and Trade Resources, tornando-se a maior compradora e vendedora atacadista de gás natural e eletricidade do país, aumentando sua receita de US\$ 2 bilhões para US\$ 7 bilhões ao ano e ampliando a atuação no mercado para negociar contratos futuros de carvão, papel, aço, água e clima. Dois anos depois, foi criada a Enron Online (EOL), que consistia em um *site* de comércio eletrônico de *commodities*.

---

<sup>51</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley**: um caminho para a informação transparente. 2005. Dissertação (Mestrado profissionalizante em administração) - Programa de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração e Economia, Faculdades IBMEC, Rio de Janeiro, 2005. p. 27. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10055>. Acesso em: 25 maio 2021.

<sup>52</sup> THOMAS, William. **The Rise**...

<sup>53</sup> THOMAS, William. **The Rise**... Tradução nossa. No original: “*With its market power, Enron could predict future prices with great accuracy, thereby guaranteeing superior profits.*”

<sup>54</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley**..., p. 27.

<sup>55</sup> THOMAS, William. **The Rise**...

A EOL, ao disponibilizar informações sobre as compras e vendas de cada negociação e de valores dos produtos em tempo real, transmitia para a comunidade de energia que as transações eram seguras.<sup>56</sup> Com a crescente confiança do mercado, as ações da Enron atingiram, em agosto de 2000, o recorde histórico de US\$ 90,56, e a empresa foi listada como uma das mais admiradas e inovadoras no mundo.

Em 2001, a atuação da empresa passou a ser alvo de investigações, que, ao final, constataram a divulgação de lucros irreais, entre os anos 1999 e 2002, com a finalidade de esconder os prejuízos da companhia perante os investidores e a sociedade<sup>57</sup> e para facilitar o acesso a créditos.<sup>58</sup> Inclusive, a própria empresa admitiu ter inflado os lucros em cerca de US\$ 600 milhões ao longo de 4 anos.

Para maquiagem os dados, foram criadas empresas estruturadas em *Specific Purpose Enterprise* (SPE), compostas por acionistas da Enron e pela própria companhia, que dispensava a consolidação de resultados nas demonstrações contábeis e, assim, possibilitava a realização de transações para proteger os investimentos contra os riscos de mercado, transferir ativos prejudiciais às demonstrações financeiras e ocultar o endividamento mediante empréstimos disfarçados.<sup>59</sup> Entre as operações realizadas pela SPE, menciona-se a transferência de ações quando o preço de investimentos estava baixo, já que a SPE não teria perdas reais, bem como a venda de ativos para a SPE que pudessem prejudicar as demonstrações da Enron e a posterior recompra, após a divulgação das informações contábeis.

A existência de manipulações contábeis e as altas cifras envolvidas, no entanto, não são os únicos pontos que chamam a atenção nesse caso. De acordo com Borgerth, observam-se diversas situações consideradas excepcionais que justificaram o descumprimento do código de ética e a não observância deliberada das instâncias de controle interno. Afirma a autora:

Além das manipulações contábeis, descobriu-se que o código de ética da empresa, embora existente, era constantemente objeto de “exceções” e não-conformidades. Além disto, decisões eram aprovadas sem que tivessem passado por todas as instâncias de controle interno esperadas e nem todas as decisões relevantes eram submetidas à aprovação do Conselho de Administração da Empresa que, conseqüentemente, recebia apenas informações parciais.

---

<sup>56</sup> THOMAS, William. **The Rise...**

<sup>57</sup> SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e Law Enforcement:** propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021. p. 12.

<sup>58</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 28.

<sup>59</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 28-29.

Enfim, a empresa se caracterizou por um infindável número de falhas de revisão e monitoramento por parte do seu Comitê de Auditoria que, teoricamente, deveria estar atento a este tipo de falha. Coincidentemente, alguns dos membros deste Comitê, e o próprio presidente da empresa, venderam mais de US\$ 1,1 bilhão em ações da ENRON no curto período entre o início dos rumores e o estouro do escândalo.<sup>60</sup>

Uma das testemunhas do caso e ex-vice-presidente de *Corporate Development* da Enron, Sherron S. Watkins, relatou que comunicou pessoalmente a Kenneth L. Lay, então *Chief Executive Officer*, as distorções contábeis identificadas e apontou a importância de informar ao público, de forma transparente, sobre os dados contábeis, mas nenhuma providência foi tomada.<sup>61</sup>

Além da falha nas instâncias internas de controle e do desrespeito consciente ao código de ética da empresa – que, por si só, já seriam suficientes para justificar a escolha da inclusão do caso na presente tese –, outro ponto que atingiu grande repercussão foi a cumplicidade da empresa de auditoria Arthur Andersen.

A Arthur Andersen era uma empresa de auditoria consolidada há quase 90 anos no mercado e que, à época, integrava o rol das *big five*, conhecidas como as maiores empresas de auditoria do mundo. Após os fatos virem à tona, foi demonstrado que a empresa de auditoria cooperou na estruturação dos negócios envolvendo a SPE e auxiliou a contabilidade para mascarar as operações. Além disso, assim que começaram os rumores acerca das fraudes envolvendo a Enron, os funcionários da Arthur Andersen destruíram todos os documentos que pudessem comprometer ambas as empresas. Em seu depoimento, Sherron S. Watkins também informou que os mesmos fatos comunicados a Kenneth L. Lay foram relatados para um alto executivo da Andersen, que permaneceu igualmente inerte.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 29/30.

<sup>61</sup> SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e Law Enforcement...**, p. 12. A atuação de Sherron S. Watkins é comumente estudada no âmbito da pesquisa relacionada aos *whistleblowers*, merecendo destaque a seguinte passagem trazida por Gustavo de Carvalho Marin e Décio Franco David que demonstram a importância do *whistleblower* para o desenvolvimento dos programas de *compliance*: “A ascensão de uma indústria de *compliance* é impulsionada por essa política criminal que, ao articular ativismo regulatório e recurso ao reforço punitivo, progressivamente atribuiu ao setor privado responsabilidades pela prevenção de condutas antissociais. É nesse contexto que as práticas de *whistleblowing* (WB), até então presentes sobretudo na experiência jurídica norte-americana, e sob outras configurações institucionais, integram-se à agenda internacional de controle da criminalidade econômica como uma das funções de *compliance*. Não se tratava mais, apenas, de disponibilizar canais estatais, por meio dos quais indivíduos pudessem comunicar às autoridades uma irregularidade ocorrida na instituição com a qual mantinha relação profissional. Embora essa modalidade de WB externo se mantenha como realidade institucional em diversos países, inclusive o Brasil em alguma medida, em programas de *compliance* o WB assume a forma de canais internos de denúncia (*hotlines*), gerenciados direta ou indiretamente pela própria organização à qual pertence ou pertencia o *whistleblower* (WB interno)”. Cf. MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de *whistleblowing*: da retórica à necessária verificação de efetividade. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Legitimidade e efetividade dos Programas de Compliance**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 106-107.

<sup>62</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 33-34.

Constatou-se que a Arthur Andersen tinha conhecimento e participou ativamente da estruturação das práticas que Borgerth define como “contabilidade criativa” – a autora considera que nem todas as manobras eram efetivamente ilícitas, mas certamente eram antiéticas.<sup>63</sup> Acerca do relacionamento entre as duas empresas, Alfredo Adam Adam explica:

A Enron era o segundo maior cliente da Andersen; no ano 2000 seu faturamento foi de 25 milhões de dólares para a auditoria e 27 milhões para trabalhos de consultoria. A auditoria foi externa e interna. A equipe de Andersen tinha um andar inteiro atribuído ao prédio de seu cliente. Uma parte significativa da responsabilidade financeira e de controladoria da Enron era administrada por funcionários da Andersen.<sup>64</sup>

Desse caso, sucintamente apresentado, depreende-se que a Enron era uma empresa com atuação preponderante em seu segmento de mercado, organizada por diversas empresas integrantes de um grupo econômico estruturado, que possuía não só mecanismos de controle interno, mas também uma empresa de auditoria para acompanhar o fluxo de suas operações.

No entanto, o fato de as fraudes e manipulações contábeis serem praticadas por membros da alta administração, com o apoio da empresa responsável pela auditoria, permitiu a continuidade das irregularidades e a sua ocultação em detrimento dos mecanismos de controle interno e externo. A descoberta dos fatos pela então vice-presidente, Sherron S. Watkins, ocorreu apenas pouco tempo antes de o escândalo vir à tona, demonstrando que as instâncias de controle falharam e, mesmo depois de detectadas as manipulações, não foi possível adotar qualquer medida internamente, já que o presidente da companhia estava envolvido nas ilicitudes.

Não por outra razão, após o escândalo, a Arthur Andersen acabou encerrando suas atividades,<sup>65</sup> e seu envolvimento no caso deixou uma importante lição: se a empresa de auditoria não estiver comprometida com a veracidade dos fatos e com o compartilhamento de informações precisas e confiáveis, além de não cumprir o seu papel, facilita que os crimes corporativos se perpetuem, já que um parecer favorável das auditoras assegura a confiabilidade das comunicações fornecidas pela empresa. As auditorias são mecanismos fundamentais para o funcionamento

---

<sup>63</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 29-33.

<sup>64</sup> ADAM ADAM, Alfredo. Enron-Andersen: Un caso para análisis y reflexión. **Revista Contaduría y Administración**, n. 207, octubre-diciembre, 2002, Distrito Federal, México. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/395/39520704.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021. p. 31. Tradução nossa. No original: *Enron era el segundo cliente más importante de Andersen; en el año 2000 su facturación ascendió a 25 millones de dólares por la auditoría y 27 millones por trabajos de consultoría. La auditoría era tanto externa como interna. El personal de Andersen tenía destinado un piso completo en el edificio de su cliente. Una parte importante de la responsabilidad de las finanzas y de contraloría de Enron estaba a cargo de funcionarios provenientes de Andersen.*

<sup>65</sup> SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal..., p. 20.

regular da atividade e conferem exatidão e fidedignidade aos dados contábeis,<sup>66</sup> de forma que, quando se comprova a participação das auditorias em crimes contábeis e financeiros, os mecanismos de controle se tornam fragilizados de um modo geral, pois a transparência da atividade comercial é indispensável para o regular funcionamento dos negócios.<sup>67</sup>

Outro caso a ser observado, que igualmente ganhou relevância pelo porte da empresa e pela estruturação dos ilícitos, é o da WorldCom. A história da companhia se iniciou em 1983 como uma revendedora de serviços de longa distância, tendo, nos anos 1990, adquirido mais de 60 companhias no setor de comunicação<sup>68</sup>. Em 2002, – quando pediu sua falência – foi considerada a segunda maior empresa de telefonia de longa distância dos Estados Unidos,<sup>69</sup> empregando em torno de 85 mil pessoas em 65 países. No Brasil, era responsável por controlar a Embratel.<sup>70</sup>

De acordo com Borgerth, a empresa cresceu consideravelmente nos 5 anos anteriores ao pedido de falência por meio de fusões e aquisições realizadas com bilhões de dólares de suas próprias ações, além de dívidas no valor de US\$ 25 bilhões. No entanto, essas informações foram manipuladas em suas demonstrações contábeis, contabilizando gastos operacionais como se fossem operações de investimento para evitar a redução do resultado do período.<sup>71</sup>

Com o pedido de falência, foi divulgado um rombo de cerca de US\$ 4 bilhões nas contas da empresa e dívidas com as instituições financeiras em torno de US\$ 30 bilhões, fazendo com que as suas ações, que já haviam alcançado a marca de US\$ 60 dólares, passassem a valer cerca de US\$ 0,20.<sup>72</sup> Além disso, foi evidenciado que o fundador e ex-presidente da WorldCom, Bernie Ebbers, pessoalmente emprestou US\$ 360 milhões da empresa – mais do que o próprio valor da empresa – para comprar ações da própria WorldCom.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico...**, p. 444.

<sup>67</sup> CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no Direito Penal: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-50723/publico/Debora\\_Motta\\_Cardoso\\_Extensao\\_do\\_Compliance.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-50723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf). Acesso em: 27 maio 2021. p. 40.

<sup>68</sup> ADAM ADAM, Alfredo. *Enron-Andersen...*, p. 33.

<sup>69</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 35.

<sup>70</sup> **WORLD.COM pede maior concordata dos EUA, Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2207200205.htm>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>71</sup> BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley...**, p. 34-37.

<sup>72</sup> HORTA, Ana Magdalena. Terremoto Global: Falta de confiança nos balanços de grandes empresas dos EUA abala mercados e afasta investidor estrangeiro do Brasil. **Época**, São Paulo, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT344659-1663-1,00.html>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>73</sup> **WORLD.COM pede maior concordata...**

As contas da WorldCom, tais como as da Enron, era auditadas pela Arthur Andersen, o que revela mais um caso de fraude contábil de cumplicidade das empresas de auditoria.

Na mesma esteira de fraudes praticadas por meio de manipulações contábeis que vieram à tona no início do século, citem-se ainda os casos da Xerox, que teria inventado lucros, da Global Crossing, que indicava o recebimento de dinheiro pelo transporte de dados, sem a circulação de qualquer valor,<sup>74</sup> e da ImCloneSystems, que vendia ações utilizando-se de informações privilegiadas.<sup>75</sup>

### **2.1.2 Siemens e Odebrecht**

Fundada em 1847, em Berlim, com filiais em mais de 190 países e atuante em diversos setores de produção, como energia, transporte, indústria digital, transportes públicos, automação<sup>76</sup> etc., a Siemens se tornou paradigma no estudo de criminalidade econômica ante a constatação da existência de uma cultura corporativa leniente com a corrupção.

A relevância da empresa no setor empresarial se explica pelo fato de que foi o seu fundador, Ernst Werner Von Siemens, quem estabeleceu a eletricidade como fonte de energia e foi o responsável por manipular projetos complexos e de alto risco, como linhas telegráficas transcontinentais.<sup>77</sup> Sintetizando a atuação da Siemens, Fonseca afirma:

A Siemens é produtora de tecnologias de eficiência energética através de construção de turbinas eólicas offshore, turbinas de ciclo combinado para geração de energia, soluções de transmissão de energia, soluções de infraestrutura, tecnologias submarinas de gerenciamento de energia offshore, soluções de automação, unidade e software para a indústria e ainda equipamentos médicos de imagem – como sistemas de tomografia computadorizada e ressonância magnética computadorizados – fornecendo ainda testes de diagnósticos laboratoriais.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> HORTA, Ana Magdalena. Terremoto Global...

<sup>75</sup> SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal..., p. 23.

<sup>76</sup> SIEMENS. **História da Siemens**. Disponível em: <https://new.siemens.com/br/pt/empresa/sobre-a-siemens/history.html>. Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>77</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas com problemas de compliance: o caso Siemens**. 2015. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. p. 44. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15500/O%20caso%20SIEMENS%20Ltda%202009-01-016%20revisada%20final.pdf;jsessionid=27C398DB2E080A407A19FA8D21C1CBCE?sequence=2>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>78</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas...**, p. 44.

No Brasil, a empresa iniciou suas operações em 1867 com a instalação da “primeira linha telegráfica brasileira, ligando a casa do Imperador D. Pedro II, no Rio de Janeiro, ao Rio Grande do Sul”<sup>79</sup> e desenvolveu diversos projetos pioneiros, como a primeira central diesel-elétrica, primeira central telefônica automática da América Latina, a primeira fábrica de transformadores brasileiros, além de ter instalado rotor de geradores na usina hidrelétrica de Itaipu.<sup>80</sup>

Em 2006, pouco antes de o escândalo vir à tona, o lucro líquido da Siemens alcançou a cifra de 3,033 milhões de euros, um crescimento de 785 mil euros com relação ao ano anterior.<sup>81</sup> Nesse mesmo ano, porém, teve início a fase denominada pela própria empresa de *compliance crisis*, em que investigações iniciadas pelas autoridades públicas de Munique demonstraram práticas obscuras, além da falta de transparência e da inexistência de uma cultura corporativa adequada na empresa, que permitiram a realização de atividades criminais ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000.<sup>82</sup> A empresa foi igualmente investigada pelo *Department of Justice* e pela *Securities and Exchange Commission*, nos Estados Unidos, e, ao final, concluiu-se que a Siemens possuía uma prática internalizada de subornos de funcionários públicos ao redor do mundo.<sup>83</sup> Os pagamentos de suborno eram realizados em dinheiro ou por meio de contas não registradas nos livros contábeis.<sup>84</sup>

É importante observar que, até 1999, os *facilitation payments* (pagamentos realizados a funcionários públicos para facilitarem e agilizarem procedimentos administrativos) às autoridades eram legais e dedutíveis de impostos na Alemanha. Mas, posteriormente, revelou-se que a Siemens adotava a prática de maneira generalizada ao redor do mundo, inclusive em países em que era considerada ilegal e equiparada à corrupção. Diante disso, afirma-se que a empresa, de forma institucional, utilizou da sua autonomia para realizar negócios globais por meio de subornos às

<sup>79</sup> SIEMENS. **Relatório Institucional e de Sustentabilidade 2018**. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:f31bd646-6b7b-4b72-9b74-875943347d3b/relatorio-anual-2018.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021. p.10.

<sup>80</sup> SIEMENS. Relatório Institucional..., p. 10.

<sup>81</sup> SIEMENS. **Annual Report 2006**. Disponível em: [https://www.siemens.com/investor/pool/en/investor\\_relations/downloadcenter/e06\\_00\\_gb2006\\_1418835.pdf](https://www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/downloadcenter/e06_00_gb2006_1418835.pdf). Acesso em: 29 maio 2021. p. 2.

<sup>82</sup> WEGENER, Christoph. KARCZEWSKI, Johannes Von. **1847 – 2017 Shaping the future: Qualities that set Siemens apart – after 170 years**. Siemens Historical Institute, Berlin, October 2017. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:38754e5ae3933ce8038e2d78293aa98317335cea/094-shi-siemens-at-170-years-the-siemens-narrative-2017-e.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>83</sup> ARMENDARIZ OCHOA, Luis Fernando. Criminal compliance, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo: Reflexiones a partir del caso Siemens. **Revista Científica DOCRIM**, Granada, n. 2, mayo-agosto 2019. p. 17. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7344468>. Acesso em: 28 maio 2021.

<sup>84</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresa...**, p. 50.

autoridades públicas.<sup>85</sup> Nota-se que, mesmo com a modificação legislativa na Alemanha e a submissão da empresa ao *DOJ* e à *SEC*, com a oferta de ações no mercado norte-americano, em 2001, as velhas práticas não foram modificadas.<sup>86</sup>

A Siemens, tal como as empresas envolvidas nos escândalos financeiros norte-americanos no início do século, possuía um sistema de controle interno, com departamentos próprios de *compliance*, jurídico, financeiro e auditoria interna, os quais, no entanto, foram considerados ineficientes pela *SEC*.<sup>87</sup>

Acerca do *compliance* existente, a Siemens inaugurou, em 2005, o programa *Fit4More*, baseado em 4 pilares que orientavam a empresa e eram base para um crescimento sustentável. Os pilares eram assim elencados: performance e portfólio (correspondente aos passos necessários para criar um portfólio capaz de alcançar lucros sustentáveis), excelência operacional (com o foco voltado para a implementação de programas rigorosos para buscar alta performance empresarial), excelência pessoal (relacionada aos altos *standards* de seleção, avaliação, liderança e desenvolvimento dos empregados) e responsabilidade corporativa (cujo foco era aprimorar as áreas de governança corporativa, práticas comerciais, sustentabilidade e cidadania corporativa).<sup>88</sup>

Em novembro de 2006, realizou-se uma operação de busca e apreensão nas residências de funcionários e escritórios da empresa, além de prisões de funcionários e ex-funcionários, inclusive chefes de departamentos de auditoria e controladoria. As investigações que motivaram essa operação tinham como base os seguintes fatos:

Outono de 2003: Empresa de auditoria contratada pela Siemens AG, a KPMG, descobriu que funcionários da “Telecom” levaram € 4,12 milhões em dinheiro para a Nigéria e avisou de inúmeras violações legais possíveis. O então CFO da Siemens não tomou nenhuma ação disciplinar, não realizou nenhuma investigação e não levou a questão ao Conselho Gestor ou ao comitê de auditoria.

2003-2004: Procuradores italianos investigaram a Siemens em conexão com subornos de €6 milhões pagos a empregados da ENEL, uma empresa de energia que parcialmente ao governo italiano, no âmbito de projetos de duas usinas. A Siemens concordou em pagar uma multa de €500.000 e desistência € 6,2 milhões em lucros e foi impedida de fazer negócios com empresas estatais na Itália por um ano.

Final de 2004: Investigadores da Liechtenstein apreenderam contas bancárias de vários funcionários na unidade de comunicações Siemens, “Telecom” após denúncias de lavagem de dinheiro e corrupção.

---

<sup>85</sup> ABDELAL, Rawi. DI TELLA, Rafael. SCHLEFER, Jonathan. Corruption in Germany. **Harvard Business School**, New York City, 2008. p. 2. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=36245>. Acesso em: 27 maio 2021.

<sup>86</sup> ABDELAL, Rawi. DI TELLA, Rafael. SCHLEFER, Jonathan. Corruption in Germany..., p. 2-3.

<sup>87</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas...**, p. 15.

<sup>88</sup> SIEMENS. Annual Report 2006...

2005: Siemens foi informada de uma investigação Suíça sobre as contas bancárias de um ex-agente da Siemens na Grécia suspeito de corrupção.

De janeiro de 2006. Filial médica Siemens foi acusada pelas autoridades dos Estados Unidos para dar forma a um negócio falso com uma firma pequena para ganhar um contrato de um hospital de Illinois.

2006: Os escritórios de uma subsidiária de telecomunicações da Siemens foram procurados pelo Ministério público suíço, revelando questionáveis acordos de consultoria dirigidos através de empresas de fachada. Investigações separadas levaram procuradores italianos a suspeitar que os funcionários da Siemens tinham usado uma conta em banco austríaco para pagar subornos e contratos de seguros em Itália, Nigéria, Grã-Bretanha e os EUA desde 1995.<sup>89</sup>

Desse momento em diante, a empresa passou a adotar uma postura de colaboração com as autoridades, especialmente com o *DOJ* e com a *SEC*, iniciando suas próprias investigações na tentativa de reduzir as penalidades que viriam a ser impostas.<sup>90</sup> Para tanto, a Siemens contratou uma empresa de investigação independente, a Debevoise, que, ao final, concluiu que haviam sido pagos em torno de US\$ 1,4 milhões a oficiais internacionais. Com a conclusão dos processos judiciais, a Siemens realizou o pagamento de US\$ 1,6 bilhões em multas e restituições para as autoridades dos Estados Unidos e da Alemanha e iniciou uma modificação na estruturação corporativa e nos seus sistemas de controle.<sup>91</sup>

No Brasil, os atos de corrupção relacionados à Siemens ganharam destaque quando a empresa realizou um acordo de leniência com o CADE e denunciou a existência de cartéis que atuaram em diversas licitações realizadas pelo Governo do Estado de São Paulo, entre os anos de 2000 e 2007, relacionadas ao fornecimento de equipamentos ferroviários, à construção e à manutenção de linhas de trens e metrô no estado.<sup>92</sup>

Mais recentemente, a mídia foi ocupada por caso de corrupção institucionalizada semelhante à verificada na Siemens, em que a Construtora Odebrecht, apesar de possuir sistemas de controles internos, possuía um setor denominado “departamento de operações estruturadas”, para o qual parte do dinheiro decorrente de contratos com o poder público era desviado e ocultado da contabilidade oficial.<sup>93</sup>

<sup>89</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas...**, p. 52.

<sup>90</sup> ABDELAL, Rawi. DI TELLA, Rafael. SCHLEFER, Jonathan. *Corruption in Germany...*, p. 3.

<sup>91</sup> FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas...**, p. 55.

<sup>92</sup> FORIGO, Camila Rodrigues. GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o metrô de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 115, ano 23, p. 337-367, jul./ago. 2015. p. 338.

<sup>93</sup> **DEPARTAMENTO de propina da Odebrecht: origem, destino e finalidade do dinheiro, segundo as delações. G1**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/departamento-de-propina-da-odebrecht-origem-destino-e-finalidade-do-dinheiro-segundo-as-delacoes.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2018.

A Odebrecht foi fundada em 1944 pelo engenheiro Norberto Odebrecht, na cidade de Salvador, e, já nos primeiros anos de atividade, realizou relevantes obras no estado da Bahia, inclusive a construção de uma usina hidrelétrica na divisa com Goiás. Em 1953, a empresa realizou a primeira obra para a Petrobrás e um ano depois tornou-se sociedade anônima, sob a denominação Construtora Norberto Odebrecht S.A. Na década de 1960, a empresa realizou sua expansão para outros estados do nordeste e para o sudeste do país, passando a ter atuação nacional em 1973. No fim da década de 1970 e início dos anos 1980, a Odebrecht passou por um processo de internacionalização e diversificação dos negócios, especialmente com a criação da Odebrecht Perfurações, responsável pela perfuração de poços de petróleo. Em 1994, a empresa possuía operações em 21 países, entre os quais Estados Unidos, Portugal, Angola, México, Colômbia, Equador, Argentina, Venezuela e Cingapura, contando com mais de 34 mil integrantes no seu quadro de colaboradores.<sup>94</sup>

No ano de 2014, a empresa estava listada entre os 10 maiores grupos empresariais do país, com atuação em 27 países e receita bruta de R\$ 107.679 milhões.<sup>95</sup> No final do ano de 2016, em acordo celebrado com o *DOJ*, após diversos atos de corrupção terem sido revelados no âmbito da Operação Lava Jato, a Odebrecht reconheceu ter realizado, entre os anos de 2001 e 2016, pagamentos no total de US\$ 788 milhões em propina a funcionários de governos, representantes de funcionários e partidos políticos do Brasil e de outros onze países na América Latina e na África.<sup>96</sup>

Para controlar e gerir as operações ilícitas e os pagamentos de suborno, a Odebrecht criou, em 2006, a Divisão de Operações Estruturadas (DOE), com controle e participação direta da presidência, dos diretores do grupo e de líderes de determinados negócios da empresa no Brasil e em outros países.<sup>97</sup> Sobre a estruturação dessa divisão, Fernandes elucida:

De forma a ocultar e proteger as atividades da Divisão de Operações Estruturadas, foi implantado um sistema de comunicações totalmente separado e sem registro, que permitia aos membros da DOE se comunicarem uns com os outros e com operadores financeiros

---

<sup>94</sup> NOVONOR. **História**. Disponível em: <https://www.novonor.com.br/pt-br/a-novonor/historia>. Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>95</sup> FERNANDES, Luiz Campos. **Corrupção e estratégia de negócios** – Caso Odebrecht. 2019. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. p. 70. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/4185>. Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>96</sup> ANGÉLICO, Fabiano. Grande corrupção: dados inéditos apresentam raio x sobre atividade de órgãos de investigação da América Latina no caso Odebrecht. **Jota e Transparência Internacional**, 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>. Acesso em: 29 maio 2021.

<sup>97</sup> FERNANDES, Luiz Campos. **Corrupção e estratégia...**, p. 83.

externos e demais agentes da estrutura sobre a movimentação financeira, os subornos acordados e favorecidos, via segura e-mails e mensagens instantâneas, usando codinomes e senha.

A DOE operava estrategicamente no gerenciamento “sombra” para as operações de suborno da Odebrecht por meio de um sistema de computação independente, utilizado para solicitar e processar pagamentos de suborno, taxas de retorno, projetos envolvidos, codinomes e balanços de pagamento dos envolvidos e ainda, elaboração de planilhas de acompanhamento e internalização do orçamento paralelo. Os fundos para a sofisticada operação de suborno da empresa foram gerados pelo setor financeiro da Odebrecht de diversas maneiras e através de algumas das subsidiárias do grupo, incluindo a Braskem. Os recursos eram canalizados pela DOE para uma série de entidades offshore de forma oculta, visando a transferência posterior aos favorecidos nos acordos escusos, por meio de transferências bancárias por meio de uma ou mais entidades offshore, bem como por meio de pagamentos em dinheiro dentro e fora do Brasil, entregues em pacotes ou malas deixadas em locais predeterminados.<sup>98</sup>

Com a formalização do acordo, a Odebrecht se comprometeu a realizar o pagamento de R\$ 3,82 bilhões às autoridades do Brasil, Estados Unidos e Suíça<sup>99</sup> e iniciou um processo de reestruturação do grupo empresarial. A empresa aderiu ao Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção, do Instituto Ethos, e, em 2017, celebrou acordo de colaboração com as autoridades de Panamá, Equador e República Dominicana. Além disso, nomeou um novo Conselho de Administração e, desde então, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) homologou termos de cessação de condutas da empresa, celebrou acordos de leniência com o Ministério da Transparência, a Controladoria-Geral da União e a Advocacia Geral da União e pediu recuperação judicial.

No ano de 2020, o Grupo Odebrecht mudou a marca, passando a se chamar Novonor. O monitoramento independente realizado pelo *Department of Justice* desde 2017 foi encerrado, e a empresa revisou suas políticas de conformidade, publicando novos documentos e implementando novas políticas de combate e não tolerância à corrupção.<sup>100</sup>

Os casos brevemente expostos acima revelam que a existência formal de programas de *compliance* dentro de uma estrutura empresarial, que atenda a todos os requisitos do *check list*, não necessariamente pautará a atuação da empresa no cumprimento da legislação e no atendimento a padrões éticos. Além disso, os mecanismos de fiscalização estatais e de avaliação (seja por entes

<sup>98</sup> FERNANDES, Luiz Campos. **Corrupção e estratégia...**, p. 83-84.

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Mariana. SALOMÃO, Lucas. Odebrecht e Braskem assinam acordos de leniência com EUA e Suíça. **G1**, São Paulo, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-com-suica.ghtml>. Acesso em: 30 mai. de 2021.

<sup>100</sup> NOVONOR. **Conformidade**. Disponível em: <https://www.novonor.com.br/pt-br/governanca/conformidade>. Acesso em: 30 maio 2021.

privados ou públicos) de tais programas não se mostraram capazes de identificar as falhas e as irregularidades existentes no interior das empresas.

É sabido que a implementação dos programas, por si só, não é apta a zerar a prática de irregularidades ou ilicitudes no interior das pessoas jurídicas, mesmo que os programas sejam idôneos e exista um efetivo comprometimento da alta administração. Todavia, o que se busca aprofundar no âmbito do presente estudo é que, por razões diversas, existem programas de conformidade e controles internos que são maculados desde a sua origem, o que ocorre porque a atual estrutura estatal de fiscalização e avaliação é insuficiente e incapaz de cumprir com a sua tarefa. Se essa estrutura é falha de forma intencional ou não, é um ponto de reflexão a ser abordado também ao longo do trabalho, tanto pelo ponto de vista das pessoas jurídicas quanto pelo ponto de vista das autoridades públicas.

## **2.2 Os interesses na manutenção de programas não autênticos**

Ante a existência de posturas corporativas condescendentes com a prática de crimes financeiros e atos de corrupção, apesar da pré-existência de estruturas de controles internos e de *compliance*, é possível questionar a razão pela qual as empresas adotam esses mecanismos se não há uma verdadeira intenção de cumprir as normas e atender a parâmetros éticos no desenvolvimento da atividade empresarial.

A razão parece decorrer da existência de diversas vantagens para as pessoas jurídicas que a implementação desses programas pode trazer, as quais não estão necessariamente ligadas a prevenir, identificar e reprimir a prática de ilícitos e que se pode classificar como finalidades não declaradas dos programas de *compliance* ou, ainda, como efeitos não previstos.

A primeira finalidade encontrada, a mais óbvia, refere-se ao domínio da informação dos acontecimentos internos à empresa, já que qualquer fato ilícito que venha a ser identificado pela estrutura de *compliance* permite que se escolha como será resolvido, o que engloba definir se haverá o tratamento do assunto apenas no âmbito da empresa ou se haverá comunicação ao público externo, inclusive às autoridades públicas. A alta administração, dependendo da complexidade do tema, da fragilidade das informações e dos envolvidos, pode entender que não tornar o fato público atenderá melhor aos seus interesses ou, ainda, poderá optar por dar conhecimento às autoridades

de forma apenas parcial dos eventos, existindo a possibilidade de construir uma realidade conforme lhe seja mais conveniente.

Isso se explica pelo fato de que a exposição de eventuais irregularidades financeiras das empresas traz uma publicidade que nem sempre é desejada pelos gestores, especialmente porque significa a perda do controle da situação e das informações, além de passar uma imagem negativa, própria desse tipo de incidente.<sup>101</sup> Faraldo Cabana aponta que uma das pretensões do *compliance* pode ser, justamente, a maquiagem publicitária,<sup>102</sup> utilizando-se da estrutura para manipular as informações transmitidas à sociedade.

Outra finalidade não declarada dos programas de *compliance* é que eles permitem a construção de uma boa imagem reputacional para o mercado e para os demais *stakeholders*. A simples existência de um programa, que possua os elementos considerados essenciais, agrega valor à imagem das empresas<sup>103</sup> e transmite a sensação de cumprimento da legislação anticorrupção e de lavagem de dinheiro, bem como dos requisitos relativos à saúde, ao meio ambiente e demais regulamentações. Esse aspecto reputacional adquire relevância no próprio âmbito privado, pois não é incomum que empresas façam exigências de *compliance* como condição prévia para manter relações comerciais<sup>104</sup> (ainda que tais exigências sejam, igualmente, para a manutenção da boa imagem corporativa). Nieto Martín exemplifica essa situação com a exigência da *New York Stock Exchange*, responsável pela gestão das bolsas de valores norte-americanas, de que as empresas listadas em bolsas possuam códigos de ética.<sup>105</sup> Isso permite que as empresas mantenham suas

---

<sup>101</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. Estrategias y limites en la prevención del delito dentro de la empresa: a propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP), **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. p. 19. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>. Acesso em: 21 ago. 2015.

<sup>102</sup> FARALDO CABANA, Patricia. Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance Penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 179-180.

<sup>103</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem à Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 356.

<sup>104</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 35-36.

<sup>105</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 35.

atividades comerciais e obtenham lucros,<sup>106</sup> razão pela qual se afirma que o *compliance* pode representar um investimento por gerar valor econômico direto.<sup>107</sup>

Outro objetivo considerado na implementação de programas de *compliance* é a redução dos riscos da responsabilidade da empresa (civil, administrativa ou penal, quando admissível) e da responsabilidade penal do empresário e dos gestores, o que, todavia, não está em consonância com as finalidades visadas pelo Estado no âmbito da autorregulação. Ao poder público, por evidente, não deve interessar que a empresa ou seus gestores possam se esquivar de suas responsabilidades, já que o interesse estatal deve ser, precipuamente, o de evitar a criminalidade e, na sua ocorrência, responsabilizar todos os envolvidos.

Nesse aspecto, Rotsch afirma que a evitação, a exoneração ou a minimização dos riscos da responsabilidade penal é o objetivo principal dos programas,<sup>108</sup> o que revela a disfuncionalidade dessas estruturas para que atuem não como um mecanismo preventivo, mas como uma forma de acobertar a responsabilidade individual.<sup>109</sup> No mesmo sentido, Silveira e Saad-Diniz explicam que um sistema de controle que cria a percepção de fidelidade ao direito é capaz de evitar os riscos da responsabilidade criminal<sup>110</sup> ou de diluí-la, transferindo a responsabilidade dos cargos hierárquicos superiores para aqueles que ocupam cargos inferiores, de modo que os programas correspondem a uma “defesa avançada à responsabilização ou punição criminal da pessoa jurídica”<sup>111</sup> e dos integrantes dos altos cargos hierárquicos.

---

<sup>106</sup> MONTORO FILHO, André Franco. O valor econômico do comportamento ético. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (coord.). **Cultura das transgressões no Brasil: lições da história**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7-11.

<sup>107</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 75. No mesmo sentido: SAAVEDRA, Giovani; PETER FILHO, Jovacy; CURY, Rogério Luis Adolfo. A definição do alcance da posição de garante do compliance officer como reforço a agenda anticorrupção no Brasil. *Delictae - Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 6, n.11, p. 57-84, 2021. p.59.

<sup>108</sup> ROTSCHE, Thomas. Criminal Compliance...., p. 7.

<sup>109</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. Os caminhos do public compliance no Brasil. In: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord. da edição espanhola); BARRILARI, Claudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo (coord. da edição brasileira). **Public Compliance: prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 14.

<sup>110</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal...**, p. 115. No mesmo sentido: LAUFER, William S.; GEIS, Gilbert. **Corporate Crime and a new brand of cooperative regulation**. p. 143. Disponível em: <https://www.pdfFiller.com/jsfiller-desk20/?projectId=663525077#f2ae1a302e036049a65fc671c8115609>. Acesso em: 11 mar. 2021.

<sup>111</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 127-128.

Não sendo possível afastar por completo a responsabilidade, a redução de sanções também é um dos objetivos da implementação das estruturas,<sup>112</sup> já que há diversas previsões legais nesse sentido. Rodrigues descreve com precisão essa situação:

Com efeito, a empresa pode ser tentada a considerar o programa como uma espécie de salvo-conduto que lhe basta mostrar quando surge o eventual problema penal. A partir daí, de indicar o bode expiatório (*scapegoat*) a evitar a responsabilidade penal é um pequeno passo. O efeito particularmente perverso desta estratégia, conhecido como *reverse whistleblowing*, é o de a empresa, para dar consistência à sua versão dos factos de que está bem-organizada, buscar um responsável individual sobre o qual possa fazer recair a responsabilidade do facto praticado. Verifica-se, agora, o efeito de deslizamento ‘para baixo’ (*top to down*) da responsabilidade penal. Invoca-se, ainda, que as empresas com maior poder de negociação, as grandes empresas, têm capacidade acrescida de convencimento dos órgãos de investigação criminal – por vezes, com escassa informação e conhecimento nestas matérias – de que o sistema de organização que adotaram é suficientemente eficaz para prevenir a prática de crimes, sendo a sua prática o resultado apenas de um comportamento isolado e individual, de um administrador dirigente ou empregado. Sendo que o perigo de utilização desta estratégia cresce, se se oferece à entidade coletiva uma exclusão da punição a troco da indicação daquele responsável individual. Por sobre tudo isto, está ainda o facto de os programas se poderem transformar num instrumento na mão dos administradores para aumentarem o seu poder nas empresas e justificarem o estabelecimento de sistemas de controlo cada vez mais rigorosos.<sup>113</sup>

Ainda no campo da mitigação ou da exoneração da responsabilidade, pode ser incluída a possibilidade de a pessoa jurídica negociar as sanções a serem aplicadas fazendo uso das ferramentas de *compliance* ou da sua colaboração com a investigação, de modo que a empresa sempre buscará uma pena não equitativa com os valores auferidos com o crime e que lhe traga menor prejuízo possível.<sup>114</sup> Esse cenário revela a possibilidade de abuso de poder empresarial, para que atue de forma independente do poder público.<sup>115</sup>

Cite-se também o atendimento pelas empresas a eventuais exigências por parte do poder público em situações nas quais a existência de programas de *compliance* é requisito imperativo para a participação em certames licitatórios e para contratações, como na hipótese prevista pela Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações), segundo a qual, nas contratações de obras, serviços e fornecimento de grande vulto, é obrigatória a implementação de programa de integridade

<sup>112</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal**... p. 124.

<sup>113</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 115-116.

<sup>114</sup> BANACLOCHE PALAO, Julio. El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (Compliance Programs). In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 582.

<sup>115</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada**...., p. 101.

pelo licitante vencedor no prazo de seis meses da celebração do contrato. Ainda que a obrigação seja de cunho genérico e pendente de melhor regulamentação, trata-se de imposição legal e mais uma vantagem que os programas podem trazer para as empresas que não traduzem necessariamente o interesse na prevenção de ilícitos. Situação similar é trazida pela Lei 7.753, de 17 de outubro de 2017, do Estado de Rio de Janeiro, que estabelece “a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro”,<sup>116</sup> nos casos que ultrapassem R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 para compras e serviços. Tal obrigatoriedade, alterando-se os valores estabelecidos, também é encontrada no Rio Grande do Sul (Lei 15.228, de 25 de setembro de 2018), no Amazonas (Lei 4.730, de 27 de fevereiro de 2018), em Goiás (Lei 20.489, de 10 de outubro de 2019), em Pernambuco (Lei 16.722, de 09 de dezembro de 2019), no Mato Grosso (Lei 11.123, de 08 de maio de 2020), além do Distrito Federal (Lei 6.112, de 02 de fevereiro de 2018).

Verifica-se, portanto, a existência de um cenário em que a implementação de estruturas de *compliance* no interior das empresas oferece uma série de outros benefícios reputacionais, de afastamento de responsabilidade, de controle sobre os fatos e de benefícios legais, o que comprova que nem sempre a existência de um programa de *compliance* corresponde a uma postura de conformidade e de gestão empresarial em consonância com a lei e com fundamentos éticos, mas pode ser fator determinante para consolidar a força empresarial e do mercado sobre o controle estatal.<sup>117</sup>

Esses programas que visam a criar um aspecto de transparência e não têm a pretensão idônea de prevenir a criminalidade empresarial são considerados programas de fachada ou de papel.<sup>118</sup> Nieto Martín denomina essa estruturação de *creative compliance*, geralmente burocrático

---

<sup>116</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 7.753, 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. **Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 10 out. 2017.

<sup>117</sup> BARRILARIA, Claudia Cristina. Os caminhos do Public Compliance..., p. 11.

<sup>118</sup> MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 242-243.

e custoso, que não se cumpre.<sup>119</sup> Barrilari, por sua vez, define essa estrutura figurativa como “*compliance* superficial, sem qualquer objetivo definido e, portanto, sem força e legitimidade”.<sup>120</sup>

William Laufer<sup>121</sup> vai além e afirma que parte das empresas está adotando o *compliance* apenas de modo formal (*window dressing approach*), uma vez que são implementadas regras de integridade sem que os membros da alta administração minimamente as adotem. O autor apresenta o *compliance* como verdadeiro jogo, denominado *compliance game*, que é desenvolvido não com a intenção de alcançar um ideal de justiça criminal corporativa e, tampouco, para mudar a cultura empresarial, mas sim com o propósito de conformar grupos de interesse, “garantindo aos jogadores uma proteção moral, a credibilidade de aparente legitimidade e a boa imagem construída de um líder”.<sup>122</sup>

De acordo com essa perspectiva, o *compliance* nada mais é do que um jogo de aparências<sup>123</sup> para maximizar a (aparente) legitimidade de cada jogador institucional, com o objetivo de alcançar um mercado sem restrições regulamentares e obstar a interferência do direito penal.<sup>124</sup> Uma das estratégias do jogo é a obtenção de um equilíbrio regulatório:

Aqui neste jogo, o conselho corporativo procura minimizar a exposição à responsabilização através de gastos eficientes em *compliance*; profissionais ‘internos’ de *compliance* (*ethics officers, compliance officers, e compliance off*) treinam, monitoram, fazem relatórios e disciplinam de tal maneira a minimizar a exposição a responsabilidades; profissionais ‘externos’ de *compliance* (consultores, contadores, advogados expertos em *compliance*, especialistas em recursos humanos e ‘certificadores’ de *compliance*) procuram definir programas de *compliance* para redução de riscos; promotores e reguladores deixam de lado a legislação vigente para seguir diretrizes; e *whistleblowers*

<sup>119</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 37.

<sup>120</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. Capítulo I – O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 60.

<sup>121</sup> LAUFER, William. O compliance game. Tradução: Inara Flora Cipriano. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). **Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 58.

<sup>122</sup> LAUFER, William. O compliance game..., p. 59.

<sup>123</sup> Nesse ponto, o *compliance game* pode ser relacionado à “teoria dos jogos” elaborada, entre outros matemáticos, por John Nash, e definida como “a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito. O elemento básico em um jogo é o conjunto de jogadores que dele participam. Cada jogador tem um conjunto de estratégias. Quando cada jogador escolhe sua estratégia, temos então uma situação ou perfil no espaço de todas as situações (perfis) possíveis. Cada jogador tem interesse ou preferências para cada situação no jogo. Em termos matemáticos, cada jogador tem uma função utilidade que atribui um número real (o ganho ou *payoff* do jogador) a cada situação do jogo”. Cf. SARTINI, Brígida Alexandre. *et al.* **Uma introdução a teoria dos jogos**. In: II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018. p. 4-6.

<sup>124</sup> LAUFER, William. O compliance game..., p. 61.

enfrentam retaliações em troca de promessas de proteção e compensação. Cada jogador é recompensado por sua participação.<sup>125</sup>

Para o autor, não só as empresas podem evitar a perseguição do governo,<sup>126</sup> como também é interessante passar para as autoridades uma aparência de conformidade empresarial com a legislação, com a possibilidade de responsabilizações eventuais – ainda que essas punições não atinjam aqueles que efetivamente possuam o controle da situação. Além disso, com a atribuição de funções de *compliance* por meio da autorregulação, o Estado se exime de deveres de fiscalização e prevenção, transmitindo esse papel para os entes privados por meio das tarefas de controle, que serão mais bem examinadas no próximo capítulo.

Os programas não comprometidos com os princípios e valores que propõem, portanto, mais do que não atuar de forma eficaz na prevenção da criminalidade, colaboram para a existência de uma postura corporativa de desrespeito à legislação e à sociedade, pois estabelecem a premissa de que é possível mascarar a prática de ilícitos por meio das estruturas de *compliance*.

Aliado a isso, tem-se a análise da idoneidade ou da efetividade dos programas de *compliance* por meio de métricas objetivas e superficiais, que, como visto anteriormente, não são aptas a valorar adequadamente as estruturas de conformidade. Nesse ponto, é conveniente esclarecer que não se refuta completamente a importância de métricas objetivas, porém o mero preenchimento formal dessas condições não pode ser suficiente para que se considere que um programa de *compliance* está apto a cumprir sua missão. Segundo Eduardo Saad-Diniz,

Com maior ou menor consciência, predomina a visão kantiana sobre ética aplicada, reproduzida em mimetismo ingênuo de valores e uma vaga noção de moralidade previamente classificados nos manuais de *compliance*. Com raras exceções, “missões e valores” da empresa nem são extraídas do que é efetivamente praticado na empresa, nem bem refletem a potência da especulação ética sobre as repercussões do comportamento na estruturação de um modelo de negócios menos vulnerável às infrações econômicas. [...] Impressiona negativamente como os manuais de *compliance* tendem a replicar o mesmo modelo, formato, processos e conteúdo. É de se lamentar que o estado da arte (na teoria ou na prática empresarial) da ética negocial no Brasil não costuma passar de adereço nas empresas, que não apenas não motiva novos comportamentos como também representa tão pouco sentido às pessoas que interagem nas organizações empresariais. Lembra a ideia de que seriam dois mundos, um em que se mantém a postura protocolar do código de ética e outro, “o que deve ser levado a sério”, das obrigações cotidianas na empresa, da performance, os resultados e metas a serem atingidas.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> LAUFER, William. O compliance game..., p. 60.

<sup>126</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e Compliance**..., p. 27.

<sup>127</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e Compliance**..., p. 36-37.

Se os poderes executivo e legislativo não são capazes de estabelecer mecanismos adequados de valoração dos programas, tampouco o judiciário o é. A interpretação judicial dos programas de *compliance* é um fator que dificulta o estabelecimento de padrões de qualidade, porque as decisões costumam ser vagas e genéricas.<sup>128</sup> Quanto a isso, vale destacar as referências feitas às estruturas de *compliance* no julgamento do Mensalão (APn 470), pelo Supremo Tribunal Federal, das quais se extraem conceitos simplistas dos programas e de suas finalidades. Ao tratar da discussão acerca da responsabilização do núcleo financeiro do Banco Rural, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou: “o que é *compliance*? É, nada mais nada menos, do que a área incumbida de fazer com que se cumpram, dentro da instituição, as normas internas e externas, o ordenamento jurídico nacional pertinente àquela área”.<sup>129</sup>

Cite-se, ainda, julgado mais recente do Superior Tribunal de Justiça, de 26 de maio de 2020, que deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para afastar medida cautelar pessoal de proibição de participação de operações no mercado financeiro e de integrar cargos em empresas envolvidas em ilicitudes apuradas em ação penal, com base na demonstração de que teria sido implementado um rigoroso sistema de *compliance* nas empresas, o qual seria suficiente para impedir a reiteração delitiva.<sup>130</sup> Nesse julgado não há menção aos critérios e aos parâmetros utilizados pelos julgadores para qualificar tal programa como rigoroso e apto a evitar a reiteração criminosa que teria dado base às medidas cautelares anteriormente impostas.

Essa análise pode levar à conclusão de que é utópica a crença de que se deve deixar o cumprimento normativo a cargo exclusivamente das empresas, o que propicia o crescimento de defensores da indispensabilidade de uma contraface sancionatória estatal, seja por meio do aumento da criminalização dos gestores de *compliance*, seja por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica,<sup>131</sup> como será visto em capítulo próprio.

<sup>128</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 41.

<sup>129</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev., 2014. p. 220.

<sup>130</sup> A ementa do caso é assim transcrita: “RECURSO EM HABEAS CORPUS. INSIDER TRADING. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROIBIÇÃO DE EXERCER CARGO OU FUNÇÃO NAS EMPRESAS INVESTIGADAS. REQUISITOS CAUTELARES. NOVO QUADRO FÁTICO. ENFRAQUECIMENTO DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE UMA DAS CAUTELARES. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* nº 120.261/SP, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 26 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**: n. 2923, 05 jun. 2020.)

<sup>131</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. Capítulo I..., p. 57-60. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance...**, p. 38 e SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal...**, p. 199-200.

Contudo, mais do que pensar em ampliar a responsabilidade, evidencia-se a necessidade de analisar se o *compliance* é, de fato, a ferramenta mais adequada para lidar com a criminalidade empresarial e se é possível eliminar – seja por meio de mudanças legislativas, da adequação das estruturas administrativas de fiscalização ou do incremento de tipos penais – as metas não declaradas das estruturas de *compliance*, para, quem sabe, criar uma estrutura que seja integralmente idônea e possível de ser fiscalizada adequadamente.

Traçado o panorama do presente estudo e fixada a premissa de que a legislação de *compliance* tem a finalidade declarada, pelas autoridades públicas, de prevenção da criminalidade empresarial e, paralelamente, de ser um critério utilizado na dosagem da pena, cabe identificar como essa legislação pode ser classificada perante o direito penal e, principalmente, como justificar essa estrutura como um elemento de política criminal e os efeitos na apuração de responsabilidade e mensuração de sanções.

### **2.3 Diagnóstico inicial do trabalho: função preventiva geral do *criminal compliance***

A sociedade atual é caracterizada pelo medo e pela insegurança de concretização dos riscos trazidos pela modernidade, desenvolvendo-se um cenário em que crimes corporativos, econômicos, financeiros e, em uma perspectiva ampla, todos aqueles que podem ser praticados no âmbito da atividade empresarial, pertencem a essa esfera de perigos que devem ser mitigados ou reduzidos. Isso porque há possibilidade de os riscos produzirem grandes efeitos sociais, justamente porque capazes de afetar a vida humana em diversas áreas, como a saúde, o meio ambiente, o sistema financeiro, a concorrência etc. Nesse contexto, os programas de *compliance* ganham relevância, na medida em que são caracterizados como estruturas capazes de evitar grande parte das condutas criminosas e, na hipótese de ocorrência de um delito, ainda podem permitir a detecção da conduta irregular e a identificação do responsável.

Como mecanismos de incentivo para a implantação de um programa de *compliance*, o Estado oferece a redução da pena ou a mitigação das sanções, o que, em outras palavras, significa que aqueles que não possuam programas de *compliance* poderão receber a pena em seu grau máximo, na esfera penal ou na administrativa. Essa contrapartida estatal confere ao *compliance* a feição de uma ferramenta para afastar a ameaça da pena, o que representa, para Rodrigues, a

“técnica do pau e da cenoura (*carrot and stick approach*), em que as empresas valorizam de sobremaneira a possibilidade de isenção ou de atenuação da sua responsabilidade penal”.<sup>132</sup>

O contexto já trabalhado neste capítulo permite que, em uma perspectiva inicial (a ser confirmada durante o trabalho), classifique-se o *compliance criminal* dentro daquilo que Kindhäuser define como direito penal da segurança, cuja finalidade é evitar perturbações sociais, sem que se estabeleça uma concreta punição de ofensas a bens jurídicos. Nesse modelo de direito penal, para o autor, não existe uma proteção de bens jurídicos individuais, mas uma proteção de estados de coisas que não são verificáveis, mas construídos por meio de suposições e prognósticos de riscos e cenários de probabilidade teórica, favorecendo uma política criminal simbólica.<sup>133</sup>

Trabalhando com a base do direito penal da segurança, Kindhäuser afirma que tal modelo surge justamente de um medo potencial da sociedade, que reclama a penalização do inimigo antes da realização da ação. Essa modalidade é contrária ao direito penal liberal retrospectivo, que confia que o cidadão vai agir conforme a lei e que igualmente confia nos mecanismos de autorregulação social.<sup>134</sup> A busca por segurança não seria ilegítima por si só, mas, de acordo com o autor, não se sabe “se a implementação da segurança com a ajuda do Direito Penal não está a caminho de romper a estrutura racional de uma política criminal liberal própria de um Estado de Direito”.<sup>135</sup>

Para exemplificar sua assertiva, o autor trabalha com o direito penal ambiental, expondo que a ampliação desse ramo decorreu da impossibilidade de outros sistemas normativos oferecerem uma ética de responsabilidade para a proteção do meio ambiente e das gerações futuras. Com isso, o direito penal ambiental não é mais classificado como um sistema externo de coação e como garantidor de um mínimo ético-social, mas como um guia material de responsabilidade social e solidariedade.<sup>136</sup>

Em consonância com esse posicionamento, Naucke afirma que o direito penal preventivo projeta o autor do delito para o futuro,<sup>137</sup> apontando que o controle não se volta para a declaração de um comportamento como punível, mas é representado pelos meios impostos contra um

<sup>132</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 88-89.

<sup>133</sup> KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança – sobre o Direito Penal na sociedade do Risco. Tradução: Beatriz Corrêa Camargo. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; GODINHO, Inês Fernandes; MOURA, Bruno de Oliveira (org.). **Dogmática penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 64.

<sup>134</sup> KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança..., p. 54-55.

<sup>135</sup> KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança..., p. 52.

<sup>136</sup> KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança..., p. 54.

<sup>137</sup> NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. *In*: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 26.

comportamento considerado punível.<sup>138</sup> Sobre esse aspecto, Silveira aponta que essa tutela penal antecipada pode “gerar discrepâncias quanto à verificação da lesividade das condutas incriminadas”.<sup>139</sup>

A pretensão de reduzir, por meio do direito penal, a quantidade global de comportamentos desviados confere à função preventiva geral da pena, de acordo com Hassemer, a característica de elevada dignidade político-social, já que significa que cada intervenção penal deverá conduzir ao bem-estar geral, estabilizando as normas sociais.<sup>140</sup> Essa orientação preventiva foi responsável pela mudança de paradigmas no direito penal, que deixou de ter por pretensão o alcance de uma segurança interna, passando a se preocupar em ter seus esforços voltados para a prevenção e para a construção de uma consciência normativa social e uma intimidação.<sup>141</sup>

De acordo com a teoria da estabilização normativa, busca-se, pelo direito penal, influir na consciência jurídica da população. Contudo, Hassemer sustenta que é incorreto esperar que essa influência venha unicamente a partir de uma agravação das penas, pois, para que o direito penal tenha legitimidade, é necessário que possua uma valoração baseada no conhecimento empírico assegurado<sup>142</sup>.

A utilização do direito penal como instrumento eficaz de condução de comportamentos para a defesa de novos riscos representa também um direito penal de perigo, dentro do chamado direito penal de risco, pois amplia-se sua tutela pela utilização das figuras dos crimes de perigo, especialmente abstratos,<sup>143</sup> sem uma exata definição do bem jurídico e da conduta proibida. No entanto, esse direito penal não foi capaz de estruturar um sistema jurídico penal para cumprir com as tarefas que lhe são designadas, apresentando déficits de funcionamento, que, por sua vez, tentam ser solucionados pelo aumento da repressão e pela ampliação de setores do direito penal.<sup>144</sup>

A eficácia contida nesse modelo é apenas simbólica, pois repleta de funções latentes que se sobrepõem às funções manifestas. A norma preceitua um comportamento proibido, mas a sua razão

---

<sup>138</sup> NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general*. ..., p. 22.

<sup>139</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 159.

<sup>140</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 52.

<sup>141</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación*..., p. 56.

<sup>142</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación*..., p. 82.

<sup>143</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico**..., p. 99.

<sup>144</sup> HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”*. Tradução: Francisco Muñoz Conde. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 15, p. 182-198. 1990/1991. p. 192.

maior de existir não é a de proteger aquele determinado bem jurídico, e sim estabelecer valores culturais e morais que representam um estilo de vida ideal.<sup>145</sup> A definição exata de um bem jurídico, inclusive, é elemento que quase sempre está ausente ou é de difícil identificação na legislação simbólica.<sup>146</sup>

Sobre o simbolismo no direito penal, Hassemer realiza justamente essa distinção entre funções manifestas, consideradas como aquelas condições objetivas de realização da norma e a proteção do bem jurídico previsto na norma, e entre funções latentes, indicadas como a satisfação de uma necessidade de apaziguar a população e de demonstrar um Estado forte. Para o autor, quando há uma predominância das funções latentes e os fins descritos na regulação da norma são distintos daqueles que se esperavam de fato, não se pode confiar na norma.<sup>147</sup>

Esse simbolismo decorre da crise de um direito penal orientado pelas consequências, que busca conter os riscos da modernização, dirigir os processos sociais complexos,<sup>148</sup> ser um instrumento de direcionamento estatal<sup>149</sup> e acentua o problema de sua própria legitimação. A utilização instrumental do direito penal pretende alcançar o ideal de uma vida fiel ao direito e apresenta finalidades eminentemente preventivas, que podem ser traduzidas pela transmissão de um sentimento de responsabilidade ao condenado, pela proteção da consciência moral coletiva e pela busca por apaziguar o juízo social ético.<sup>150</sup> Ao explicar a mudança de paradigmas que essa perspectiva preventiva e orientada às consequências traz ao direito penal, Hassemer ensina:

Isso é consistente com os mais recentes desenvolvimentos político-criminais. O direito penal abandona a casca liberal onde ainda se tratava de assegurar um “mínimo ético” e torna-se instrumento de controle dos grandes problemas sociais ou estatais. Combate ou (melhor) contenção de delito é uma tarefa pequena demais para o direito penal; agora trata-se de flanquear a proteção de subsídios, ambiente político, saúde e política externa. De uma repressão pontual de lesões específicas de bens jurídicos a uma prevenção em larga escala de situações problemáticas.<sup>151</sup>

<sup>145</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução: Elena Larrauri. **Pena y Estado**: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez. 1991. p. 24.

<sup>146</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 31.

<sup>147</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 30.

<sup>148</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 33.

<sup>149</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos..., p. 198.

<sup>150</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 27.

<sup>151</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 34. Tradução nossa. Na versão em espanhol: “*Ello se aviene con los más recientes desarrollos político-criminales. El Derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un “mínimo ético” y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de delito le queda demasiado corta como tarea al Derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior. De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas*”.

Na tentativa de influenciar favoravelmente o círculo de destinatários da norma, o direito penal simboliza que pode responder a situação normativa ameaçante por meio de penas severas, demonstrando que está presente e domina essas situações.<sup>152</sup> Contudo, o próprio autor elucida que o agravamento da pena em um caso individual não é capaz de cumprir a função que pretende. O único efeito alcançado por essa atuação penal são objeções constitucionais e éticas.<sup>153</sup> Aliás, Costa afirma que a orientação pelas consequências transforma o sistema penal em um instrumento de política criminal interna e o afasta dos seus princípios basilares.<sup>154</sup>

Não se pode negar que todo direito penal possui uma concepção intrinsecamente simbólica, mas não pode ser admitida como uma função exclusiva,<sup>155</sup> sendo indispensável a atuação de outras instâncias de controles que possam, com mais legitimidade, influir na cultura social.

Quando se trata de prevenção geral enquanto instrumento estratégico, Hassemer defende que o aspecto fundamental é a definição do ponto de partida, isto é, a definição das condições de origem, para então se estabelecer o que poderá ser útil para a estabilização das normas e o direcionamento para o ponto visado. Contudo, se as premissas iniciais são equivocadas, seja pela falsa avaliação das condições de partida, seja porque são confundidas as funcionalidades dos meios, pode-se gerar uma situação em que não só a finalidade-preventiva defina uma meta equivocada, como implique justamente aquele efeito que se queria evitar.<sup>156</sup>

Outro problema do direito preventivo é a tentativa de contenção de situações muito abstratas, que acabam por representar ingerências que rompem com o princípio da taxatividade e geram um intervencionismo irracional,<sup>157</sup> ampliando a utilização de bens jurídicos supraindividuais e as figuras penais de crimes de perigo abstrato. Acrescente-se, ainda, que a ampliação da atuação do direito penal para abranger essa gama de perigos não corresponde necessariamente à punição de todos os responsáveis por atos individuais lesivos a bens jurídicos, como elucida Kindhäuser ao afirmar que os perigos do direito penal da segurança não refletem a responsabilização por atos individuais, permanecendo “uma quantidade considerável de ‘culpabilidade do sistema’”.<sup>158</sup>

---

<sup>152</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación...*, p. 78.

<sup>153</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación...*, p. 78-79.

<sup>154</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 78.

<sup>155</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 42.

<sup>156</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación...*, p. 64-65.

<sup>157</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Económico...**, p. 180-181.

<sup>158</sup> KINDAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 54.

Portanto, o estabelecimento adequado das premissas iniciais e a definição dos meios para se alcançar a meta visada são os fatores fundamentais para definir se determinada estratégia será eficaz para atender ao fim a que se destina. É exatamente nesse ponto que a problemática do presente trabalho se encontra, pois se torna imprescindível analisar se os pontos de partida para a delimitação dos programas de *compliance* estão corretos e se não são os equívocos nessas premissas iniciais que permitem que, muitas vezes, essas estruturas sejam utilizadas de forma artificial e cosmética.

E aqui, retomando a afirmação de Hassemer acerca da tentativa de influir no comportamento individual pelo direito penal, é reforçado o ponto de debate: quais são os conhecimentos empíricos que permitem concluir que, dada a possibilidade de redução da sanção, as pessoas físicas e jurídicos adotarão estruturas de *compliance* que sejam, de fato, comprometidas com a redução da criminalidade?

A partir do momento em que se admite a prevenção geral como uma finalidade do direito penal, é preciso que o sistema seja dotado de mecanismos eficazes, sendo imperioso destacar que a noção de eficácia possui significados complexos, historicamente variáveis e difusos,<sup>159</sup> de forma que não se pode aferir a eficácia normativa apenas pelas suas previsões legais e justificativas discursivas e teratológicas. Para avaliar a eficácia, dados empíricos são indispensáveis e poucas vezes encontrados quando se trata de programas de cumprimento normativo.

Além disso, não se pode acreditar que os problemas identificados nas estruturas de *compliance* passem ao largo das autoridades públicas e, muito embora não seja possível identificar uma causa para a ausência de medidas de avaliação mais coerentes, cabe lembrar o apontamento de Hassemer, para quem o legislador obtém o ganho político de ter atendido aos anseios sociais e respondido às grandes catástrofes de forma imediata e com meios mais radicais, que são os jurídico-penais.<sup>160</sup> A concretização do simbólico não se apresenta somente no processo de aplicação das normas, visualizando-se frequentemente em sua formulação e sua publicação,<sup>161</sup> razão pela qual é necessário que se avalie o contexto político-criminal em que os programas de *compliance* estão inseridos e de que forma refletem na aplicação do direito penal, para que se permita concluir se as finalidades sociais visadas por essas estruturas podem ser atingidas pelo atual formato de estruturação.

---

<sup>159</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 31.

<sup>160</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos..., p. 192.

<sup>161</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico..., p. 30.

## 2.4 Conclusões parciais

Esse primeiro capítulo buscou apresentar o conceito de *compliance*, considerado como mecanismo de gestão que busca atuação corporativa em completa conformidade com a legislação e com as diretrizes internas estabelecidas para, na esfera penal, prevenir comportamentos infratores e, na ocorrência de ilícitos, detectá-los e reprimi-los.

Na sequência, foi exposta a formatação que os atuais programas de *criminal compliance* têm adotado, no sentido de seguir uma padronização quanto aos seus elementos constitutivos, sem que isso venha a representar, de fato, a idoneidade dessas estruturas e o comprometimento com as finalidades anunciadas. Constatou-se que a padronização e o apego às métricas qualitativas e quantitativas são reforçados pela legislação e pelas normas administrativas que regulam os entes coletivos e avaliam essas estruturas, o que leva a questionar se há realmente uma preocupação legítima com padrões de conformidade ou se existe a pretensão de apenas atender aos itens obrigatórios para ocultar atividades ilícitas ou minorar/afastar eventual sanção, quando for o caso. A análise dos casos aqui expostos permitiu um diagnóstico inicial, a ser confirmado ao longo do trabalho, de que as estruturas de *compliance* podem ser manipuladas para atender aos interesses privados das pessoas físicas e jurídicas envolvidas, sem que exista um comprometimento com a legislação e padrões éticos de conduta e de mercado.

No entanto, a conclusão parcial alcançada levou ao questionamento acerca dos interesses públicos e privados que existem na estruturação e na manutenção de programas não autênticos, o que despertou a necessidade de identificar as finalidades não declaradas dos programas de *compliance*, notadamente, os efeitos trazidos pela implementação dessas estruturas que não constituem propriamente efeitos de prevenção, identificação e repressão de ilícitos. Os efeitos não declarados correspondem: (i) ao domínio das informações dos acontecimentos internos à empresa e ao controle sobre a condução do tema; (ii) à construção de uma boa imagem reputacional e ao aumento do valor da empresa; (iii) à redução dos riscos de responsabilidade da empresa e da responsabilidade penal do empresário e dos gestores ou à redução das sanções aplicáveis, penais ou não; (iv) ao cumprimento de exigências legais para contratações com o poder público, quando existentes. Tal cenário fortalece a implementação de programas de *compliance* de fachada, não comprometidos com o atendimento a padrões éticos e de respeito à legislação, o que trará efeitos diretos na seara penal.

O último tópico apresentou a hipótese inicial de trabalho, no qual o *compliance*, dados os elementos já analisados, se insere em um contexto de normativa penal simbólica, com a pretendida produção de efeitos de prevenção geral.

Dado esse contexto, o capítulo seguinte vai afunilar a discussão inaugurada, abordando a política criminal que ensejou o atual formato de estruturação dos programas de conformidade, bem como apresentar de modo aprofundado quais os reflexos das estruturas de *compliance* na responsabilização penal das pessoas físicas e jurídicas.



### 3 OS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO REFLEXO DA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL

No capítulo anterior foi analisada a forma como os programas de conformidade são estruturados e quais os interesses na sua implementação. Delimitados tais perfis, passa-se a examinar de que forma a política criminal atual, em que a pena é vista um instrumento de controle do crime e da criminalidade, influi no desenvolvimento desses programas e no estabelecimento de seus pressupostos, objetivos e consequências. O estudo das funções da pena criminal, no entanto, exige que se rasgue “o véu da aparência das funções declaradas ou manifestas da ideologia jurídica oficial, para identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades”.<sup>162</sup>

A compreensão das normas de caráter e natureza penal relacionadas aos programas de *compliance* exige que se façam breves considerações sobre a evolução do direito penal econômico nos séculos XX e XXI, a começar pelo paradigma da sociedade de risco. De acordo com Ulrich Beck, as forças produtivas crescentes no processo de modernização trazem consigo riscos e potenciais de autoameaça jamais vistos na sociedade,<sup>163</sup> pois escapam à percepção dos homens, localizam-se na esfera de fórmulas físico-químicas, a exemplo de toxinas nos alimentos, poluição atmosférica e ameaças nucleares, possuem alcance global, não se vinculando mais ao lugar em que foram gerados, e são capazes de ameaçar a vida em todas as suas formas.<sup>164</sup> Afirma o autor que a modernização é um processo reflexivo, que representa tanto a resposta quanto o problema, uma vez que os riscos (classificados como consequências implícitas da industrialização) decorrem do próprio desenvolvimento técnico-científico,<sup>165</sup> e é esse desenvolvimento que pode vir a contê-los.

Essa evolução da percepção do risco e da segurança foi influenciada também pelas consequências das Guerras Mundiais no século XX, pois, logo após a Primeira Guerra, princípios como justiça, segurança e solidariedade social foram consagrados como necessários para a paz e a estabilidade, em nível interno e global, o que levou à sua consolidação pelo Tratado de Versalhes, em 1919. A Segunda Guerra, por sua vez, resultou na Declaração Universal dos Direitos do

---

<sup>162</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 420.

<sup>163</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010. p. 23.

<sup>164</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**..., p. 26.

<sup>165</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**..., p. 24.

Homem, em 1948, que apresentou os direitos econômicos, sociais e culturais como indispensáveis à segurança humana.<sup>166</sup> Anabela Miranda Rodrigues esclarece que a nova conceitualização de segurança veio justamente nesse momento, quando se definiu que o desenvolvimento econômico e o lucro não podem se sobrepor às leis de proteção ao consumidor, aos direitos sociais, à saúde pública, ao meio ambiente e aos direitos humanos.<sup>167</sup>

Conforme ensina Roxin, a política criminal na Alemanha, entre 1962 e 1975, caracterizava-se como instrumento de domínio e controle social, e o direito penal representava um conceito de prevenção especial. Naquele momento, a lesividade social fundamentou o conceito material de delito e as funções do direito penal relacionavam-se com a proteção e o fortalecimento da liberdade, a segurança do indivíduo, o bem-estar dos cidadãos e a prevenção de um dano social.<sup>168</sup> Para o autor, nessa fase, o Estado não tinha a missão de realizar ideias e valores, mas de fortalecer o imperativo legal pela compensação da culpabilidade do autor e pela restauração do direito transgredido. O direito penal, assim, estava orientado a evitar comportamentos delitivos pela incidência da sanção no delinquente e pelo fortalecimento da consciência jurídica.<sup>169</sup>

Essa política criminal foi alterada em 1975, momento em que passou a ter orientações preventivas gerais ante a priorização da proteção do coletivo em virtude da crescente de comportamentos que passaram a ser vistos como uma ameaça social. Essa reorientação coletiva, tendente a gerenciar os riscos sociais pela ameaça da sanção penal,<sup>170</sup> trouxe igualmente a figura dos bens jurídicos difusos e do perigo abstrato, voltados à minimização dos riscos da sociedade.<sup>171</sup> A prevenção geral, voltada para manter a prática da fidelidade ao direito, antepõe a segurança coletiva ao autor individual e prioriza a intimidação em detrimento da meta ressocializadora, o que intensificou o controle e elevou os marcos penais.<sup>172</sup> Essa baliza temporal coincide com o início da transição, ao menos na Alemanha, da sociedade que até então apenas distribuía riqueza para a sociedade que passa a distribuir riscos.<sup>173</sup>

---

<sup>166</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 36.

<sup>167</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 32.

<sup>168</sup> ROXIN, Claus. Evolución del derecho penal y de la política criminal en Alemania. *In*: ROXIN, Claus; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: nuevas tendencias en el Tercer Milenio – Seminario Internacional**. Lima: Universidad de Lima: 2000. p. 31.

<sup>169</sup> ROXIN, Claus. Evolución del derecho penal..., p. 29-32.

<sup>170</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 59, p. 281-301, jan. 2013. p. 282.

<sup>171</sup> ROXIN, Claus. Evolución del derecho penal..., p. 33.

<sup>172</sup> ROXIN, Claus. Evolución del derecho penal..., p. 34-35.

<sup>173</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco...**, p. 25.

Essa evolução corresponde àquela apresentada por Victor Gómez Martín ao afirmar que o direito penal foi redefinido na década de 1980, quando os governos neoliberais reconheceram sua própria incapacidade para deter as causas da delinquência e passaram a atribuir ao direito penal funções relativas à redução da margem de delinquência, de gastos na luta contra o delito e do medo difuso do delito, além de ampliarem a exigência de atuação do setor privado e dos cidadãos na prevenção da criminalidade.<sup>174</sup> O direito penal, portanto, intervém não mais na origem do delito, mas busca interferir em seus efeitos, sintomas e consequências,<sup>175</sup> caracterizando-se como expediente capaz de tranquilizar – ainda que de forma simbólica – uma sociedade interessada em reduzir todos aqueles riscos que perturbam a vida em comunidade.<sup>176</sup> Assim, conceitos como “luta”, “eliminação” e “repressão” dos riscos e dos delitos passam a fundamentar a atuação dos órgãos de controle estatal, cuja função central é a de prevenir o delito e a violência que ameaça a sociedade, ainda que essa atuação represente um alto nível de intervencionismo por meio do direito penal e do direito processual penal,<sup>177</sup> meios considerados como efetivos para garantir a segurança.<sup>178</sup>

Em consonância com esse posicionamento, Schünemann afirma que o direito penal pode ser efetivo para lutar contra a criminalidade e, sem abandonar os pressupostos da *ultima ratio*<sup>179</sup> e da igualdade, defende que esse ramo deve ser modernizado para perseguir de forma mais dura

<sup>174</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). **Política criminal y reforma penal**. Madrid: Edisofer / Editorial B de F, 2007. p. 62-63.

<sup>175</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control. ..., p. 63.

<sup>176</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 41-42.

<sup>177</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano..., p. 185-189.

<sup>178</sup> KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança..., p. 45-46.

<sup>179</sup> Sobre o pressuposto do direito penal da *ultima ratio*, Bercovici e Souza, que sintetizam a essência do direito penal e a necessidade de estabelecimento de critérios para definir o que será objeto de tutela penal: “O direito penal, segundo compreendemos, é a *ultima ratio* na tutela de interesses essenciais para a convivência social, e que não podem ser eficazmente tutelados de outro modo. Neste influxo, o direito penal é em sua essência um direito penal mínimo, de conteúdo garantista. Sua contradição básica, consistente em procurar diminuir a violência social impondo uma forte violência estatal à cidadania, revela a necessidade de imposição, por meio da lei, de limites claros e seguros à atuação do Estado. Assim, há uma série de critérios negativos (limites materiais e formais) que devem ser verificados na legislação penal a fim de que se assegure de que esta não consagra uma ilegítima violência estatal”. No mesmo estudo, os autores discutem se há incompatibilidade entre o intervencionismo estatal na seara econômica e direito penal mínimo, concluindo pela possibilidade de conciliação entre ambos, desde que vinculados aos ditames de um Estado de Direito Democrático que tenha sua regra matriz na dignidade da pessoa humana. Entendimento contrário, no sentido de utilização do direito penal para a tutela de interesses não essenciais para a convivência social ou que podem ser disciplinados por outros meios, caracteriza mero terrorismo estatal, já que o direito penal não é agente transformador da realidade econômica. Cf. BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 1 – Intervencionismo Econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; et. al. (org.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 22-25.

aquelas condutas que causam maior dano social, como a criminalidade econômica e ambiental. Segundo o autor, a luta contra a criminalidade atual não pode ser feita com um direito penal retrógrado, e o único meio apropriado para a defesa efetiva perante as ameaças da sociedade pós-moderna é a mudança de tendência do direito penal da classe baixa para o direito penal da classe alta.<sup>180</sup> Explicando a mudança de tendência no direito penal (sem com ela concordar), Hassemer sustenta que a combinação dos critérios de modernidade e eficácia cria um direito penal tecnocrático (de colarinho branco) de direção social, paralelo ao direito penal social repressivo da violência (aquele direito penal tradicional).<sup>181</sup> Um exemplo dessa assertiva é facilmente verificável quando se analisa a responsabilidade criminal no ambiente empresarial, que se dá desde os escalões superiores aos inferiores (*top down*), de modo que esses escalões teriam o dever de evitar o cometimento de crimes, pois são os garantes da empresa.<sup>182</sup> Esse posicionamento se encaixa na análise de Hassemer, quando o autor afirma que o crescimento da segurança cidadã como um bem jurídico alimenta o pensamento crescente de que o direito penal e processual penal devem se adaptar às exigências de uma luta eficaz.<sup>183</sup>

Para Prittwitz, esse estado da segurança está diretamente vinculado à sociedade de risco, que redistribuiu e expandiu as tarefas do Estado para a instituição de uma política estatal moderna de prevenção, alterando a política anterior, que consistia na defesa tradicional dos perigos. Há, portanto, uma nova concepção de Estado, voltada para a proteção e cuja justificativa se encontra em um suposto direito fundamental da segurança.<sup>184</sup>

Não obstante a existência de críticas acerca da ausência de categorização teórica da segurança como um direito fundamental a ser tutelado pelo direito penal,<sup>185</sup> o Estado de prevenção

---

<sup>180</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? In: GARCÍA FALCONI, Ramiro et. al. (coord.). **Derecho penal económico**. Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 75. Esse direito penal da classe alta tem origem na definição de Sutherland acerca dos criminosos de colarinho branco, considerados como pessoas de respeitabilidade e elevado *status* social no curso da sua atividade, que cometem crimes relacionados à sua atividade profissional, valem-se da confiança que lhes é depositada para a prática do ato ilícito e a causa da conduta criminosa não está associada à pobreza e a suas respectivas patologias. (SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 33-38).

<sup>181</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos..., p. 190.

<sup>182</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 55.

<sup>183</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos..., p. 184.

<sup>184</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**: Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal em la sociedad del riesgo. Tradução: Eugenio C. Sarraayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 140.

<sup>185</sup> NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales..., p. 17. O autor, inclusive, afirma que considerar a segurança como um direito fundamental corresponderia a um alegado direito natural (teoria já ultrapassada) e a uma política sentimentalista. Luciano Anderson de Souza acrescenta que não é mera violação da confiança e, por consequência, criação da insegurança, o fator que justifica a criminalização econômica, sendo necessário apurar a existência dos demais critérios

assume as finalidades de resolver todos os problemas da moderna sociedade e transmitir a garantia de proteção.<sup>186</sup> E um dos meios mais estáveis para resolver os conflitos é o direito, de modo que a sociedade se torna, no dizer de Kindhäuser, cada vez mais “juridificada”,<sup>187</sup> uma vez que o sistema normativo transcende o mero papel coativo para se firmar como um guia material da moral social.

Entre os ramos do direito que têm importância fortalecida, tem-se o direito penal, mais especificamente o direito penal do risco, que altera o paradigma de combate ao mal específico para o paradigma do combate ao perigo,<sup>188</sup> modificando a sua atuação como garantidor de um mínimo ético-social para reger a responsabilidade social e solidariedade.<sup>189</sup> Com isso, o direito penal não tutela apenas um núcleo específico e delimitado de bens jurídicos, mas dita normas sociais de comportamento para afastar aquelas condutas entendidas como causadoras ou ampliadoras do risco. Além disso, expande-se por meio de bens jurídicos universais formulados de forma genérica e vaga para todos os âmbitos de vida em que as condições de segurança são ou podem vir a ser afetadas,<sup>190</sup> como meio-ambiente, economia, impostos, drogas, terrorismo e informática,<sup>191</sup> sendo considerado elemento essencial para atender às demandas sociais de tutela de novos interesses.<sup>192</sup> Não por outra razão é que Silva Sánchez elenca a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança (“insegurança sentida”) como causas da expansão do direito penal.<sup>193</sup>

Esse sistema penal não é fiel ou vinculado a uma estruturação filosófica da dogmática jurídica penal, seja porque falta regularidade ou racionalização na resolução dos conflitos, seja porque não se verifica um sistema jurídico orgânico, coerente e uniforme de pensamento, como afirma Alamiro Velludo Salvador Netto. Aliás, o autor aponta para a existência de uma suposta fundamentação científica de juízos de ocasião (que, ao mesmo tempo em que criticam a ciência

---

dogmáticos e político-criminais para se punir criminalmente um indivíduo. (SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 2 – Conteúdo do direito penal econômico. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho de (coord.). **Direito Penal Econômico**: Leis penais especiais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 55.

<sup>186</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 142 e 327.

<sup>187</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança*..., p. 48.

<sup>188</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 327.

<sup>189</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança*..., p. 54 e COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**..., p. 76.

<sup>190</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança*..., p. 52.

<sup>191</sup> HASSEMER, Winfried. *El destino de los derechos*..., p. 190.

<sup>192</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal compliance e as novas feições*... p. 282.

<sup>193</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37-51. Acrescenta-se o posicionamento de Barrilari, para quem a sensação geral de insegurança decorre da combinação entre a insegurança objetiva, relacionada aos novos riscos da sociedade moderna, e a insegurança subjetiva, percebida pela sociedade, que exige do Estado respostas consideradas mais efetivas, cf. BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada, criminal compliance**..., p. 20.

penal, utilizam-na de forma dissimulada e fora de contexto como argumento de convencimento para decisões pré-determinadas), com embasamentos desorganizados, arbitrários e supostamente lastreados na opinião pública,<sup>194</sup> assim apresentando o conceito da sociedade de risco:

O legislador tipifica criminalmente as mais diversas e pensáveis modalidades de condutas como apelo à voz dos cidadãos inseguros. O aplicador utiliza-se irrefutavelmente deste mesmo e incessante apelo para subsumir aqueles tipos de modo severo sem qualquer comprometimento com os âmbitos de proteção estabelecidos através dos instrumentos coerentes da dogmática penal. E o jurista, por sua vez, corre desesperadamente atrás de um entendimento possível da calamitosa situação, na busca da construção de um sistema razoável para o direito penal da modernidade. Eis aí o fenômeno da sociedade de risco.<sup>195</sup>

As adaptações do direito penal a fim de que ofereça proteção contra os perigos atuais resulta nas proibições de colocação em perigo, que são o “centro” do direito penal moderno.<sup>196</sup> Com essas proibições, o direito penal passa a ser visto como “um instrumento capaz de garantir segurança por meio da observância geral da norma”.<sup>197</sup> Acredita-se, portanto, que a normativa e as sanções penais são capazes de coibir a realização de ações individuais e coletivas que geram riscos para a sociedade, afastando a possibilidade de ocorrência de lesões aos interesses sociais,<sup>198</sup> além de serem instrumentos eficazes da condução de comportamentos individuais.<sup>199</sup> Há, em realidade, uma confusão entre a necessidade de intervenção estatal e a necessidade de intervenção jurídico penal.<sup>200</sup>

As proibições de colocação em perigo se traduzem nos crimes de perigo, nos quais não há um ato lesivo ao bem jurídico, mas apenas a sua exposição ao risco,<sup>201</sup> de modo que o desvalor da conduta reside completamente no comportamento, e não no resultado:<sup>202</sup> é punível todo ato que, de

---

<sup>194</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 81-83. Ainda de acordo com o autor, na página 84: “[n]ega-se a ciência jurídico-penal, mas se aplicam suas assertivas quando interessantes para lastrear esta ou aquela tomada de opinião, sempre voltadas à aplicação de pena como fator de resolução conflituosa. Assim, o desespero de respostas para situações novas e inusitadas – típicas do paradigma da sociedade de risco – parece esquecer a diferenciação entre as bases construtoras da ciência e da ‘opinião pública’, deixando que esta adentre como fator preponderante de valoração dos casos, mas sem qualquer análise crítica desta última como a ficção liberal do ‘topos’ da razão verdadeira e do conhecimento razoável”.

<sup>195</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 85.

<sup>196</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 46. Naucke, no mesmo sentido, afirma que o direito penal da prevenção é o moderno direito penal racional. NAUCKE, Wolfgang. *Prevenición general y derechos fundamentales...*, p. 15.

<sup>197</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 46.

<sup>198</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 67.

<sup>199</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, p. 99.

<sup>200</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 45.

<sup>201</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 49.

<sup>202</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 88.

maneira reprovável, cria riscos não permitidos para um bem jurídico ou incrementa aqueles riscos permitidos.<sup>203</sup> Essa modalidade de delito visa a proteger aspectos institucionais, isto é, âmbitos da vida que exigem o respeito a *standards* de segurança para seu funcionamento.<sup>204</sup> Assim, mais que punir lesões a bens jurídicos, busca-se oferecer segurança e evitar as perturbações sociais controlando e evitando determinadas condutas por meio da antecipação da tutela penal<sup>205</sup> e do afastamento da existência de lesão prévia aos bens jurídicos individuais.<sup>206</sup>

A estruturação do direito penal nesse formato busca aproximá-lo da realidade social, a qual, com o aumento da sua complexidade, não se limita às barreiras impostas pelos modelos penais tradicionais.<sup>207</sup> A dificuldade de demonstrar relações de causalidade na imputação de um resultado decorrente do uso de novas tecnologias, como aqueles crimes praticados via internet (fraudes eletrônicas e disseminação de pornografia, por exemplo), e os efeitos desconhecidos de novos produtos colocados no mercado sem o estudo de consequências a longo prazo, como os alimentos transgênicos, também são motivos que ampliam a utilização dessa modalidade de crimes,<sup>208</sup> agravados pelo fato de atingirem, na grande maioria dos casos, um número indeterminado de pessoas.<sup>209</sup> Souza, a propósito, questiona se a utilização desse ramo do direito não acaba por cumprir uma função estatal que encerra atividades administrativas do Estado ou que busca reforçar a política econômica estatal vigente, o que desvirtuaria a exigência de *ultima ratio* e tutela de bens jurídicos essenciais.<sup>210</sup>

Essa maneira de lidar com o perigo e com os efeitos desconhecidos de determinadas condutas, produtos e tecnologias por meio do direito penal teve sua evolução descrita por Prittwitz, que afirma existir três modelos de sociedade: a sociedade do perigo, em que existem grandes perigos que são consequências acessórias do avanço tecnológico e prevalece a concepção de um direito penal preventivo; a sociedade insegura, na qual se alarga tanto a segurança objetiva quanto a insegurança objetiva, e o direito penal assume a função de segurança simbólica e; por fim, o

<sup>203</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 328.

<sup>204</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 52.

<sup>205</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo...**, p. 92. Souza menciona que esse Direito Penal antecipatório é voltado a conformação de comportamentos e, por essa razão, é distante dos contornos liberais que regem o ramo jurídico criminal. Cf. SOUZA, Luciano Anderson de. **Análise da legitimidade da proteção penal...**, p. 77.

<sup>206</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 54.

<sup>207</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 134.

<sup>208</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo...**, p. 93.

<sup>209</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 51.

<sup>210</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Análise da legitimidade da proteção penal...**, p. 81-82.

modelo da sociedade de risco, na qual os perigos se transformam em risco, acendendo a dogmática do risco.<sup>211</sup>

Kindhäuser igualmente sustenta que o direito penal da segurança favorece uma política criminal meramente simbólica.<sup>212</sup> O autor traz esse apontamento não em decorrência dos efeitos que se espera que o direito penal produza, mas considerando também a própria criação da figura do risco:

Riscos não existem de forma prévia à consciência. Em realidade, os riscos são constituídos apenas por meio de suposições, prognósticos, cenários de probabilidade teórica. Deste modo, os riscos podem ser aumentados, diminuídos ou desconsiderados, a depender de como se pretende contê-los, vale dizer, a partir de como os riscos são calculados.<sup>213</sup>

Sobre esse ponto específico, Beck elucida que os danos classificados como irreversíveis baseiam-se em interpretações causais, isto é, no conhecimento que se tem deles, de modo que podem ser alterados, diminuídos, aumentados, dramatizados ou minimizados conforme os processos sociais de definição, ressaltando que os instrumentos e as posições de definição dos riscos são posições sociopolíticas chave,<sup>214</sup> e a política criminal é regulada pela ameaça, real ou

---

<sup>211</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 325-326.

<sup>212</sup> Em consonância com Kindhäuser, Prittwitz sustenta que nem sempre uma conduta socialmente lesiva pode ser contida suficientemente pelo direito penal – e isso pela própria natureza do ato e da lesão –, o que leva a caracterizar o simbolismo desse direito penal preventivo, pretendendo o legislador apenas mostrar que atuou de forma a tranquilizar a consciência social. (PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 326). Anabela Miranda Rodrigues aduz que todo direito penal é intrinsecamente simbólico e que essa função simbólica positiva deve ser cumprida. O problema reside quando o simbolismo é uma função exclusiva do direito penal, o que revela falta de legitimidade da intervenção penal. (RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 42). Contudo, vale trazer o contraponto apresentado por José Faria Costa, ao afirmar que é equivocado caracterizar toda legislação penal como simbólica, já que a superação dos perigos sociais pela definição de regras de cuidado e mecanismos de regulação é inerente à comunidade jurídica. (COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 316 e 327).

<sup>213</sup> KINDHAÜSER, Urs. **Liberdade e segurança...**, p. 54.

<sup>214</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco...**, p. 27. Complementando esse aspecto, Silva Sánchez afirma que a sensação de insegurança nem sempre corresponde ao risco verificável: “[é] realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis (os próprios da *Risikogesellschaft*), que lhes afetam pessoalmente e de modo imediato. Além disso, como observado mais acima, é inegável que a aparição dos novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes). Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima ‘sensibilidade ao risco’”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal...**, p. 45-46). Vale trazer também a lição de Alamiro Velludo Salvador Netto, para quem “o ‘direito penal do risco’ tem o risco ontológico apenas como um referencial indireto, pois entre um e outro há a mediação da valoração política e cultural capaz de efetivar um conceito jurídico penal e as respectivas margens de tolerância. Não é por acaso a constante afirmação do direito penal como fenômeno de poder (materialismo dialético), uma vez que a proibição não resulta do próprio risco, mas da leitura cultural, legislativa e judiciária que a este se sobrepõe”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 131).

virtual, da violência e sua politização.<sup>215</sup> Logo, tanto as definições de riscos como as de danos apresentam caráter político e definem as medidas a serem tomadas para minimizar os riscos e evitar/reduzir os danos, sendo plausível a afirmação de que o direito não diz aquilo que deve ser, mas sim aquilo que já é, pois a criminalização de uma conduta decorre daquele fato que apresenta uma disfunção no sistema social, especialmente no sistema de produção da riqueza<sup>216</sup>

As críticas a esse direito penal do risco se dividem em duas vertentes, sendo a primeira aquela relativa à incapacidade desse modelo para prevenir e conter a criminalidade e a segunda a que considera justamente o oposto, isto é, de que traz uma ampliação demasiada da tutela penal.

Para os defensores da primeira corrente, os cidadãos são livres apenas quando possuem segurança, o que exige não apenas a conciliação desses interesses, mas também conceber a liberdade como um pressuposto da segurança.<sup>217</sup> Portanto, a ampliação do direito penal estaria justificada pela sua utilidade social consistente em evitar os riscos derivados da sociedade de risco, tornando aceitáveis os custos da intervenção na liberdade e nas garantias individuais.<sup>218</sup>

Entre as garantias individuais suprimidas, tem-se a redução dos critérios de causalidade, mesmo que isso implique na modificação da carga da prova, já que, em alguns casos, o ônus de demonstração da causalidade é difícil de ser atendido, o que leva ao necessário arquivamento da investigação ou à absolvição dos acusados. Havendo relativização do ônus, a responsabilização penal seria mais factível. Do mesmo modo, o respeito ao princípio da imputação individual, nas hipóteses em que se verifica uma divisão de trabalho entre os envolvidos, igualmente dificulta a responsabilização, fortalecendo nessa corrente a ideia de que o direito penal deve ser adaptado aos “novos” criminosos, pertencentes a uma classe mais instruída, mais inteligente e mais preparada para calcular os perigos.<sup>219</sup> Tal premissa ignora eventual desvirtuamento de pressupostos que ela

---

<sup>215</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos..., p. 184.

<sup>216</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal**..., p. 87.

<sup>217</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control..., p. 87-90.

<sup>218</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control..., p. 90/91. Silva Sánchez denomina essa política de populismo punitivo e afirma que restringe, sim as liberdades públicas, de modo que se deve avaliar se essa restrição compensa pelos incrementos reais de segurança geral. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Tiempos de derecho penal**: Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía. Madrid: B de F/Edisofer, 2009. p. 19).

<sup>219</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 330.

causa, já que o papel de garantidor se sobrepõe a tais problemas,<sup>220</sup> em especial, naqueles casos em que não se entendem como aceitáveis quaisquer espécies de lesão a bens jurídicos.<sup>221</sup>

O conceito de antecipação da punibilidade do indivíduo que se afastou do direito e não garante a segurança cognitiva mínima de um comportamento típico é um dos fundamentos do modelo do direito penal do inimigo, teorizado por Günther Jakobs, defensor da ideia de que o sujeito deve ser neutralizado antes do fato ou de forma complementar à pena,<sup>222</sup> até porque não se visa a punir um fato específico, mas identificar e afastar da sociedade um determinado grupo de sujeitos.<sup>223</sup> Como afirma o Jakobs, “o Direito Penal do Inimigo [...] tem mais a tarefa de garantir segurança do que a de preservar a eficácia jurídica, e isso se revela na finalidade da pena e nos tipos penais correspondentes”.<sup>224</sup> Nesse ponto, Gómez Martín afirma que o direito penal do inimigo, juntamente com a expansão do direito, caracteriza as principais manifestações da sociedade de risco.<sup>225</sup>

De outro lado, a doutrina penal constitucional liberal afirma que há um esfumaçamento dos pressupostos de imputação e aponta para problemas de reprovação da culpabilidade mediante aspectos preventivos, de diferenciação de dolo eventual e de imprudência consciente,<sup>226</sup> sustentando que os critérios dogmáticos de imputação não são meras formalidades ou obstáculos

---

<sup>220</sup> Aqui a figura da omissão também se fortalece, como explica Renato de Mello Jorge Silveira: “O evoluir dessa neocriminalização, vista aqui como uma sobrecriminalização, do chamado Direito Penal moderno, não se ancora unicamente nas premissas de criminalização de perigo. Na realidade, vai além. Trata de buscar qualquer sorte de prevenção de riscos, ampliando, pois, o quadro criticável do que seria um Direito Penal de Perigo, para um Direito Penal em âmbito ainda mais prévio, *lato sensu*. Busca, assim, de fato, referências não só em condutas ativas, mas, também, em condutas omissivas. O simples deixar de fazer algo para prevenir futura potencial conduta danosa já se mostraria típico, seduzindo, assim, o legislador, de um lado, e o aplicador da lei, de outro. Essa, uma realidade penal atual bastante complexa. A opção pela descrição típica omissiva, ou por uma interpretação a título de omissão imprópria, encontra explicação de variada ordem, mas é patentemente vista na realidade empresarial, como bem destaca Imme Roxin. Isso se dá, em especial, pelo fato de que, no particular caso do Direito Penal Econômico, além de previsões expressas quanto a obrigações de fazer algo, e de se criminalizar o não fazer, encontram-se estipulações de deveres de vigilância específicos aos agentes financeiros, sendo as figuras criminosas, não raro, caracterizadoras de crime especial do agente que venha a praticar uma conduta omissiva imprópria. Em verdade, e sob essa perspectiva, pode-se dizer que a sobrecriminalização hoje pode ser vista de dupla forma. Por um lado, percebe-se a noção de sobrecriminalização direta, na qual aumenta-se a incidência típica com cada vez maior número de previsões criminais, em especial com foco no perigo abstrato ou, agora, em condutas omissivas”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial...**, p. 49-50).

<sup>221</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, p. 101-158.

<sup>222</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43 e 104-105.

<sup>223</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿“Derecho penal” del enemigo? In: CUERDA RIEZU, Antonio (dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (coord.). **La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos: IV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005**. Madrid: Dykinson, 2006. p. 96.

<sup>224</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo...** p. 47.

<sup>225</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, p. 72.

<sup>226</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 330.

ao direito penal, e sim limites para assegurar a sua legitimidade.<sup>227</sup> Afirma-se ainda que o direito penal é um instrumento estatal que interfere, de forma agressiva, na liberdade dos cidadãos e, justamente por isso, não pode se despir de seus pressupostos mínimos<sup>228</sup> e das garantias clássicas do Estado de Direito<sup>229</sup> simplesmente para vedar condutas indesejadas pela política estatal, sem que exista uma grave afetação de um interesse humano.<sup>230</sup> Adepto a essa vertente, Kindhäuser critica o fato de que o injusto e a culpabilidade em crimes de perigo possuem uma moldura penal mais baixa do que os crimes de resultado, mas as normativas penais apresentam-se de forma oposta,<sup>231</sup> apontando que a busca por segurança não é ilegítima, mas a sua implementação por meio do direito penal pode romper a estrutura racional da política criminal liberal típica do Estado de Direito.<sup>232</sup> Prittwitz se mostra igualmente partidário dessa corrente, ao afirmar que um direito penal injusto não pode ser admissível apenas por trazer consequências sociais consideradas positivas,<sup>233</sup> demonstrando preocupação com a atribuição de responsabilidade orientada unicamente pelo resultado.<sup>234</sup> No Brasil, destaca-se o posicionamento de Renato Silveira, para quem a criminalização antecipada não pode ser confundida com uma liberação desenfreada da punição antecipada, e tampouco o direito penal pode se desvincular de um lastro dogmático e político-criminal para atender apenas aos interesses de gestores da moral ou populistas,<sup>235</sup> bem como o posicionamento de Helena Lobo da Costa, que aduz que um direito penal orientado pelas consequências faz com que o sistema penal se torne um instrumento da política criminal e se afaste

<sup>227</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, p. 84.

<sup>228</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 45-46.

<sup>229</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal...**, p. 51.

<sup>230</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 3 – Estágio atual do direito penal econômico e alternativas jurídicas. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho de (coord.). **Direito Penal Econômico: Leis penais especiais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 75.

<sup>231</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 49-50.

<sup>232</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança...*, p. 52.

<sup>233</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 335.

<sup>234</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 338. Complementado esse aspecto, o autor afirma que não foi a orientação em função do risco que gerou a crise do direito penal, mas sim a racionalidade e a dinâmica do conceito de risco. (PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 339). Alamiro Velludo Salvador Netto também aponta a ausência de controle dos problemas como causa do aumento da crise do direito penal. “Como sintoma da contradição entre forças produtivas e relações sociais, a forma de controle dos problemas até então apresentados também não é mais apta para o combate destas novas situações, aprofundando sobremaneira uma crise institucional do sistema penal. O Direito Penal e seus modelos de imputação, designados e alinhados pela estandardização dos corolários liberais (idealistas), não mais conseguem qualquer eficiência para a sustentação dos novos bens alçados à proteção da ‘ultima ratio’. Verifica-se o malogro de todas as instâncias jurídicas de controle. O medo e o descontrole da sociedade de risco se fazem visíveis pela tipificação total, por um direito penal esperançoso em (pelo simples fato de poder criminalizar) possuir aptidão de diminuir os riscos produzidos pelos próprios homens e, agora, inerentes a todas as facetas da complexidade social.” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 94).

<sup>235</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico...**, p. 183.

de seus princípios, pois o efeito da pena se torna mais importante do que critérios como culpa e merecimento.<sup>236</sup>

### 3.1 Diagnóstico do cenário e tomada de posição

As perspectivas abordadas apresentam questões pertinentes já que o direito penal é insuficiente para lidar com os problemas e os riscos que se apresentam na sociedade e, ao mesmo tempo, precisa abordar determinadas situações sem deixar de lado seus pressupostos. Disso se extrai que os fundamentos e a formatação desse ramo do direito precisam definir se o risco será ou não considerado um conceito central para a concepção do direito penal e, ainda, se os princípios limitativos permanecerão exercendo o papel que lhes é devido.<sup>237</sup> No entanto, não há como negar que o risco já assumiu papel essencial na orientação da política criminal contemporânea, pois o próprio desenvolvimento do conceito de risco permitido explica o infortúnio como um injusto penal<sup>238</sup> e orienta a teoria da imputação objetiva.<sup>239</sup> Essa concepção busca ainda a construção de uma consciência normativa social por meio da intimidação,<sup>240</sup> educando aqueles autores “educáveis” e impedindo os demais de seguirem cometendo fatos puníveis.<sup>241</sup>

A busca pela construção dessa consciência normativa confere ao direito penal, além da função de controlar um número cada vez maior e complexo de comportamentos,<sup>242</sup> a missão de trazer a esperança de que a tipificação implicará resultados concretos no estabelecimento de limites

---

<sup>236</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana...**, p. 78-79. Gómez Martín igualmente aponta a flexibilização dos critérios dogmáticos de imputação (como a relação de causalidade, imputação objetiva de conduta e resultado, imputação subjetiva ou a relação de autoria) e a flexibilização de garantias político-criminais materiais e processuais (citando como exemplos os princípios da legalidade penal e processual, da taxatividade, da irretroatividade, da proibição da analogia *in malan parte* e da culpabilidade) como efeitos insatisfatórios do emprego dos crimes de perigo abstrato. (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, p. 83).

<sup>237</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 331-332. A propósito Alamiro Velludo Salvador Netto afirma que não é a abertura do direito penal que significa a perda da segurança jurídica, do mesmo modo que o sistema fechado não necessariamente representa uma possibilidade infalível de segurança, apontando que o arbítrio da utilização política do sistema penal deve ser o comprometimento (ou o desprezo) da comunidade com a dignidade da pessoa humana. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 135).

<sup>238</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo...**, p. 338.

<sup>239</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva y compliance penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). CUERDA MARTÍN, Mónica de la; TORRE GARCIA, Faustino García de la (coord.). **Derecho penal económico y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 399.

<sup>240</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 56.

<sup>241</sup> NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales...*, p. 20. Gómez Martín afirma que, com essa orientação, a reabilitação do criminoso passou a ser um fim desejado não pelo seu aspecto humanitário, mas sim pelo seu caráter instrumental, convertendo-se em meio para conseguir fortalecer o controle social com custos baixos. (GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, p. 70).

<sup>242</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 153-154.

e controles, além do conhecimento acerca dos riscos que se apresentam na sociedade moderna.<sup>243</sup> Com isso, a redução do medo do delito, como sensação da coletividade, passa a ser um objetivo político do Estado de mais fácil realização do que a própria redução da delinquência real. Esse objetivo pode ser alcançado de três formas: (i) pela transmissão de uma informação confiável ao cidadão para demonstrar que o medo difuso possui certa irracionalidade; (ii) pelo fomento de esquemas de vigilância comunitária; e (iii) pela atribuição de responsabilidade ao cidadão e ao setor privado para colaborar com a administração no controle da delinquência.<sup>244</sup> Contudo, a tutela penal de interesses administrativos voltados ao direcionamento político e científico dos riscos sociais nem sempre vai conter um bem jurídico penal válido e legitimador da intervenção penal, o que traz por consequência uma promessa de segurança vazia, já que a capacidade de controle do direito penal é limitada. Além disso, a tutela de sentimentos sempre foi, em termos de legitimidade, controvertida no direito penal.

Nota-se também que a responsabilidade pelos perigos nem sempre abarca todos os individualmente responsáveis, pois a dinâmica da vida em sociedade traz riscos que não podem ser necessariamente imputáveis a uma ou outra pessoa justamente por representarem uma forma de vida e de gestão. Ao se punir criminalmente um sujeito, não significa que haverá qualquer alteração nesse modelo.

Assim, o direito penal se expande, dilatam-se os tipos penais e a possibilidade de imputação penal por meio da ampliação dos bens jurídicos difusos e de crimes de perigo, mesmo com a consciência de que os riscos e as ameaças sociais não serão contidos ou limitados e tampouco o efetivo causador do dano virá a ser responsabilizado. O objetivo final, na verdade, é conformar os anseios sociais, reduzir o medo e apresentar uma posição ativa do Estado perante os perigos existentes.

Apesar de tais pontos fracos, esse contexto é um dos elementos que favoreceram a ampliação dos programas de *compliance* na sociedade, já que candente a participação ativa da comunidade e de outros segmentos da sociedade civil na prevenção do crime. As primeiras resoluções da ONU que tratam dos programas de *compliance* foram *Guidelines for the Prevention of Urban Crime* (Resolução 9/1995) e *Action to Promote Effective Crime Prevention (Guidelines for the Prevention of Crime* (Resolução 13/2002) e, como alertam Busato e Scandelari, ambas

---

<sup>243</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal...**, p. 90.

<sup>244</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Cultura del control...*, p. 63.

destacavam que a responsabilidade da prevenção é principalmente do governo, mas a participação da comunidade e de outros segmentos da sociedade civil é indispensável para a execução da tarefa preventiva.<sup>245</sup>

Muda-se, portanto, a posição passiva da comunidade – sujeita a um sem-número de crimes – para uma posição ativa, de combate da criminalidade, para contribuir com a redução da sensação de insegurança coletiva. A população se identifica com um Estado que protege e zela por seus interesses, ao mesmo tempo em que o indivíduo participa desse processo, independentemente do resultado que venha a ser produzido.<sup>246</sup>

Como essa mudança de paradigma na política criminal contribui para o formato adotado para a implementação dos programas de *compliance* é o tema a ser abordado no próximo tópico.

### 3.2 Vigilância e controle como fonte de orientação dos programas

As estruturas de *criminal compliance* no interior das pessoas jurídicas correspondem a uma estratégia de controle do comportamento empresarial e de garantia da aplicação das múltiplas disposições que regulam a atividade,<sup>247</sup> sendo igualmente um fator determinante para a discussão da responsabilidade penal da pessoa coletiva<sup>248</sup> e das pessoas físicas, muito embora sua função declarada seja a implementação de uma cultura de obediência à legislação e a contribuição dos entes privados na prevenção, no combate e na identificação de condutas criminosas.

Sob uma concepção de autorregulação interna (*soft law*), os programas se materializam em regras de conduta que concretizam e delimitam os riscos permitidos,<sup>249</sup> à exceção, evidentemente, de programas indeterminados e genéricos que não seguem essas premissas seja por uma decisão consciente (programas de *criminal compliance* de fachada, cosméticos), seja por inaptidão na hora

---

<sup>245</sup> BUSATO, Paulo César. SCANDELARI, Gustavo Britta. La incorporación de los programas de cumplimiento (“criminal compliance”) en la realidad jurídico-penal latino americano. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Christa M. (coord.). **Tratado sobre compliance penal**: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 1232-1233.

<sup>246</sup> GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control..., p. 65. Aqui, encaixa-se o ensinamento de Prittwitz quando afirma que as reduções das inseguranças sociais e das situações de perigo têm por objetivo a minimização do risco e, mediante isso, a redução da insegurança. (PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 333).

<sup>247</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 84.

<sup>248</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 110.

<sup>249</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais**..., p. 127. Caro Coria aponta que a concepção de risco permitido é o espaço próprio para a intervenção da autorregulação empresarial, das boas práticas corporativas e dos programas de *compliance*. (CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva..., p. 399-400). Pode-se dizer, ainda, que foi a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica que impeliu o estudo sobre *compliance*.

de implementação das estruturas, seja pela inerente incapacidade das estruturas de preverem todos os riscos que decorrem do exercício da atividade empresarial, como já analisado no capítulo anterior.

Por meio de mecanismos de monitoramento e controles internos, supervisão, criação de procedimentos, implementação de auditoria e canal de denúncia, busca-se orientar o comportamento das pessoas em suas interações sociais por meio da visibilidade das vantagens que a observância da norma pode trazer, pela construção de uma consciência ética nesses espaços<sup>250</sup> e, principalmente, pela indicação das consequências e punições decorrentes da realização de comportamentos proibidos. Esse direcionamento dos comportamentos dentro da atividade empresarial gera um corpo normativo que integra ou envolve o sistema de *compliance* e corresponde a um mecanismo de *enforcement* autônomo para fomentar uma cultura de legalidade entre os integrantes da pessoa jurídica.<sup>251</sup>

Sem adentrar nos pormenores históricos acerca do surgimento do *compliance*, é conveniente observar, para os fins do presente estudo, que a sua formatação veio no cenário descrito no tópico anterior, em que se ampliou a necessidade de maiores aparatos de prevenção e segurança para controlar o delito e se buscou o desenvolvimento de novos setores governamentais com a conformação de novas organizações de prevenção ao delito, para conectar organismos de justiça penal com as atividades dos cidadãos, das comunidades e das corporações. Com isso, os limites formais de controle do delito não são apenas estabelecidos pelas instâncias de controle estatal, mas também por agentes e atores da sociedade civil.<sup>252</sup>

David Garland, ao discorrer sobre as diversas perspectivas de controle e prevenção da criminalidade, descreve a existência, por volta de 1970, de mudanças no enfoque de estratégias reativas para experiências proativas que acentuam a interação com o público, de modo a fortalecer a prevenção por meio do trabalho em conjunto com a comunidade,<sup>253</sup> o que amplia os atores responsáveis pela segurança comunitária, como já abordado anteriormente. Essa alteração no paradigma busca novas práticas de controle do delito anteriores à sua realização, mediante a redução dos eventos delitivos pela minimização das oportunidades, intensificação dos controles

---

<sup>250</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 63.

<sup>251</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 173-175.

<sup>252</sup> GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Tradução: Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 279-280.

<sup>253</sup> GARLAND, David. **La cultura del control...**, p. 277-278.

situacionais, vigilância dos indivíduos suspeitos e afastamento das pessoas de situações propensas à prática de ilícitos.<sup>254</sup> O objetivo principal dessa política, de acordo com o autor, está centrado na redução da indignação popular e em sua respectiva tranquilização, bem como na credibilidade do sistema, o que aponta para uma preocupação mais política do que penal.<sup>255</sup>

Com o combate à criminalidade voltado à prevenção, a lei penal não possui mais um fim em si mesmo, mas é direcionado de modo a atingir essa segurança, o que, por sua vez, altera o foco dos agentes de controle para as situações que propiciam a ocorrência de crimes em vez de se concentrarem nos indivíduos que já delinquiram. Essa estratégia preventiva busca identificar pontos de perigo, produtos atrativos para a prática de ilícitos e padrões de vitimização para que seja possível instalar controles sobre as situações factuais e direcionar as condutas individuais, afastando os sujeitos de cenários propícios para a realização de delitos. Com essa atuação, as entidades de controle buscam organizar e aumentar a sua capacidade de controle sobre os cidadãos, sobre as comunidades e sobre as empresas,<sup>256</sup> buscando, ao final, mitigar a indignação popular, tranquilizar o público e restaurar a credibilidade do sistema.<sup>257</sup>

No contexto do controle social, por mais que a presença estatal se faça mais marcante, é indispensável que se ampliem as capacidades governamentais de agentes não estatais para prover segurança e controle do delito<sup>258</sup> com base na ameaça de sanção,<sup>259</sup> que é o que caracteriza justamente o conceito de autorregulação regulada, em que se inserem as estruturas de *compliance*. A atuação desses novos agentes na execução da tarefa preventiva exige que novos elementos se insiram no contexto preventivo, como a vítima,<sup>260</sup> os meios instrumentais de controle da sociedade civil, os objetivos expressos, os direitos individuais – que precisam ser observados também sob o enfoque dos direitos de intimidade, privacidade e trabalhistas, relativamente aos colaboradores da

---

<sup>254</sup> GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 281.

<sup>255</sup> GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 284.

<sup>256</sup> GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 281-282.

<sup>257</sup> GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 284.

<sup>258</sup> GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 285.

<sup>259</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime, Law, and Social Control**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 80.

<sup>260</sup> Garland acentua que os processos de individualização da conduta passaram a ser centrados nas vítimas, as quais são informadas sobre as providências e decisões tomadas e envolvidas no processo judicial desde a denúncia até a condenação. Observa também que as avaliações de impacto sobre as vítimas buscam avaliar as consequências do delito, para demonstrar de que forma a vítima foi particularmente afetada pelo ilícito do sujeito. (Cf. GARLAND, David. **La cultura del control**... , p. 293). É possível acrescentar ao papel da vítima ainda a colaboração na investigação do fato, especialmente, quando tratamos de crimes cometidos no ambiente empresarial, em que a atuação da empresa, quando ocupar a posição de lesada, assume papel crucial para a descoberta do fato, identificação do autor, delimitação das consequências do ato lesivo e comunicação às autoridades penais para os procedimentos legais.

pessoa jurídica. Isso afeta diretamente os marcos que orientam o controle do ilícito e o formato pelo qual os objetivos de prevenção são colocados em prática, até porque significa que regimes de regulação, inspeção e controle de condutas farão parte de diversos campos da vida do cidadão.<sup>261</sup> Além disso, técnicas de trabalho do setor público passam a ser utilizadas pelo setor privado, e vice-versa, incorporando-se também à função preventiva o uso de tecnologias típicas de cada setor e técnicas de gerenciamento para propiciar um controle mais estreito e orientado,<sup>262</sup> o que pressupõe a existência de mecanismos jurídicos e condições institucionais adequadas, a fim de que reguladores e regulados cooperem na disposição do controle e no alcance do alinhamento regulatório.<sup>263</sup> Na autorregulação, conta-se ainda com o poder coercitivo do Estado e a respectiva pressão externa, considerada necessária para tal atividade.<sup>264</sup>

Os recursos próprios dos controles sociais informais são valorizados nessa pretensão de ampliação de controle dos comportamentos individuais e corporativos, com o objetivo de conduzir a organização para um sistema de obediência à legislação.<sup>265</sup> Essa orientação reflete diretamente nos mecanismos de *compliance* implementados nas empresas, pois tem o objetivo de vigiar e proporcionar maior controle sobre a organização,<sup>266</sup> estabelecendo-se a pretensão de comunicar os *standards* da companhia,<sup>267</sup> como uma fonte extralegal de conformidade,<sup>268</sup> e de que essas estruturas sejam capazes de erradicar as infrações econômicas pela imposição de uma política de tolerância zero com a criminalidade.<sup>269</sup> Esse vigilantismo constitui mais um reflexo da política criminal expansionista própria do sistema penal da sociedade neoliberal.<sup>270</sup>

---

<sup>261</sup> Para ser fiel à obra de Garland, é importante destacar que o autor afirma que o controle está se expandindo para todas as áreas da vida social, com exceção da economia, de cujo domínio desregulado decorre a maior parte dos riscos fundamentais contemporâneos. (GARLAND, David. **La cultura del control**..., p. 315). Muito embora seja certa a afirmação de que a economia traz riscos elevados para a sociedade, o presente trabalho parte do pressuposto de que há uma enorme gama de mecanismos de controle sobre a atividade empresarial, mesmo que tais mecanismos, com destaque para os penais, não sejam adequados para controlar tais riscos. De todo modo, não se pode ignorar que o livro original do autor é de 2001, antes de diversas mudanças trazidas pela crise dos *sub primes* em 2008, que ocorreu por uma falta de regulação e controle do setor.

<sup>262</sup> GARLAND, David. GARLAND, David. **La cultura del control**..., p. 277-278 e 309.

<sup>263</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**..., p. 147.

<sup>264</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 100.

<sup>265</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 109.

<sup>266</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura..., p. 143.

<sup>267</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 109.

<sup>268</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 59.

<sup>269</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**..., p. 199.

<sup>270</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23-24.

Um modelo de *compliance* baseado na vigilância exige que o empresário ou o *compliance officer* otimize sua capacidade de supervisão sobre os funcionários e todos os demais indivíduos que se sujeitam ao programa de conformidade. De acordo com Adán Nieto Martín,

O controle se basearia em medidas como o controle dos meios de pagamento e, em geral, dos recursos financeiros; a imposição aos empregados de obrigações de informar sobre descumprimentos que detectem; a seleção do pessoal de acordo com critérios de risco; a vigilância dos empregados através de acesso a seus correios eletrônicos, o registro das chamadas telefônicas, os acessos à internet; a vigilância por meio de circuitos fechados de TV, contratação de detectives privados.<sup>271</sup>

Referido modelo reflete na configuração dos sistemas de denúncias, no formato das investigações internas e na escolha das medidas disciplinares,<sup>272</sup> pois acredita-se que, com a internalização dos *standards* normativos pelos empregados, a lei será cumprida porque é a coisa certa a fazer e porque, do contrário, haverá a ameaça pela descoberta da violação.<sup>273</sup> Essa ameaça da descoberta é mais real e provável justamente por conta do sistema de vigilância exercido pela empresa, seja pelo monitoramento informático e de vídeo, seja por controles de acesso e sistemas de denúncia. Acrescente-se ainda a esse rol a estruturação de processos internos de acordo com o princípio de “quatro olhos”, em que qualquer transação e seleção de pessoal é realizada por duas pessoas, mediante verificação e checagem de pagamentos e seus instrumentos, a existência de *due diligence* por ocasião da contratação de empresas e terceiros,<sup>274</sup> bem como a ênfase dada na documentação e manutenção de registros.<sup>275</sup>

A instalação de câmeras de vigilância no espaço de trabalho, a realização de inspeção de escritórios e armários, a interceptação de correios eletrônicos e correio postal, o controle das tarefas de trabalho, a realização do rastreio de chamadas realizadas durante o trabalho, bem como de páginas de internet visitadas no horário de trabalho,<sup>276</sup> além da possibilidade completa de inspeção de celulares e computadores corporativos que são utilizados pelos empregados são outros elementos comuns aos programas de *criminal compliance* estruturados sob os pressupostos expostos.

Além da vigilância do empregador com relação aos seus empregados, que fica muito bem configurada pelos exemplos acima, cria-se também uma estrutura de gerenciamento coletivo, em

---

<sup>271</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura... p. 142.

<sup>272</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura... p. 143.

<sup>273</sup> SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime*..., p. 109.

<sup>274</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura... p. 150.

<sup>275</sup> SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime*..., p. 83.

<sup>276</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Autolimpeza empresarial*..., p. 231.

que todas as pessoas atuantes na empresa se gerenciam entre si,<sup>277</sup> seja porque o sucesso no cumprimento das responsabilidades de um dependerá da realização adequada das responsabilidades da outra,<sup>278</sup> seja porque cria-se uma cultura em que os empregados adquirem o dever de comunicar a suspeita de qualquer ato irregular praticado por seus colegas. Essa última hipótese pode ser representada pela figura do *whistleblowing*, aquele funcionário que, “mesmo sem esse encargo, está disposto a denunciar a prática interna de um crime, prestar uma informação de interesse público, ou mesmo, relatar a ocorrência de uma infração de uma norma ética”.<sup>279</sup> O *whistleblower* se integra às funções de *compliance* e, juntamente com o canal de denúncia instalado na empresa, é um mecanismo pelo qual as informações são controladas.

Os instrumentos de regulação, nesse modelo, são percebidos como policiais agressivos cuja função primordial é identificar e punir os desviantes, pois só o medo de punição mantém o potencial criminoso no caminho certo.<sup>280</sup> Nieto Martín aponta que o pressuposto da vigilância trazido pela atual estrutura dos programas de *compliance* é responsável por desenvolver um modelo policial, de comando e controle.<sup>281</sup> Ao se considerar que muitas empresas operam em países de baixa sensibilidade frente aos direitos fundamentais e direitos do trabalhador, a vigilância e o controle permitidos por lei, em matérias relativas a intimidade, sigilo das comunicações e proteção de dados, são ainda mais invasivos e sem limites.<sup>282</sup> Isso pode ensejar inspeções e auditorias agressivas, que violem os direitos dos trabalhadores ou a realização de interrogatórios que obriguem a autoincriminação.<sup>283</sup>

Em maior ou menor medida, é possível comparar as estruturas de *compliance* com a concepção de disciplina, apresentada por Michel Foucault, no ano de 1974, para explicar as relações de poder que se desenvolvem em espaços como quartéis, colégios, igrejas, hospitais, fábricas e prisões. A disciplina estabelecida pelos detentores do poder, em breve síntese da estrutura elaborada pelo autor, tem por finalidade organizar um espaço analítico para que as repartições sejam conhecidas, dominadas e utilizadas de modo a tirar o máximo de vantagens e neutralizar os

<sup>277</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**..., p. 88-89.

<sup>278</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal compliance**..., p. 88-89.

<sup>279</sup> CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance**..., p. 66.

<sup>280</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 94.

<sup>281</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 37.

<sup>282</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura... p. 143.

<sup>283</sup> MENDES, Paulo de Souza. *Law Enforcement & Compliance*. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). *In: Novos estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 19-20.

inconvenientes.<sup>284</sup>

O autor ainda explica que o espaço em que o processo disciplinar ocorre (“espaço disciplinar”, com limitações bem definidas) se divide conforme a segregação que se pretenda estabelecer entre os indivíduos, permitindo a criação de espaços em que o vigilante possa enxergar a todos, avaliar a qualidade da atuação, comparar os indivíduos e acompanhar o desenvolvimento da atividade desenvolvida. O objetivo final dessa atuação passa a ser “instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, mediar as qualidades ou os méritos”,<sup>285</sup> atribuindo atividades e funções a cada um dentro de uma rede de relações.<sup>286</sup>

A concepção de que o comportamento de todos deve ser vigiado, atribuindo-se a cada indivíduo um papel nessa função de vigilância para se obter um aparelho eficiente,<sup>287</sup> assemelha-se à atual proposta de *compliance*, cujo preceito é o de que, se alguma irregularidade for praticada, não passará despercebida pelo sistema de controle (aqui disposto em uma concepção ampla, pelos mecanismos eletrônicos, pelos colegas que têm o dever de denunciar, pelos integrantes do sistema de conformidade etc.) e o infrator será responsabilizado.

O sistema de detecção e aplicação de sanções é elemento essencial para assegurar que as normas sejam eficazes e respeitadas, por isso as medidas disciplinares são parte dos programas de *compliance*.<sup>288</sup> Isso se justifica porque a conformidade pretende ser alcançada por meio da coerção, e as penalidades assumem um papel dissuasório nos indivíduos, isto é, presume-se que o medo da punição produzirá uma atuação em consonância com a legislação e as normativas internas da empresa. Sem pretender aprofundar em aspectos específicos da criminologia corporativa, é conveniente apresentar o estudo de Sally S. Simpson, para quem a ideia da dissuasão parte do pressuposto de que os indivíduos são vistos como seres racionais e que buscam satisfazer suas vontades e seus interesses, de modo a maximizá-los para evitar situações não desejadas. Com isso, parte-se da ideia de que o risco de punições formais e demais consequências faz com as pessoas atuem conforme a legalidade.<sup>289</sup> Ainda, de acordo com a autora, quanto mais certa, severa e célere

---

<sup>284</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 140.

<sup>285</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**..., p. 140.

<sup>286</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**..., p. 143.

<sup>287</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**..., p. 161.

<sup>288</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura... p. 150.

<sup>289</sup> SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime**..., p. 9.

a punição, maior será o efeito dissuasório tanto para os indivíduos que venham a ser punidos (teoria da dissuasão específica) quanto para o público em geral (teoria da dissuasão geral, segundo a qual a aplicação de sanções ao agente infrator vai prevenir outros de praticarem atos similares<sup>290</sup>), indicando a autora que sanções organizacionais e de perda reputacional são sanções informais que oferecem um poder inibidor do crime em qualquer controle estratégico.<sup>291</sup>

Para Sally Simpson, o objetivo da dissuasão é alcançar *compliance* por meio da coerção. Uma estratégia de dissuasão assume que há um ator racional que vai pesar os custos e benefícios do crime em comparação com os de *compliance*. A abordagem de uma estratégia cooperativa assume que o *enforcement* não é possível ou desejável e que, quando violações ocorrerem, reguladores devem realizar uma abordagem para se fazer cumprir a lei.<sup>292</sup> Essa responsabilização, que é instaurada pelo sistema como uma sanção, pode assumir feição cível indenizatória, ressarcitória, trabalhista, social (pela repercussão dos fatos) e, inclusive, criminal, com a comunicação dos fatos à autoridade policial. Nesse panorama, busca-se uma coerção individual para que se cumpra aquilo que é determinado pelos superiores hierárquicos, que, por sua vez, devem se amparar na legislação. Dentro da margem legal, as regras internas, as condutas, os procedimentos, os padrões e os mecanismos de controle são estabelecidos na definição do programa de *compliance*, pelos gestores da empresa.

Sem muita dificuldade, associa-se a teoria da dissuasão geral apresentada pela autora à teoria da prevenção geral positiva,<sup>293</sup> segundo a qual a imposição da pena ao indivíduo infrator tem por finalidade reforçar a confiança da comunidade na ordem jurídica e garantir a expectativa de respeito recíproco às normas de comportamento estipuladas pela lei.<sup>294</sup> Com a imposição da pena ao autor, expressa-se a reprovação pela inobservância da norma e comunica-se à sociedade que a norma continua valendo e violações não serão toleradas. A prevenção geral positiva visa a confirmar para a sociedade a inviolabilidade da ordem jurídica e, assim, a fortalecer a fidelidade ao direito da população.<sup>295</sup>

<sup>290</sup> SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime*..., p. 9 e 24.

<sup>291</sup> SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime*..., p. 109.

<sup>292</sup> SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime*..., p. 113.

<sup>293</sup> Essa teoria, juntamente com outros elementos relacionados à finalidade da pena criminal, será abrangida de forma mais completa no próximo capítulo.

<sup>294</sup> KINDHAÜSER, Urs. *Liberdade e segurança*..., p. 45.

<sup>295</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. Tradução: Gabriel Pérez Barberá. In: ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. CÓRDOBA, Gabriela E. PASTOR, Daniel R. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 102-103.

Sob essa perspectiva, o destinatário da prevenção geral positiva não é mais o delinquente ou aquele prestes a delinquir, mas sim o cidadão fiel ao direito e ao qual se deve proporcionar, por meio de uma justiça penal que funcione, um sentimento de segurança e a aprovação do Estado e sua ordem jurídica.<sup>296</sup> De acordo com Claus Roxin, a prevenção geral positiva produz três efeitos: a aprendizagem de que o direito penal se faz presente quando se violam regras sociais básicas; a confiança gerada no cidadão ao perceber a imposição do direito; e a pacificação, que se produz quando uma violação da lei é resolvida pela intervenção estatal e é reestabelecida a paz jurídica.<sup>297</sup>

A propósito, Silva Sánchez<sup>298</sup> e Montiel<sup>299</sup> definem a cultura do *compliance* justamente como uma variante da prevenção geral positiva, razão pela qual seria possível, para a satisfação de seus objetivos, a utilização pelas empresas de equivalentes funcionais da legislação e de regras processuais penais.<sup>300</sup> Não obstante, é necessário observar se essa formatação não acaba por configurar a função simbólica do *compliance* no direito penal (como será abordado em capítulo posterior).

Essa concepção da “cultura de cumprimento” pode vir a isentar as empresas da responsabilidade penal em alguns ordenamentos jurídicos, como o português e o espanhol, e da responsabilidade administrativa em outras legislações, como a brasileira, e constitui um reverso positivo da “culpabilidade pela condução da vida”. De acordo com esse conceito, o sujeito pode vir a ser responsabilizado não pelos seus atos e capacidades no momento do fato, mas sim pela forma com a qual conduz sua vida, a qual o levou a, naquele momento do ato ilícito, não exercer controle sobre a situação.<sup>301</sup>

A responsabilidade (ou sua exclusão) pela cultura de cumprimento é bem evidenciada na Circular 1/2016, de 22 de janeiro, da *Fiscalía General del Estado* da Espanha, que busca

---

<sup>296</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 103.

<sup>297</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 103.

<sup>298</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 100.

<sup>299</sup> MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial..., p. 224.

<sup>300</sup> O traslado de normas processuais penais para as investigações realizadas no âmbito privado tem por finalidade assegurar os direitos fundamentais dos trabalhadores perante ingerências arbitrárias do trabalhador, mas, de acordo com Montiel, pode ser problemático se não forem realizadas as devidas adaptações, cf. MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial..., p. 228.

<sup>301</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo: ¿Hacia una teoría artética de la responsabilidad penal de los entes colectivos? In: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **El Derecho Penal desde la política criminal**: ensayos sobre dogmática, economía y filosofía del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.p. 546-547.

estabelecer diretrizes sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em conformidade com a Lei Orgânica 1/2015, que reformou o Código Penal daquele país. O documento prevê que o fundamento da imputação da pessoa jurídica reside na conduta de seus dirigentes ou no descumprimento de suas obrigações de controle sobre os subordinados, de modo que os programas de controle assumem o papel de referência para medir as obrigações das pessoas responsáveis na corporação.<sup>302</sup> Vale destacar a disposição 19<sup>a</sup>.1 do Capítulo 7 (*Conclusiones*) da Circular, que estabelece que os promotores deverão, entre outros elementos, valorar em que medida os modelos de organização e gestão correspondem a uma expressão da cultura de cumprimento da empresa ou são apenas instrumentos para evitar a sanção penal. Ortiz de Urbina Gimeno, sobre esse aspecto, afirma que, na prática, busca-se implantar um discutível modelo de controle empresarial que supera a mera exigência de prevenção de delitos.<sup>303</sup>

A análise da responsabilidade criminal pela cultura de cumprimento da empresa torna propício o fortalecimento da imputação objetiva, por ser a esfera que conecta o *criminal compliance* com a teoria jurídica do crime, na medida em que a ausência ou a insuficiência de controle será determinante para a responsabilização, por não ter controlado o risco. Em realidade, o objeto da imputação penal passa a ser a criação ou o incremento do risco em decorrência da falta ou da insuficiência de uma cultura corporativa de cumprimento à legislação. De outro lado, “se uma empresa possui um *Criminal Compliance* adequado ou idôneo, sua atividade permanecerá dentro do risco permitido e, portanto, o crime cometido não lhe pode ser imputado objetivamente”,<sup>304</sup> sendo correta a afirmação de Caro Coria de que o compliance corresponde à face negativa da imputação objetiva do delito corporativo.<sup>305</sup> O requisito para a punibilidade não é mais o conhecimento do risco, mas sim a decisão tomada ante a sua existência e constatação:

Não se trata de polarizar entre conhecer e querer, nem das diversas fórmulas que estabelecem os limites entre dolo eventual e imprudência consciente, mas sim de levarmos a sério o programa normativo comprometido com uma reconstrução realista das atitudes *ex ante* diante dos riscos.<sup>306</sup>

<sup>302</sup> ESPAÑA. **Doctrina de la fiscalía general del Estado**. Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Madrid, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Acesso em: 10 mar. 2023.

<sup>303</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Trayectoria y cultura corporativa..., p. 548-549.

<sup>304</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva..., p. 398.

<sup>305</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva..., p. 399-400.

<sup>306</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 341-342. Tradução nossa. No original: “No se trata de polarizar entre conocer y querer, ni de las diversas fórmulas para marcar los límites entre dolus eventualis e imprudencia consciente,

Nesse cenário, tem-se discussão crescente acerca da obrigatoriedade de as empresas implantarem programas de *criminal compliance* no seio das pessoas jurídicas, já que é um mecanismo de política criminal que pretende auxiliar no combate à criminalidade.<sup>307</sup> Como exemplo, o projeto de alteração do Código Penal da Espanha, em seu artigo 182º, previa a imputação da pena de prisão de três meses a um ano, além de multa, e a inabilitação para o exercício da indústria ou comércio pelo prazo de seis meses a dois anos para o representante legal ou o administrador de qualquer pessoa jurídica ou empresa, ou outra organização e entidade sem personalidade jurídica, que deixasse de adotar medidas de vigilância e controle.<sup>308</sup> No entanto, com a tramitação parlamentar do Projeto, a reforma aprovada em 2015 suprimiu essa disposição.

A esse respeito, Gómez Tomillo expõe que, sem a imposição de sanções, não há como se estabelecer a obrigatoriedade de implantação de medidas de controle e vigilância, razão pela qual defende a adoção de medidas punitivas que fortaleçam a implementação mandatória, pelas pessoas jurídicas, de protocolos de prevenção de riscos penais<sup>309</sup> e apresenta cinco razões para isso, assim divididas: (1) o custo de não-*compliance* é bem mais elevado que o custo de sua estruturação; (2) é de interesse estatal a transferência dos custos da prevenção do delito no âmbito empresarial para as próprias pessoas jurídicas, especialmente, considerando que as pessoas que geram um risco devem possuir um dever intensificado na prevenção da lesão; (3) o *compliance* é um fator essencial para gerar confiança nos operadores econômicos acerca do correto funcionamento do mercado;

---

sino de si nos tomamos en serio el programa normativo comprometido con una reconstrucción realista de las actitudes ex ante frente a los riesgos”.

<sup>307</sup> No Brasil, tem-se a obrigatoriedade de implementação de programas de *compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista, por meio da Lei Federal nº 13.303/2016, que determina a essas pessoas jurídicas a adoção de mecanismos de controle interno, de governança corporativa e de gerenciamento de riscos, conforme os requisitos trazidos no art. 9º. No entanto, não há previsão de uma sanção específica para o caso de não cumprimento e adequação à legislação, quanto ao administrador ou à própria pessoa jurídica. As consequências para o caso de não cumprimento seriam apontamentos em relatórios elaborados pela CGU que poderiam levar a eventual reprovação de contas pelo Tribunal de Contas da União, como apontam Marcus Quintella e Mariana Lessa (QUINTELLA, Marcus; LESSA, Mariana. Governança e compliance nas empresas estatais: Os avanços trazidos pela Lei das Estatais e os impactos no programa brasileiro de desestatização. **FGV Transportes – Opiniões**, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/starle/handle/10438/32011>. Acesso em: 11 mar. 2023). Do mesmo modo, a Lei nº 12.846/2013 prevê sanções em caso da constatação de atos lesivos, mas não estabelece nenhuma punição pela não implementação de programas de compliance.

<sup>308</sup> CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. **Proyecto de Ley 121/000065**. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid: Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 4 de octubre de 2013. Disponível em: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF). Acesso em: 11 mar. 2023.

<sup>309</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 12.

(4) a necessidade de se introduzir a proteção das vidas humanas no âmbito da atividade industrial, sobretudo na prevenção de acidentes empresariais; e (5) a impossibilidade de se deixar a contenção dos riscos empresariais à mercê da ponderação dos representantes e administradores das pessoas jurídicas.<sup>310</sup>

Para o autor, há necessidade de construir um delito doloso pela não adoção de medidas de *compliance*, de modo que o dolo se projetaria apenas na ausência de adoção de medidas de prevenção da comissão do delito, sendo irrelevante se os administradores ou representantes legais participaram ou tinham conhecimento do crime concreto praticado no interior da empresa.<sup>311</sup> O bem jurídico nesse caso seria a política de Estado em matéria de prevenção de riscos penais no marco das pessoas jurídicas, o que caracterizaria um bem coletivo, e não um delito de perigo.<sup>312</sup>

Vale observar que a responsabilização criminal pelo não cumprimento adequado de medidas de *compliance* é prevista pela legislação peruana, que possui um tipo penal específico para a omissão de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro no âmbito das instituições financeiras (artigo 5 do Decreto Legislativo nº 1106),<sup>313</sup> tanto na modalidade dolosa quanto culposa, desde que observadas as normas complementares das atribuições do profissional quanto às atividades que precisa comunicar. Assim, independentemente de se verificar ou não que as operações realizadas caracterizam lavagem de dinheiro, o descumprimento administrativo por parte do funcionário responsável é passível de punição criminal.<sup>314</sup>

<sup>310</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 17-19.

<sup>311</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 92 e 95. Reforça o autor que essa regra apenas teria aplicação para infrações penais, pois não se poderia sancionar criminalmente pela não implementação de medidas de controle quando se verificarem infrações administrativas, sob pena de sancionar de forma mais grave a não adoção de medidas de controle do que a própria infração administrativa por si só. Inclusive, essa é uma das razões pelas quais o autor defende a ampliação do catálogo de delitos imputáveis às pessoas jurídicas. (GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 80).

<sup>312</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 69-71.

<sup>313</sup> “Artículo 5º.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas: El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal”. Cf. PERU. Decreto Legislativo 1106, de 18 de abril de 2012. Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. **Diario Oficial el peruano**, Lima, 19 abr. 2012. Disponível em: <<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contra-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

<sup>314</sup> ASMAT COELLO, Diana Marisela. Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. *In*: AMBOS, Kay; CARO CORIA, Dino Carlos Caro;

### 3.3 As estruturas de *compliance* como fator de ampliação do direito penal

Diante da necessidade de compreender de que forma as estruturas de *criminal compliance* colaboram para a modificação e, principalmente, para a ampliação do direito penal, serão observados os reflexos na responsabilização penal das pessoas jurídicas e das pessoas físicas que, de alguma forma, são responsáveis pela observância da lei na atividade empresarial.

#### 3.3.1 Reflexos na responsabilização penal da pessoa jurídica

Sem pretender defender ou criticar as teorias que tratam da responsabilização da pessoa jurídica, não se pode ignorar que essa discussão representa um dos fenômenos caracterizadores da expansão do sistema penal e um aspecto central do direito penal econômico na atualidade,<sup>315</sup> razão pela qual será avaliado, neste tópico, de que forma as estruturas de *criminal compliance* refletem no processo de responsabilização dos entes privados, seja para delimitação da culpabilidade, seja para a definição e a mensuração da sanção. Para tanto, convém discorrer brevemente sobre os modelos da heterorresponsabilidade e da autorresponsabilidade que apresentam formatos distintos para fundamentar a penalização desses entes.

O primeiro modelo, da heterorresponsabilidade, também chamado de sistema vicarial ou de dupla imputação, tem como viável a responsabilização da empresa apenas quando prevista também a punibilidade das pessoas naturais, consideradas como figuras centrais na realização do crime.<sup>316</sup> Nesse modelo, não há um conceito próprio de injusto ou de culpabilidade para a pessoa jurídica, pois utiliza-se a estrutura dogmática tradicional de definição de crime – conduta típica, antijurídica e culpável –, que apenas pode ser cometido pela pessoa natural.<sup>317</sup> O ilícito aqui é praticado pelo indivíduo, mas as consequências penais se transladam para a pessoa jurídica,<sup>318</sup> o que justifica a

---

MALARINO, Ezequiel (coord.). **Lavado de activos y compliance**: perspectiva internacional y derecho comparado. Lima: Jurista Editores, 2015. p. 419.

<sup>315</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. Estágio atual do direito penal econômico..., p. 64-65. No mesmo sentido, Barrilari aponta que há teorias de responsabilização da pessoa jurídica que se justificam pela necessidade de adequação aos paradigmas da sociedade moderna. Cf. BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada**..., p. 140-141.

<sup>316</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. 2.ed. Lima: Grijley, 2007. p. 110.

<sup>317</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “Compliances”. In: PALMA HERRERA, José Manuel; AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Compliances y responsabilidad penal corporativa**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 21.

<sup>318</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 19.

classificação desse formato como responsabilidade por ricochete, por atribuição ou empréstimo.<sup>319</sup> Toda conduta relacionada à pessoa jurídica só é explicável por meio das ações e decisões das pessoas naturais que a integram ou a dirigem,<sup>320</sup> especialmente aquelas que compõem o alto escalão. Salvador Netto apresenta três requisitos essenciais para fundamentar a heterorresponsabilidade:

O primeiro dos requisitos diz respeito ao autor da infração penal, o qual deve ser um diretor, administrador, representante legal ou dirigente capaz de atuar, nas mais variadas circunstâncias, em nome da pessoa jurídica (exigência subjetiva). Como regra geral, pode-se dizer que a conduta de um empregado ou subalterno não terá, ao menos em tese, a capacidade de gerar a responsabilização do ente coletivo. Outro requisito elementar impõe que a conduta criminosa praticada pelo dirigente tenha sido perpetrada no exercício e nos limites de suas funções ou por conta da empresa, isto é, no marco de suas atribuições, no desempenho de atividades conectadas com a realidade empresarial. Por fim, a terceira e última exigência diz respeito à necessária intenção da pessoa física em obter algum tipo de vantagem ou benefício para a pessoa jurídica. Com isso, não estão compreendidos os casos de representante que atue exclusivamente em proveito próprio ou de terceiros – hipóteses em que a empresa, na realidade, poderá ser entendida como vítima do eventual delito perpetrado, nesse caso, em seu desfavor.<sup>321</sup>

De acordo com Laufer, esse formato de responsabilidade se adota por motivos de conveniência judicial e utilidade, uma vez que a intenção jurídico penal apenas pode ser das pessoas físicas, não sendo as empresas capazes de possuir dinâmica estrutural ou organizativa que transcenda as ações individuais dos empregados ou representantes.<sup>322</sup>

Esse modelo é alvo de críticas porque consagra padrões de responsabilidade penal objetiva das pessoas jurídicas<sup>323</sup> e amplia o espectro da ação e da culpabilidade para além daquilo estabelecido pela teoria clássica do delito.<sup>324</sup>

De outro lado, o modelo da autorresponsabilidade se baseia em um defeito da organização, o qual justifica a culpabilidade da pessoa jurídica.<sup>325</sup> O fator decisivo para a imputação de responsabilidade nesse modelo não é o comportamento antissocial da pessoa natural, mas sim a

<sup>319</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2.ed. São Paulo: Thomsom Reuters, 2020. p. 102.

<sup>320</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Trayectoria y Cultura Corporativa..., p. 558.

<sup>321</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal...**, p. 110.

<sup>322</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. Tradução de Carlos Gómez-Jara Díez. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas**. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 71-72.

<sup>323</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal...**, p. 119.

<sup>324</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Logos Ciencia & Tecnología**, Bogotá, v. 3, n. 1, p. 186-202, jun./dez. 2011. p. 199.

<sup>325</sup> NIETO MARTIN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 181.

atividade e o comportamento social da empresa, antes e após a ocorrência do ilícito.<sup>326</sup> Mesmo que seja indispensável um agir humano para o ilícito, a responsabilidade empresarial advém de um defeito de organização próprio, que é o que permite a imputação do ato delitivo.<sup>327</sup> Diferentemente do modelo anterior, aqui há uma responsabilidade autônoma e independente da pessoa jurídica ao lado da responsabilidade individual da pessoa natural.<sup>328</sup>

O pressuposto nesse sistema é o de que a empresa realiza uma conduta própria e é dotada de culpabilidade própria, sendo o injusto diverso daquele praticado pela pessoa física já que a ação e a culpabilidade das pessoas jurídicas e naturais se fundamentam de formas diversas.<sup>329</sup> Assim, o injusto da pessoa jurídica não será aquele relativo ao preenchimento dos elementos do tipo penal de lavagem de dinheiro, estelionato, fraude, crimes licitatórios etc., mas sim aquele relacionado à sua incapacidade de se auto-organizar para evitar a prática de crimes em seu interior, isto é, pelo seu defeito de organização,<sup>330</sup> ainda que exista uma determinada classe de acessoriedade com o delito praticado pela pessoa física.<sup>331</sup> Para a atribuição de responsabilidade, deve-se apurar se o ente coletivo empreendeu medidas e diligências para prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desempenho da atividade empresarial<sup>332</sup> e como as políticas organizativas da empresa contribuíram para a comissão do delito.<sup>333</sup>

Lauffer apresenta quatro teorias que podem justificar a responsabilidade empresarial e inicia seu raciocínio apresentando os conceitos de culpabilidade empresarial proativa e reativa. A primeira é relacionada à cultura e à política corporativa, sendo a culpabilidade verificada quando as práticas e os procedimentos corporativos forem inadequados para prevenir a comissão do delito. Assim, as empresas são passíveis de responsabilização quando não implementarem políticas e práticas corporativas que reduzam a probabilidade de realização do ilícito. Os esforços proativos ordenam auditorias internas, externas e revisões a respeito do cumprimento do direito.<sup>334</sup> A culpabilidade empresarial reativa, por sua vez, considera a reação da corporação perante o fato delitivo. A prova de que se reagiu com a diligência devida ou de que se respondeu corretamente ao

---

<sup>326</sup> SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal..., p. 108.

<sup>327</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal..., p. 194.

<sup>328</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada**..., p. 215.

<sup>329</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 19.

<sup>330</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 20.

<sup>331</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 84-85.

<sup>332</sup> SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal..., p. 108.

<sup>333</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 70.

<sup>334</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 75-76.

descobrir o delito, segundo o autor, constitui o fundamento tanto da responsabilidade como da culpabilidade, pois, em caso de omissão na tomada de medidas razoáveis, de caráter corretivo ou de reparação do dano, ante o descobrimento da comissão do delito, então se considera que a empresa é culpável.<sup>335</sup> Nesses dois conceitos, como se vê, a culpabilidade não está relacionada temporalmente com a comissão do delito.

A culpabilidade reativa é criticada pelo autor, porque reflete a resposta da empresa ao descobrir o delito, e não a comissão em si mesma, o que significa que a culpabilidade da pessoa jurídica se refere à sua omissão ante fato de terceiro, não se extraindo qualquer intenção ou ação da corporação quanto aos fatos.<sup>336</sup> Do mesmo modo critica a negligência vicarial que se produz quando há uma omissão por parte da pessoa responsável pelas medidas preventivas, quando inexistente um tipo penal associado à omissão de medidas preventivas.<sup>337</sup> Para o autor, a culpabilidade reativa e a responsabilidade vicarial devem ser substituídas pela responsabilidade e pela culpabilidade construtiva, que se inferem quando há provas de uma ação ilegal e a concorrência de um estado mental corporativo, este último consistente na existência de ações empresariais com intenção, conhecimento, imprudência ou negligência.<sup>338</sup> Essa hipótese construtivista, que avalia circunstâncias, características e percepções atualizadas de cada empresa,<sup>339</sup> fundamenta a culpabilidade da pessoa jurídica justamente na ausência de um programa efetivo de *compliance*, pois foi a omissão na elaboração do programa que originou a imperfeição estrutural do ente coletivo.<sup>340</sup> Para determinar se concorre ou não uma ação penal empresarial, deve-se considerar a existência de delegações, autorizações, permissões imprudentes, bem como o *status* do agente que tenha atuado e o âmbito de sua competência. Quanto maior a relação do agente/entidade, mais razoável considerar que as ações do agente são uma construção das ações da empresa.<sup>341</sup> Nesse

---

<sup>335</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 76.

<sup>336</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 82.

<sup>337</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 83.

<sup>338</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 84-85. A ação empresarial com intenção é aquela em que o objetivo é provocar um resultado determinado, já a ação empresarial com conhecimento não requer um desejo de que a conduta conduza ao resultado, mas supõe que a empresa tolere sua ocorrência. A atuação com imprudência é aquela em que a empresa assume o risco de causar um dano enquanto a negligência se produz quando uma empresa cria um risco substancial e injustificável que deveria conhecer, extraindo-se uma falta de percepção do risco que reflete um desvio grave com respeito ao *standard* de cuidado que se espera da empresa nessa situação, cf. LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 86-87.

<sup>339</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 85-86.

<sup>340</sup> BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. In: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.). DAVID, Décio Franco (org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 41.

<sup>341</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 85.

modelo, em suma, um sistema de *compliance* identifica e previne desvios estruturais, pelo que a sua inexistência no interior empresarial conduz ao reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica.<sup>342</sup>

O autor traz igualmente a teoria do *ethos* empresarial, segundo a qual há responsabilidade corporativa quanto o *ethos* organizativo ou a personalidade organizativa incentivam os agentes da empresa a cometer delitos. Essa teoria exige a identificação de três pressupostos para a responsabilização do ente: a existência de uma política ilícita no interior da corporação; um agente que atue conforme tal política e uma ação ilícita realizada, autorizada, ordenada ou apoiada por um alto diretor e uma organização que ratifique, implícita ou explicitamente, dita infração.<sup>343</sup> A última teoria apresentada pelo autor é a que avalia que a ação e a intenção corporativa localizam-se em certas opções e decisões que se comunicam por meio de políticas empresariais. Para essa construção, a intencionalidade empresarial se extrai da estrutura interna para a tomada de decisões corporativas, bem como dos fins e objetivos da empresa (cabendo avaliar se suas ações e intenções se direcionam a favor dos ou contra os interesses da sociedade).<sup>344</sup>

Não se pode deixar de mencionar a elaboração de teorias tendentes a formular um modelo de responsabilização com categorias dogmáticas próprias das pessoas jurídicas, como o apresentado por Salvador Netto, definido como uma proposta de terceira via. Para o autor, que inicialmente delimita a atuação penal apenas sob as pessoas jurídicas de direito privado, a ação típica da pessoa jurídica seria aquela que produz lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico em decorrência de um déficit de organização contrário ao direito. O injusto, por sua vez, deve refletir a personalidade do ente coletivo, o que pode ser extraído da existência de um defeito da organização. O juízo de tipicidade, portanto, decorre da existência de um defeito organizativo que produz a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico ou que o ameaça. Por fim, a culpabilidade da pessoa jurídica advém do juízo de reprovação da má estruturação como espaço de liberdade, destacando que diversos fatores influem nessa avaliação, como o faturamento, o porte empresarial, a divisão de tarefas, o grau do defeito de organização e até mesmo a atuação pós delito, impondo Salvador Netto uma análise subjetiva de cada empresa envolvida em crimes<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do Compliance..., p. 40.

<sup>343</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 77.

<sup>344</sup> LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho..., p. 77-78.

<sup>345</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal**..., p. 163-198.

Juan Carlos Carbonell Mateu propõe um modelo em que, considerando as pessoas jurídicas como sujeitos de direito e reconhecidas como tais, as tomadas de decisão estão submetidas a regras nas quais se avaliam a exigibilidade ou não de comportamentos conforme a lei. Para o autor, imputa-se à pessoa jurídica apenas aquilo que representa uma lesão típica do interesse protegido, independentemente do defeito organizativo, pois a tipicidade pode ser constatada mesmo em empresas perfeitamente organizadas, com ou sem dolo. A responsabilização da pessoa jurídica se daria, assim, de maneira muito semelhante à das pessoas naturais, sempre que visualizado um compromisso com a violação do bem jurídico.<sup>346</sup>

Sarcedo, ao sustentar que as finalidades político-criminais das penas aplicáveis às pessoas jurídicas são diferentes daquelas aplicáveis às pessoas naturais, propôs a elaboração de uma parte geral da responsabilidade geral da pessoa física em que sejam delimitadas as tarefas que obrigam as empresas a cooperar com o Estado na prevenção de ilícitos, bem como quais medidas de controle antes e após os ilícitos devem ser adotadas. Entre os elementos que o autor elenca para a construção de um sistema brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica, estão: o estabelecimento das garantias inerentes às responsabilidades de natureza penal; a definição de um rol dos delitos em que podem incorrer as empresas; a penalização ampla das pessoas jurídicas, devendo ser excluído apenas o Estado e os órgãos de administração pública direta; a elaboração de um sistema misto de responsabilidade, que admita hipóteses de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade, sendo a regra de responsabilização o próprio fato culpável, pois não pode a responsabilidade da pessoa jurídica depender da identificação da pessoa natural; os fatos criminosos sempre devem ter ocorrido por interesse, em benefício ou em proveito do ente coletivo; a culpabilidade própria da empresa decorre do defeito da organização (servindo os programas de *compliance* como critério de aferimento de culpabilidade da pessoa jurídica e como sistema de garantias, prevendo o autor que apenas o Poder Executivo Federal poderá regular os deveres exigíveis das pessoas jurídicas); e, por fim, o afastamento de qualquer responsabilidade objetiva.<sup>347</sup>

<sup>346</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua “dogmática” e sobre o sistema da Reforma de 2010 do CP espanhol. Tradução: BUSATO, Paulo César. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 133/2017, p. 37-67, jul. 2017. p. 47-50.

<sup>347</sup> SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal...**, p. 187-194. Em trabalho apresentado juntamente com Sérgio Salomão Shecaira, Sarcedo reforça a necessidade de criação de um conceito de culpabilidade corporativa que avalie tanto o resultado lesivo como o defeito de organização como pressuposto da pena e instrumento de contenção do poder punitivo estatal, cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem à Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 705. No mesmo sentido, Barrilari: “A responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser considerada como uma

Nota-se, assim, que os programas de *compliance*, mesmo em teorias que buscam definir um conceito próprio de responsabilização da pessoa jurídica, constituem mecanismos formais pelos quais as empresas demonstram a existência de uma organização interna voltada a evitar a realização de fatos ilícitos,<sup>348</sup> a realização de diligências por parte da alta administração voltada à prevenção de delitos no interior dos entes coletivos<sup>349</sup> e a busca por uma organização virtuosa,<sup>350</sup> pois constituem figuras de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica<sup>351</sup> ou de redução de sanções, já que buscam afastar quaisquer defeitos de organização. Não por outra razão é que se sustenta que os programas de *compliance* fazem parte do processo de expansão do direito penal<sup>352</sup> e as teorias que pretendem fundamentar a culpabilidade da pessoa jurídica pela não realização de um programa de *compliance* efetivo sofrem críticas por serem consideradas teorias causalistas de responsabilização penal.<sup>353</sup>

Acerca dos reflexos dos programas de *compliance* em modelos jurídicos de heterorresponsabilidade, Sousa afirma que esse desenho afasta a avaliação acerca da autonomização do fato da pessoa coletiva para a sua responsabilização, uma vez que a atribuição da sua culpa depende exclusivamente da ação da pessoa física. Com isso, por mais que se verifique a existência de um *compliance* efetivo, dificilmente o fato não será imputado àquele ente.<sup>354</sup> A

---

instituição isolada no ordenamento jurídico, mas inserida no sistema penal. Se a lei criminal individual exige culpabilidade específica do indivíduo que sofre a imposição de punição, o direito penal empresarial deve exigir o mesmo para as empresas. Assim, a construção de um conceito adequado de culpabilidade empresarial configura o ponto central da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Uma das possíveis construções pode ser percebida na culpabilidade da pessoa jurídica assentada em programas autorregulatórios. Nesse contexto, os programas de *compliance* tem nítida função instrumental de política criminal com aptidão para dar uma diretriz normativa adequada e para fixar responsabilidade. Outra função política criminal que pode ser alcançada com um efetivo programa de *compliance* é estabelecer os limites precisos entre responsabilidade individual e responsabilidade corporativa” (BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada...**, p. 148).

<sup>348</sup> AGUILERA GORDILLO, Rafael. Capítulo 2 – Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los “Compliances”. In: PALMA HERRERA, José Manuel; AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Compliances y responsabilidad penal corporativa**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 102.

<sup>349</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva..., p. 401.

<sup>350</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 181.

<sup>351</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 128. Acrescente-se a lição de Bello e Saavedra, que sustentam que o *compliance* representa não só um mecanismo de defesa de um processo criminal, mas também sua própria evitação, cf. BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA; Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas com os *bitcoins* e a lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 147, a. 26, p. 251-272, set. 2018. p. 258.

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e *compliance* na área da saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan./abr. 2017. p. 265. SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal *compliance* e as novas feições... p. 283.

<sup>353</sup> BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do *Compliance*..., p. 64.

<sup>354</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 134. Nessa linha, Palma Herrera igualmente aduz que os programas de *compliance* não podem se qualificar como causa de exclusão da tipicidade ou da culpabilidade em modelos de heterorresponsabilidade, porque não existe ação imputável ao ente jurídico nem capacidade para atuar de maneira culpável. PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 27.

análise da autora vem da observação do Código Penal português, que prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica sob o modelo da heterorresponsabilidade, estabelecendo que as pessoas coletivas e entidades equiparadas são responsáveis por determinados crimes quando praticados em seu nome ou interesse coletivo por pessoas que ocupem posições de liderança ou, ainda, quando cometidos por pessoas inferiores hierarquicamente àquelas e atuem em uma violação aos deveres de vigilância e controle que lhes incumbem.<sup>355</sup>

Contudo, apesar de não haver qualquer previsão expressa acerca de isenção de pena quando existentes programas de *compliance*, o artigo 11º, 6, do Código Penal exclui a responsabilidade das pessoas coletivas quando ficar demonstrado que o agente infrator atuou contra ordens ou instruções expressas do responsável, o que, para Mendes, significa a possibilidade de a existência da estrutura de *compliance* ser utilizada para demonstrar, justamente, quais eram as ordens e instruções repassadas pela gestão corporativas aos demais subordinados.<sup>356</sup>

Para além disso, a constatação do programa pode ser um elemento a ser avaliado na determinação da pena, como circunstância favorável à entidade jurídica,<sup>357</sup> do que é possível concluir que, ainda que reduzidos, há reflexos criminais decorrentes da implementação de estruturas de conformidade mesmo naqueles ordenamentos jurídicos que adotam o modelo da heterorresponsabilidade.

Experiência diversa quanto aos efeitos do *compliance* na responsabilização das pessoas jurídicas sob a perspectiva do modelo da heterorresponsabilidade, é aquela vivenciada nos Estados Unidos. O Capítulo 8 das *Sentencing Guidelines* estabelece que as organizações apenas podem atuar por meio de seus agentes<sup>358</sup> e que, em geral, podem ser responsabilizadas pelas ofensas cometidas pelas pessoas naturais. Independentemente da responsabilização da pessoa jurídica, as

<sup>355</sup> Conforme artigo 11º, 2, do Código Penal português. PORTUGAL. **Código Penal**. Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>. Acesso em: 30 mar. 2023.

<sup>356</sup> MENDES, Paulo de Souza. *Law Enforcement...*, p. 17.

<sup>357</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 134.

<sup>358</sup> De acordo com Ortiz de Urbina Gimeno e Chiesa, o passo decisivo para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos Estados Unidos foi a decisão do Tribunal Supremo no caso “New York Central & Hudson Railroad v. United States”, em 1909, no qual se declarou que os fatos delitivos cometidos por qualquer dos empregados que estejam no exercício de suas funções podem ser imputados a empresas. Posteriormente, acrescentou-se a necessidade de que o empregado estivesse atuando em favor da empresa. A empresa, portanto, deve responder por seus atos ilícitos do mesmo modo que se beneficia de seus atos, sem que se possa alegar ter cumprido com seu dever de cuidado. Essa admissão se generalizou na jurisprudência estadunidense, do que se extrai que o país adota a teoria da heterorresponsabilidade. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE. UU. *In*: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **El Derecho Penal desde la Política criminal**: ensayos sobre dogmática, economía y filosofía del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2021. p. 502.

pessoas naturais virão a ser penalmente responsabilizadas pelos seus próprios atos e não precisam ser diretores ou representantes para gerar consequências para a pessoa jurídica.<sup>359</sup> Com base nisso, o *Guidelines Manual* busca mecanismos para impor as sanções conjuntamente às organizações e a seus agentes, de modo que seja capaz de punir de forma justa, provendo a adequada dissuasão e antevendo mecanismos para que as organizações mantenham mecanismos internos de prevenção, detecção e reporte da conduta criminal.<sup>360</sup>

Convém observar que, nos Estados Unidos, a responsabilidade penal se determina mediante um procedimento de duas fases. Na primeira (*liability phase*), determina-se se a pessoa acusada é responsável e, na segunda (*sentencing phase*), estabelece-se a medida de sua responsabilidade e a pena concreta a ser imposta. A fim de estabelecer critérios e aumentar a segurança jurídica tanto para a definição da responsabilização quanto para a fixação da sanção, foram criadas as *Sentencing Commissions*, agências administrativas para reformar o sistema de determinação da pena, mediante a elaboração de diretrizes para a determinação individual da pena por meio das *Sentencing Guidelines*.<sup>361</sup> No Capítulo 8 já citado, são previstos quatro princípios gerais para a fixação das sanções das pessoas jurídicas: (1) a reparação do dano, que não é vista como uma sanção, mas como um meio de reparar as vítimas pelos danos causados; (2) a fixação de uma multa em valor alto o suficiente para alienar a organização de todos os seus ativos naqueles casos em que atuou para ou operou principalmente para fins criminosos; (3) a determinação da pena de multa para entes distintos há de basear-se na gravidade do delito, que geralmente será avaliada pelo maior ou menor ganho pecuniário advindo do ilícito, e na culpabilidade do ente, que será determinada por seis fatores, sendo quatro que justificam o aumento da punição (o envolvimento ou a tolerância à atividade criminosa, o histórico anterior da organização, a violação de uma ordem e a obstrução da justiça) e dois fatores que atenuam a punição final da organização (a existência de um programa de ética e cumprimento eficaz e o autorrelato, cooperação ou aceitação de responsabilidade); (4) o estabelecimento de um período de prova (*probation*) para a pessoa jurídica, quando seja necessário

---

<sup>359</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva. ..., p. 385.

<sup>360</sup> UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, §3E1.1 (Nov. 2021). Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2023. p. 517.

<sup>361</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad..., p. 504. Os autores explicam que as *Organizational Guidelines* não se referem à determinação da responsabilidade da empresa, já que se adota o modelo vicarial, limitando-se a regular a imposição da pena concreta de multa ou a imposição de um período de prova. (ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad..., p. 507).

para assegurar o cumprimento de outra sanção ou para verificar o estabelecimento de medidas internas para reduzir a probabilidade de reincidência.<sup>362</sup>

No entanto, além de a existência de programas de ética e cumprimento ser um fator a ser considerado para a sanção, é um elemento que ganha ainda mais força quando se trata da realização de acordos de colaboração premiada (*plea bargain*) entre as empresas acusadas e os promotores públicos estadunidenses,<sup>363</sup> já que a existência de medidas de cumprimento anteriores à realização do ilícito pelo empregado é geralmente necessária para alcançar o acordo, e a conclusão exitosa das condições estabelecidas exige o cumprimento de diversas medidas pelas empresas, entre as quais usualmente se encontra a modificação de seus programas de cumprimento.<sup>364</sup>

Os acordos realizados nesse contexto buscam, por um lado, a redução da pena a ser imposta às corporações e a mitigação dos efeitos colaterais aos terceiros inocentes e, de outro, a identificação das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos e o estabelecimento de condições que possam promover o cumprimento da lei e evitar a reincidência.<sup>365</sup> Quanto ao objetivo de identificar as pessoas naturais envolvidas, vale observar a tese de Diskant, para quem a responsabilidade criminal corporativa pode ser vista como parte de um esforço das autoridades americanas para perseguir diretores individuais.<sup>366</sup> Segundo o autor, os promotores americanos se aproveitam dos poderes discricionários que possuem sobre as empresas para facilitar a acusação de diretores corporativos, pois, sem a colaboração da empresa na identificação dos indivíduos envolvidos, dificilmente se alcançariam tais sujeitos.<sup>367</sup>

Com relação ao estabelecimento de condições que promovam o cumprimento da lei e evitem a reincidência, nota-se que a ameaça da sanção criminal conduz as firmas e efetuarem investigações internas e a cooperar com os promotores, renunciando às proteções dos procedimentos criminais.<sup>368</sup> Assim, os programas de *compliance* no sistema de justiça dos EUA, cujo modelo de responsabilização da pessoa jurídica é o vicarial, tanto são fatores que influenciam

---

<sup>362</sup> UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*..., p. 517; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad..., p. 506-507.

<sup>363</sup> Diskant, E. B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure. *The Yale Law Journal*, New Haven, n. 118(1), 2008, 126-176. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/20454705>. Acesso em: 15 set. 2022. p. 152.

<sup>364</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad..., p. 500.

<sup>365</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad..., p. 522.

<sup>366</sup> Diskant, E. B. Comparative Corporate..., p. 152.

<sup>367</sup> Diskant, E. B. Comparative Corporate..., p. 152.

<sup>368</sup> Diskant, E. B. Comparative Corporate..., p. 171-172.

na medição da sanção a ser imposta quanto são elementos avaliados no oferecimento de acordos pelo Ministério Público e cooperam para o alargamento da responsabilização das pessoas físicas.

Por fim, o modelo brasileiro de responsabilização penal dos entes coletivos tem por fundamento a previsão constitucional de que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas” (art. 225, §3º, CF). Parte da doutrina, no entanto, argumenta que o texto constitucional é ambíguo, mal redigido e não estabeleceu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.<sup>369</sup> Sustenta-se que a intenção do constituinte foi afirmar que os infratores, quando pessoas naturais, estariam sujeitos a sanções penais e, quando pessoas jurídicas, poderiam ser submetidos a sanções administrativas, e não às duas penas conjuntamente. Para Dotti, interpretação distinta dessa apresentada é inconstitucional.<sup>370</sup> Sem adentrar no mérito dessa discussão, tem-se que a matéria apenas foi regulamentada pela Lei Federal nº 9.605/1998, denominada Lei Ambiental, que disciplina a responsabilização penal, civil e administrativa das pessoas jurídicas sempre que a infração for cometida em seu interesse ou benefício, por decisão do representante legal ou contratual ou do órgão colegiado, não havendo a previsão de responsabilização penal da pessoa jurídica com relação a outros crimes.<sup>371</sup> Tem-se um modelo de transferência de responsabilidade que conduz à ideia de um sistema de heterorresponsabilidade<sup>372</sup> e que produz problemas relacionados à responsabilização objetiva da empresa (já que se exige apenas o dano e o nexo de causalidade, independentemente da configuração da culpa<sup>373</sup>), à dependência de responsabilização da pessoa física e ao estabelecimento de um círculo restrito de pessoas que representam o ente.<sup>374</sup> Acrescente-se aos problemas acima que a aplicação dessa normativa é bastante deficitária, seja

---

<sup>369</sup> PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal objetiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 151. No mesmo sentido: COSTA, Helena Regina Lobo da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um panorama sobre sua aplicação no direito brasileiro. **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 92-93.

<sup>370</sup> DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal objetiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 170.

<sup>371</sup> Shecaira e Sarcedo defendem a ampliação da responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil para os crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra a administração pública, tendo em vista a redação do art. 173, §5º, da Constituição Federal, que traz, segundo a interpretação dos autores, um mandado de criminalização quando interpretado sistematicamente. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica..., p. 698.

<sup>372</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal...**, p. 297.

<sup>373</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal..., p. 188.

<sup>374</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal...**, p. 297.

pela má técnica legislativa, seja pelo pouco desenvolvimento dogmático que se origina da sempre presente discussão acerca da aceitação ou não da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento pátrio.<sup>375</sup>

A falta de ampliação da discussão na esfera legislativa, reflete na inexistência de critérios orientadores da imputação da conduta, já que a responsabilidade dentro de uma estrutura organizativa empresarial é de difícil definição, e presunções em decorrência do cargo ocupado ou função exercida violam o princípio da responsabilidade pessoal e objetiva. Segundo aponta Lobo da Costa, a Lei Ambiental atribui a responsabilidade a um grande círculo de pessoas, o que dificulta a responsabilização individual pela prática de um ilícito ambiental<sup>376</sup> e amplia a possibilidade de penalização do ente coletivo. Do mesmo modo, inexistem elementos definidores da culpabilidade corporativa, já que a legislação apenas enumera as penas passíveis de serem aplicadas, sem qualquer distinção entre elas, o que viola a legalidade e a proporcionalidade penal.<sup>377</sup> Logo, empresas que de fato são comprometidas com a prevenção de riscos são igualadas àquelas que não adotam qualquer medida de conformidade com a legislação, razão pela qual se faz necessária a normatização dos deveres organizacionais, de cumprimento normativo e de prevenção de delitos minimamente exigíveis às pessoas jurídicas.<sup>378</sup>

Por sua vez, quanto se trata do modelo da autorresponsabilidade, especialmente no modelo espanhol, a adoção e a implementação de modelos efetivos de prevenção de delitos atuam como requisitos diretos da imputação.<sup>379</sup> Se a pessoa jurídica for capaz de se organizar para prevenir a prática de crimes, uma eventual atuação delitativa das pessoas físicas pode ser imputada exclusivamente a elas, sem reflexos na pessoa jurídica.<sup>380</sup> O *compliance* representa, nesse contexto, indício da existência de uma cultura empresarial de cumprimento da lei, de modo que a ausência do programa ou a sua instauração insuficiente pode representar um defeito de organização apto a censurar a ação corporativa. Quando não for capaz de isentar a responsabilização, os programas de *compliance* podem vir a atenuar a sanção aplicável à pessoa jurídica.

---

<sup>375</sup> SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal...**, p. 114-123. Regis Prado, a propósito, afirma que o legislador apenas enunciou a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma simplista, sem a sua instituição completa e sem a fixação de instrumentos hábeis e indispensáveis para a avaliação, inclusive sem apresentar as regras processuais aplicáveis ao caso. PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade penal...*, p. 154.

<sup>376</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99-104.

<sup>377</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal...**, p. 299.

<sup>378</sup> SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal...**, p. 114-124.

<sup>379</sup> SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal...*, p. 109.

<sup>380</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 128-129.

A legislação italiana, como exemplo de modelo de autorresponsabilidade, prevê a responsabilização penal da pessoa jurídica sempre que praticados crimes em seu interesse por pessoas que exerçam funções de representação, de administração ou gestão da organização responsável pela estrutura de controle ou, ainda, por pessoas sujeitas à direção ou à supervisão dos sujeitos mencionados, afastando a responsabilização quando constatado que as pessoas listadas agiram em seu exclusivo interesse ou de terceiros.<sup>381</sup> O Decreto Legislativo nº 231/2021 estabelece que, no caso dos crimes praticados por gestores, o ente coletivo será isento de culpa quando provar que (i) o órgão de administração tenha adotado e implementado, antes do cometimento do ilícito, modelos de organização e gestão adequada para a prevenção de crimes da mesma natureza do praticado, (ii) tenha fiscalizado, atualizado e observado o funcionamento do modelo, (iii) o crime tenha sido cometido por evasão ou fraude aos mecanismos de controle interno e (iv) o programa não tenha sido fiscalizado adequadamente por aqueles que tinham esse dever.<sup>382</sup> Em outras palavras, a pessoa jurídica não responderá pelo crime quando demonstrar que adotou e colocou em prática um modelo capaz de impedir ou reduzir o risco de sanções dessa natureza e os agentes individuais tenham cometido o delito de forma a ilidir os mecanismos de controle da organização.<sup>383</sup>

O modelo da Espanha<sup>384</sup>, por sua vez, é apresentado como misto, pois prevê tanto a possibilidade de a pessoa jurídica responder por fato próprio ou por fato alheio. O apartado 1 do artigo 31 bis do Código Penal espanhol traz as duas hipóteses de responsabilização de forma

---

<sup>381</sup> ITALIA. **Decreto legislativo nº 231, 8 giugno 2021.** Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Roma, 19 giugno 2001. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-0619&atto.codiceRedazionale=001G0293&tipoDettaglio=originario&qId=&tabID=0.29974860124562075&title=Atto%20originario&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>. Acesso em: 31 mar. 2023.

<sup>382</sup> Conforme redação do artigo 6, 1, do Decreto italiano: “1. Se o crime foi cometido pelas pessoas indicadas no artigo 5º, parágrafo 1º, alínea a), a instituição não responde se provar que: a) o órgão de administração tenha adotado e efetivamente implementado, antes da comissão do fato, modelos de organização e de gestão adequada para prevenir crimes do tipo que ocorreu; b) a tarefa de fiscalizar o funcionamento e a observância dos modelos para cuidar de sua atualização foi confiada a um órgão da entidade dotado de poderes autônomos e com iniciativa para verificar; c) as pessoas cometeram o delito por evasão fraudulenta dos modelos de organização e gestão; d) não houve fiscalização omissa ou insuficiente por parte da parte do organismo referido na alínea b)”. (Tradução nossa).

<sup>383</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 130.

<sup>384</sup> Observa-se que Palma Herrera elucida que a normativa espanhola é uma reprodução quase literal da regra italiana, com a diferença de que o decreto italiano diz que o “ente não responde se prova”, enquanto o Código Penal espanhol condiciona a exoneração ao “cumprimento de tais condições”, o que, segundo o autor, apontaria para uma questão relativa à carga da prova, em que o legislador italiano faz recair sobre o ente jurídico, e o espanhol não estabelece a quem incumbe o ônus da prova. Em qualquer caso, o primeiro requisito alude à própria existência do modelo de organização e gestão, que não só deve ter sido adotado, como também executado e implementado com eficácia. Cf. PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 64.

concorrente, prevendo a responsabilização do ente coletivo em decorrência (i) de delitos praticados em seu nome ou conta e em seu benefício direto ou indireto, por pessoas autorizadas a tomar decisões em nome da empresa e que ostentem faculdades de organização e controle; (ii) de ilícitos praticados no exercício de atividades sociais e por conta e benefício direto ou indireto do infrator, quando hierarquicamente inferior às pessoas anteriormente mencionadas e que decorram de violação dos deveres de supervisão, vigilância e controle. O que determina se a configuração será de um ou de outro sistema é a posição da pessoa natural que cometeu o ilícito, de modo que, se a pessoa exerce funções de representação ou de organização, estar-se-á diante da hipótese de autorresponsabilidade e, se não exerce nenhuma dessas atribuições, o caso será de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica.<sup>385</sup>

Na primeira hipótese, em que se evidencia a adoção do modelo de autorresponsabilidade, o Código Penal espanhol determina a isenção da responsabilidade da pessoa jurídica quando demonstrado que o órgão de administração adotou e executou modelos de organização e gestão que incluam medidas idôneas de vigilância e controle para prevenir delitos daquela natureza ou que reduzam o risco de sua prática. Acrescenta-se ainda a necessidade de que o órgão responsável pela supervisão do funcionamento e cumprimento do modelo de prevenção seja autônomo e dotado de poderes suficientes para exercer sua função, bem como que os autores do ilícito o tenham praticado de forma a não serem detectados pelos programas de supervisão e que não se verifique nenhuma omissão ou exercício insuficiente pelos responsáveis pelos programas de supervisão (apartado 2). A responsabilidade, portanto, pode decorrer tanto de um déficit regulatório quanto de um incorreto trabalho de supervisão, pelo que a gravidade do descumprimento deverá ser avaliada casuisticamente pelo juiz ao analisar o modelo de organização e gestão adotado, bem como o trabalho de supervisão e vigilância realizado.<sup>386</sup> Não havendo concorrência integral de todos esses elementos, poderá haver apenas uma atenuação dos efeitos da pena.

Dessas disposições, nota-se que o programa de cumprimento pode exonerar a pessoa jurídica de responsabilidade penal, uma vez que o determinante para a fixação da responsabilização penal desse ente, quando analisado sob a perspectiva da autorresponsabilidade, é a existência e a efetividade das medidas de controle das atividades sociais. A responsabilidade da empresa decorre de um grave descumprimento dos deveres de supervisão e vigilância pelos órgãos responsáveis<sup>387</sup>

---

<sup>385</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 21.

<sup>386</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 50.

<sup>387</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 45-46.

e pelas pessoas responsáveis por essa atividade de controle e autorizadas a tomar decisões em nome da pessoa jurídica.<sup>388</sup> Essa regra de exoneração pode ser interpretada como uma norma de determinação que obriga a prevenção de determinados delitos e que ainda traz os requisitos obrigatórios do modelo,<sup>389</sup> conforme rol apresentado no apartado 5, do artigo 31 *bis*.

Já o apartado 4 traz as possibilidades de isenção da responsabilidade quando os crimes forem praticados pelas pessoas sem poderes de gestão ou supervisão (heterorresponsabilidade), estabelecendo que a adoção eficaz de modelos de organização e gestão, implementados antes do ilícito, pode afastar a culpabilidade empresarial, sem exigir a gama de requisitos apresentados para o modelo da autorresponsabilidade.<sup>390</sup> Essa redução dos requisitos se deve ao fato de o crime ter sido praticado por alguém que não representava a empresa ou atuava em seu nome, do que se extrai que nenhum benefício é auferido direta ou indiretamente pela empresa. Aliás, sendo praticado um ilícito no interior da pessoa jurídica, o ente provavelmente deve ser vítima da conduta e sofrer o reflexo negativo do crime em suas estruturas. No entanto, é de observar que, por mais que as condições para a isenção sejam reduzidas, as regras estipuladas pelo Código Penal para validade e eficácia dos modelos de organização devem ser observadas aqui, sendo incorreto presumir que a mera existência do programa é suficiente para a isenção ou atenuação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.<sup>391</sup>

Sob essa concepção, Palma Herrera sustenta a possibilidade de construir um conceito de inimputabilidade por meio dos programas de *compliance* que abrangeria aqueles entes corporativos que careçam de capacidade organizativa.<sup>392</sup> Porém, partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de culpabilidade da pessoa jurídica, essa concepção do autor não

---

<sup>388</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 48-49.

<sup>389</sup> GALÁN MUNOZ, Alfonso. Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del Compliance: una propuesta interpretativa. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 257.

<sup>390</sup> O artigo 31 bis, apartado, 4 do Código Penal espanhol prevê: “Se o delito for cometido pelas pessoas indicadas na letra b) do apartado 1, a pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade se, antes da comissão do delito, tiver adotado e executado eficazmente um modelo de organização e gestão que resulte adequado para prevenir delitos da natureza do que foi cometido ou para reduzir de forma significativa o risco de sua comissão”. (Tradução nossa). ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 31 mar. 2023.

<sup>391</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 319-320.

<sup>392</sup> PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales..., p. 20.

parece razoável, porque além de a capacidade organizativa ser minimamente exigível em qualquer empresa, não se impõe a adoção de um programa maior do que a própria pessoa jurídica, sendo permitido pela legislação espanhola, inclusive, que as funções de supervisão em empresas de pequeno porte sejam assumidas diretamente pelo próprio órgão de administração (apartado 3 do artigo 31 *bis*).

Os programas de *compliance*, assim, funcionam como verdadeiros aspectos de avaliação da conduta corporativa frente aos ilícitos e podem ser uma cláusula de esvaziamento da responsabilidade criminal dos entes jurídicos<sup>393</sup> ou de redução, além de ser um instrumento que propicia a realização de acordos processuais com o Ministério Público, o que pode vir a favorecer a sua implantação com finalidades exclusivas de isenção de responsabilidade ou atenuação das sanções. Nesse aspecto, Busato e Reynaldet apontam que afastar a responsabilidade das pessoas jurídicas mediante a avaliação do cumprimento das regras do *compliance* representa uma “tábua de salvação de exoneração da sanção”, já que cabe às próprias empresas demonstrarem que possuem uma postura tendente ao cumprimento do direito, ressaltando que tal modalidade de exculpação não existe em favor das pessoas físicas.<sup>394</sup>

As estruturas de *compliance* também produzem efeitos na responsabilização das pessoas naturais, especialmente, em relação àqueles que ostentam posições de supervisão e controle, como será abordado no tópico a seguir.

### ***3.3.2 Reflexos na responsabilização das pessoas físicas***

No tocante à responsabilidade individual, os programas de *compliance* ampliam a possibilidade de imputação com base na posição de vigilante, de supervisor ou de garante exercida pela pessoa responsável pelos programas de conformidade, e isso não só pode causar incertezas acerca da avaliação de culpabilidade desses profissionais e dos demais gestores, especialmente quando se trata do empresário e da alta administração, como também amplia a esfera de pessoas que podem vir a ser responsabilizadas criminalmente.

As teorias que justificam a responsabilização penal do garante no âmbito empresarial partem do pressuposto da omissão imprópria, pelo qual a ausência de atuação por quem tem o dever

---

<sup>393</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 135.

<sup>394</sup> BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. **Crítica ao uso dogmático do Compliance...**, p. 46.

legal de agir, aliada à ocorrência do resultado produzido por terceiro, perfaz o ilícito do garantidor. A omissão em não cumprir o dever que lhe era imposto corresponde à ausência de atuação para impedir o resultado, o que vem a fundamentar a imputação do sujeito garantidor pela infração de deveres.<sup>395</sup> Essa responsabilização advém da equiparação com a conduta ativa expressa na lei e da delimitação do dever de impedir o resultado,<sup>396</sup> sendo relevante ressaltar que apenas aquele que tem o dever especial de agir pela qualidade que ostenta é que pode realizar o delito comissivo pela sua omissão.<sup>397</sup>

Nesse ponto, convém analisar o ensinamento de Tavares acerca do fortalecimento da posição de garante na atual sociedade. Para o autor, a ciência jurídica, tal como as demais ciências modernas, decorrem de várias ordens de necessidade, como aquela de encontrar solução para os problemas que afligem a sociedade, a de definir a proposição teórica dos enunciados e a necessidade política de ajustar o trabalho científico, como instrumento de poder, às suas finalidades. Isso impõe a avaliação dos conceitos jurídicos sob a lógica do direito penal e da política criminal,<sup>398</sup> o que acaba por ampliar o rol dos crimes omissivos diante da exigência de estabelecimento de responsabilidades decorrentes não da lesão ao direito, mas do resultado produzido, como expõe o autor:

Essa mudança de estrutura pode parecer como se fora uma evolução natural da dogmática, mas, na verdade, ela deriva de uma alteração de rumos no âmbito da política criminal. Os preceitos da liberdade de contratar, que serviam de base para eliminar os resquícios do Estado feudal e assegurar a livre concorrência, cedem terreno para os fins próprios da produção industrial. Da mesma forma, a pena que tinha uma natureza puramente compensatória – valia como restauração do direito – se vincula a um fim preventivo. Diante desse quadro, era compreensível que o direito penal se transformasse para admitir, primeiramente, uma nítida separação entre ação e resultado e, depois, que esse resultado, que correspondia a uma lesão do bem jurídico, também pudesse ser produzido por omissão. Isso conduz ao fortalecimento das bases normativas para justificar a responsabilidade pelo resultado e, conseqüentemente, ao incremento dos delitos que incorporam violações de proibições e deveres.<sup>399</sup>

A política criminal, portanto, é o que justifica a individualização da responsabilidade em função de contextos específicos que o agente se encontra e por não realizar a ação que era devida.<sup>400</sup>

---

<sup>395</sup> Souza e Ferreira sustentam que essa técnica tipificadora que traz aos *compliance officers* a posição de garantidor é carente de legitimidade material do direito penal. Cf. SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal compliance e as novas feições...* p. 284-285.

<sup>396</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 30.

<sup>397</sup> KAUFMANN, Amir. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 252.

<sup>398</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos...**, p. 36.

<sup>399</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos...**, p. 38.

<sup>400</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos...**, p. 39.

Esse ensinamento é harmônico com o estudo de Silveira, para quem o elemento que explica a outorga ao empresário do dever de gestão das fontes de perigo é a configuração do atual direito penal de perigo, que traz o foco para os crimes omissivos decorrentes da má gestão do risco em cenários classicamente arriscados. Segundo o autor, “como tudo é englobado pela noção de risco, a solução de proteção acaba por se dar na estipulação de sujeitos que devem ser vistos como garante da não realização criminosa. Com isso, pretensamente, poderia ser interrompida a causalidade não desejada”.<sup>401</sup>

Heloisa Estellita aponta para a necessidade de fundamentar materialmente a posição de garantidor em critérios de legalidade e de igualdade. Acerca da legalidade, a autora indica que as normas extrapenais não podem constituir, por si sós, hipóteses de responsabilidade penal, impondo-se a aferição do dever especial de agir previsto na norma penal para evitar o resultado.<sup>402</sup> Isso porque a regulamentação extrapenal não pode fundamentar a posição de garantidor penal, tendo somente o papel de estabelecer os contornos dos deveres concretos de agir e de delimitar as responsabilidades do garantidor.<sup>403</sup> O tratamento igualitário, por sua vez, consiste na exigência de que as condutas que recebem a mesma sanção penal tenham a mesma gravidade, isto é, a gravidade do autor da omissão imprópria deve ser a mesma do autor da comissão, o que exige não só um fundamento jurídico penal para a equiparação dessas situações, como também a assunção fática pelo garantidor do compromisso de conter os riscos ou de atuar na proteção do bem jurídico.<sup>404</sup> Conforme aponta Estellita, o critério mais adequado para fundamentar a equiparação entre a ação e a omissão do garantidor reside no domínio sobre o fundamento do resultado, que representa a possibilidade de ocorrência do resultado ante a inobservância dos deveres de assecuramento.<sup>405</sup>

O dever originário de impedir a ocorrência do resultado, de representar uma barreira para contenção dos riscos, incumbe ao empresário, que deve exercer o domínio organizativo<sup>406</sup> e empregar as medidas sistemáticas de controle e vigilância em relação às fontes de perigo próximas.<sup>407</sup> A conduta delituosa do empresário, quando constatada, não pode ser confundida com

---

<sup>401</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 196.

<sup>402</sup> ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 84.

<sup>403</sup> ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...**, p. 87-88.

<sup>404</sup> ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...**, p. 85-86 e 94-95.

<sup>405</sup> ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes...**, p. 94-95.

<sup>406</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 188-189.

<sup>407</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 191.

o exercício inadequado da função de vigilância, mas corresponde à falha do órgão responsável em vigiar e que possibilitou a ocorrência de um crime pelo subordinado.<sup>408</sup>

Silveira sustenta que há dois deveres do empresário quando se trata da contenção dos riscos, um dever de proteção e um dever de vigilância e controle. Quanto ao dever de proteção, o autor sustenta que o estabelecimento da barreira de contenção determina um dever prévio de obtenção de conhecimento acerca da atuação dos subalternos, para que a fonte de perigo identificada seja supervisionada e monitorada, conforme a realidade e a organização de cada empresa, para oferecer uma garantia aos bens jurídicos e, ao final, à própria pessoa jurídica.<sup>409</sup> Nessa hipótese, não importa quais os bens jurídicos podem vir a ser afetados por essa fonte de perigo, o que significa que a proteção de bens jurídicos é apenas um efeito reflexo da proteção da fonte de perigo.<sup>410</sup> Há, em um primeiro momento, a tarefa de defender a atividade de ameaças externas que possam vir a prejudicá-la e, após, uma preocupação voltada a evitar a ocorrência de delitos no seu interior que possam vir a prejudicar terceiros.<sup>411</sup>

Com o crescimento dos programas de *compliance*, os deveres de proteção têm sido substituídos<sup>412</sup> em grau de importância pelos deveres de vigilância e controle, que se voltam a uma preocupação interna, invertendo a lógica acima apresentada e busca evitar que as delegações de atividades isentem as responsabilidades dos órgãos superiores ante ao inerente dever de vigilância que lhe é incumbido, já que são considerados garantes dos seus subordinados.<sup>413</sup> A função de vigilância do garante corresponde ao controle para proteger determinado bem jurídico de todos os ataques, isto é, contra perigos de todos os gêneros,<sup>414</sup> o que faz com que o garante assumo o domínio potencial do risco e passe a ser o seu gestor.<sup>415</sup> Assim, a implantação de um programa de *compliance* representa um dever jurídico penalmente reforçado das pessoas naturais, já que concebe a ampliação de deveres para todos os envolvidos (tanto para o empresário quanto para

---

<sup>408</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 216.

<sup>409</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 201-202.

<sup>410</sup> KAUFMANN, Amir. **Dogmática de los delitos...**, p. 290.

<sup>411</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 203-204.

<sup>412</sup> Rodrigues, inclusive, é enfática ao afirmar que o dever de proteção dos *compliance officers* é de vigilância, e não de proteção, até porque a atuação dos profissionais busca diminuir a probabilidade de ocorrência dos resultados, sem os impedir de forma absoluta. RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 118-119.

<sup>413</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2016. p. 240-242.

<sup>414</sup> KAUFMANN, Amir. **Dogmática de los delitos...**, p. 290.

<sup>415</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 137.

aquele que recebe os deveres), cuja infração ou negligência<sup>416</sup> pode dar lugar à responsabilização penal, muito embora se aponte que a implementação desses programas pode consistir em demonstração de um bom comportamento por parte do empresário e do alto escalão capaz de afastar o dolo quando constatados crimes no interior da empresa.<sup>417</sup>

Com as estruturas de *compliance*, as obrigações dos garantes (empresários, administradores ou demais gestores) podem ser modificadas ou adquiridas, por meio da delegação de atribuição dos garantes originários aos responsáveis pelos programas de cumprimento. O *compliance officer*, ao assumir livremente as tarefas,<sup>418</sup> exerce um papel de delegado com poderes de garantia, o que representa a possibilidade da sua responsabilização penal em todas as áreas que estiverem sob seu cuidado, vigilância, controle ou proteção.<sup>419</sup> Isso determina que se delimite quanto da responsabilidade dos dirigentes será transmitida aos profissionais, para que se evitem situações de insegurança e de fragilização do próprio paradigma do *compliance*.<sup>420</sup>

A atribuição de deveres de garante ao responsável pelo cumprimento traz a discussão a respeito dos seus efetivos deveres, isto é, questiona-se se o seu dever é de garantia de não produção do resultado ou é relacionado a uma mera função de controle ou de fiscalização, pois essa concepção reflete diretamente nas consequências jurídico-penais relacionadas ao profissional.<sup>421</sup> A delimitação de suas atribuições é relevante, porque a autoria por omissão só é configurada quando o dever violado se reporte a um risco que integre a esfera de responsabilidade do *compliance officer*<sup>422</sup> e pode ocorrer por disposição no estatuto social ou por contrato de prestação de serviços,<sup>423</sup> consignando-se a classe de riscos que deverá ser controlada, o âmbito da atuação, as funções a serem exercidas e os meios que serão disponibilizados para tanto. Porém, caso não fornecidos mecanismos e condições ideais para o exercício de sua atribuição, a função será

---

<sup>416</sup> Busato e Reinaldet explicitam que as funções de *compliance* são deveres de cuidado a serem observados, e o não atendimento pode caracterizar a imprudência. Cf. BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do Compliance..., p. 60-61.

<sup>417</sup> ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes..., p. 293.

<sup>418</sup> Como já abordado em trabalho anterior, as funções de vigilância do *compliance officer* correspondem ao correto cumprimento do direito, ao estabelecimento e à fiscalização de procedimentos, à instrução e à capacitação dos funcionários, à obrigação de transmitir informações relevantes aos órgãos de direção, ao desenvolvimento e ao aprimoramento do programa, à investigação de suspeitas de atuações defeituosas, sempre com vistas a reduzir ou eliminar os riscos no ambiente corporativo. Cf. FORIGO, Camila Rodrigues. **A figura do Compliance Officer...**, p. 130-136.

<sup>419</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 243.

<sup>420</sup> SAAVEDRA, Giovanni; PETER FILHO, Jovacy; CURY, Rogério Luis Adolfo. A definição do alcance..., p. 62 e 69.

<sup>421</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 137.

<sup>422</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais...**, p. 140.

<sup>423</sup> DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico...**, p. 458. Também nesse sentido: SAAVEDRA, Giovanni; PETER FILHO, Jovacy; CURY, Rogério Luis Adolfo. A definição do alcance..., p. 73-74.

simulada e a delegação não é considerada válida, o que eventualmente pode vir a afastar sua responsabilidade penal (pois, sendo individual a responsabilidade, exige-se o viés subjetivo) ou, se for o caso, justificar a punibilidade a título de participação na fraude perpetrada por meio da suposta existência de um *compliance program*.<sup>424</sup>

Por outro lado, as tarefas do garante originário se alteram, mas não são eliminadas, uma vez que parte das atribuições são delegadas ao *compliance officer* e àqueles profissionais permanece a tarefa de fiscalização e vigilância do trabalho desempenhado pelos encarregados do cumprimento, além da supervisão própria inerente aos respectivos setores. Diante da não exoneração de deveres, a delegação multiplica a quantidade de garantidores, de modo que o garante originário retém certos deveres, ainda que modificados, e o delegado assume a garantia de forma derivada.<sup>425</sup> O delegante, logo, continua passível de responsabilização pela quebra de um dever de vigilância sobre o que ocorre nos setores inferiores,<sup>426</sup> mas Estelita ressalta que o delegado só assumirá a efetiva posição de garantidor se houver um ulterior ato de organização empresarial, com a redistribuição de tarefas e funções e a consequente criação de fonte de perigo.<sup>427</sup> Nesse aspecto, Sousa igualmente aponta para a exigência de que as atribuições sejam reconhecidas de forma estatutária ao departamento de *compliance* para que modifiquem ou alterem o dever de garante do administrador.<sup>428</sup>

A permanência do dever de supervisão cria condições para que se forme uma cadeia de responsabilização penal dentro da empresa, pois os responsáveis pelos programas de cumprimento são garantidores dos funcionários da empresa e os integrantes da alta administração são garantidores da atuação dos *compliance officers*, o que traz dificuldades para setorizar as imputações penais e a individualização das condutas, além de poder expor toda a empresa ao risco

---

<sup>424</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**..., p. 243.

<sup>425</sup> ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes..., p. 170.

<sup>426</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial**..., p. 215.

<sup>427</sup> ESTELITTA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes..., p. 171.

<sup>428</sup> SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais**..., p. p. 135-136.

a persecução criminal<sup>429</sup> e a uma responsabilidade criminal compartilhada.<sup>430</sup>

A aferição de responsabilidade em estruturas organizacionais exige avaliação das esferas individuais de domínio pela divisão funcional do trabalho<sup>431</sup> e o comportamento diante dos deveres de garante. O *criminal compliance* significa, assim, um elemento definidor das condutas que podem ou não ser consideradas crimes dentro do espaço empresarial,<sup>432</sup> bem como das responsabilidades individuais de cada um. Contudo, os programas de cumprimento não se prestam a, de forma inadvertida, encontrar responsáveis penais por crimes cometidos por terceiros, tornando possível a imputação somente quando houver, além do ilícito, a violação dos deveres por parte do garante.<sup>433</sup>

São variados, como se vê, os efeitos decorrentes da estruturação dos programas de *compliance* no que toca à responsabilização penal dos sujeitos individualmente considerados e das pessoas jurídicas.

### 3.4 Conclusões parciais

Neste segundo capítulo foi abordada a evolução da moderna política criminal tendo como marco o início do desenvolvimento do direito penal econômico dentro do contexto da sociedade de risco, tendo sido apresentadas as mudanças de percepção principalmente desde as Guerras Mundiais do século passado até uma total reorientação para o gerenciamento de riscos sociais pela ameaça da sanção penal, o que fortaleceu a instituição de bens jurídicos difusos e de perigo abstrato. Naquele momento, o direito penal passou a assumir o papel de reduzir os riscos e as ameaças que

---

<sup>429</sup> SAAVEDRA, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. In: **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, a. 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance). Acesso em: 05 abr. 2023. Sobre esse aspecto, Saad-Diniz afirma que, “desde a responsabilidade individual, a atribuição de responsabilidade segue uma indiscriminada tendência à imputação com base na posição da hierarquia da empresa, em arremedo da teoria do *corporate responsive officer doctrine*, e sobrecarga de expectativa normativa em relação à figura do *gatekeeper*. No fim das contas, a implementação desavisada de programas de *compliance* pode, paradoxalmente, ampliar a incidência de responsabilidade”. Cf. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance...**, p. 153-154. Veja-se também o que ensina Silva Sánchez: “*La existencia de una tarea común y la división funcional genera una imputación recíproca de la conducta de cada uno de los sujetos a todos los demás*”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal...**, p. 210).

<sup>430</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 223.

<sup>431</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 189-199.

<sup>432</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 235-236.

<sup>433</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 123. Renato Silveira sustenta que, conforme o campo de atuação, a ausência de controles internos por si só pode representar uma quebra do dever de garante e consequente responsabilização penal do empresário decorrente da não existência de mecanismos de *compliance*. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial...**, p. 214.

perturbam a vida social e de prescrever comportamentos, mesmo que não possam, de fato, cumprir essa finalidade.

Após essa análise, constatou-se que os riscos sociais desempenham um papel central na conformação do direito penal, que passa a controlar uma gama de comportamentos para se estabelecer como um mecanismo que é capaz de fixar limites, controles e conhecimentos sobre os riscos existentes. Isso se justifica porque o objetivo estatal é mais reduzir o medo coletivo do delito do que propriamente reduzir a delinquência. Nesse cenário, os programas de *compliance* apareceram como instrumento da autorregulação regulada tendente a cumprir essas finalidades e a ampliar a participação social no controle da criminalidade, com base na ameaça da sanção.

A utilização dos programas de conformidade tem o objetivo de vigiar e controlar de forma mais efetiva a organização, o que exige uma ampla capacidade do empresário e dos controladores para otimizar a capacidade de supervisão sobre os funcionários e indivíduos que se sujeitam ao programa de conformidade. Desenvolve-se, no interior das empresas, um modelo policial, de comando e controle, que exige um sistema de organização de aplicação de penalidades, já que o pressuposto é a dissuasão pelo medo da punição.

A metade final deste capítulo buscou definir quais são os reflexos na responsabilização penal das pessoas naturais e jurídicas. Com relação aos reflexos no tocante às pessoas jurídicas, os programas de *compliance* podem demonstrar que a empresa atuou de forma diligente para evitar ilícitos, detectá-los e reprimi-los, havendo ordenamentos jurídicos que possibilitam a isenção da responsabilização ou a redução das sanções, já que podem afastar a configuração de defeito organizativo, ponto central para a responsabilização corporativa.

No tocante aos efeitos na responsabilização das pessoas físicas, percebe-se que os programas de *compliance* propiciam a modificação nas competências e nos deveres de controle das fontes de perigo, sem que os administradores sejam exonerados do papel de garante originário. Há, portanto, ampliação da esfera de pessoas responsáveis, o que pode gerar efeitos contraditórios, pois permite, a um só tempo, a responsabilização em virtude do cargo ocupado; o sancionamento penal de todos aqueles que ocupam determinada esfera de vigilância; e a exoneração de responsabilidade do administrador pela adoção dos programas.

Diante das conclusões alcançadas até o momento, o último capítulo buscará aprofundar o estudo para avaliar se esses reflexos estão ou não em consonância com os pressupostos de um

direito penal garantista e libertário,<sup>434</sup> e, de acordo com a resposta, elaborar uma reestruturação dos paradigmas dos programas de *criminal compliance* para que estejam em consonância com os fundamentos desse direito penal.

---

<sup>434</sup> O presente trabalho adota a perspectiva de Hassemer, para quem “a pena deve garantir a força de resistência de nossas normas fundamentais, mas não apenas as vedações e mandamentos do direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade afiançadas pelo processo penal e pelo processo penal constitucional: a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos ou amplos demais, como eles atualmente dominam a realidade do direito penal”. Cf. HASSEMER, Winfried. Capítulo 6 - Por que e para qual fim punimos? *In*: HASSEMER, Winfried. MOREIRA, Luiz (coord.). **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. p. 81.



#### 4 O *CRIMINAL COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL INFORMAL: REDEFINIÇÃO SOB UMA ORIENTAÇÃO VALORATIVA E FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Durante o desenvolvimento dos capítulos anteriores, constatou-se que os programas de *criminal compliance* são, de maneira geral, estruturados sob os pressupostos de vigilância e controle, limitando a atuação e reduzindo os direitos dos colaboradores e demais pessoas relacionadas, com a justificativa de reduzir as possibilidades delitivas e os crimes no interior das empresas. Em paralelo, essas estruturas ampliam a esfera de responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas, e a ameaça da sanção é um fator coercitivo para que os indivíduos se comportem de acordo com os parâmetros internos e com a legislação.

Diante disso, o presente capítulo irá analisar quais são as metas que devem ser buscadas pelos programas de *criminal compliance*, por meio da análise das finalidades das sanções penais. Após, serão apresentadas as propostas de fixação de modificação do paradigma vigente para uma concepção valorativa e de critérios para a valoração dos programas na imposição da pena criminal.

##### 4.1 As finalidades das sanções penais e a incompatibilidade com as metas do *criminal compliance*

Essa configuração reflete o formato de direito penal prevalente após as Guerras Mundiais do século XX, quando o ser humano passou a ser concebido como um objeto do ordenamento jurídico passível de ser direcionado pela ameaça de pena e penalização,<sup>435</sup> para se obter a prevenção do delito e atender às necessidades sociais e liberais dos tempos atuais.<sup>436</sup> Os meios penais que buscam a prevenção são representados pelas medidas de segurança, que caracterizam a prevenção especial, e pelas sanções penais, que, além de caracterizar o perdão e a expiação, configuram a pretensão de evitar a prática de delitos futuros (prevenção geral).<sup>437</sup> Não se pode deixar de observar

---

<sup>435</sup> NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales...*, p. 32-33.

<sup>436</sup> LÜDERSEN, Klaus. *La función preventivo-general del sistema del delito*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 84.

<sup>437</sup> LÜDERSEN, Klaus. *La función preventivo-general...*, p. 95-96.

que a prevenção do delito e o controle social, de um modo geral, são também buscados pelo Estado pelas normas extraídas de políticas sociais, das relações sociais que se desenvolvem na educação, na família, no trabalho etc., cujo descumprimento pode levar a sanções também sociais,<sup>438</sup> como a humilhação, o isolamento social forçado, a interrupção de relações sociais, entre outras. Acrescentem-se ainda outros mecanismos jurídicos, que não os penais, que igualmente sancionam pela violação de condutas esperadas, como as penas civis e administrativas.<sup>439</sup>

Compreender a diferença entre os possíveis objetivos visados pela imposição da sanção penal é relevante para a discussão do trabalho para analisar se a cominação de penalidades decorrentes da ampliação dos programas de *compliance*, ou da cadeia de responsabilização que os programas produzem, é capaz de atender aos pressupostos da legalidade e da culpabilidade ou, em sentido oposto, não estão amparadas em uma construção dogmática que respeite o Estado de Direito.

Ao abordar os pressupostos que justificam a intervenção estatal na liberdade dos cidadãos, Claus Roxin aborda tanto a legitimação do Estado quanto os limites da sua força, defendendo a existência de três teorias: da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral.

Na primeira teoria, da retribuição, a imposição da pena é um mal justificado pela culpabilidade do autor, do qual não se retira qualquer finalidade para a sanção, a não ser o seu próprio fim, isto é, de restabelecer o direito lesionado pelo sofrimento da pena.<sup>440</sup> Essa teoria não pode, no entanto, justificar a pena estatal para o autor, porque não define um limite ao conteúdo do poder do Estado, permitindo a inclusão de qualquer conduta no Código Penal, nem os pressupostos de culpabilidade/punibilidade que autorizam a imposição da pena no caso concreto a sancionar. Além disso, a sanção penal se baseia no livre arbítrio e a sua existência para os partidários da retribuição não é demonstrável, pelo que conclui Roxin que o legislador, nesse modelo, justifica a pena por uma hipótese que não é verificável. A última razão para refutar a teoria é a de que o que não se pode compreender racionalmente como um mal (o ilícito) é corrigido pela imposição de outro mal (a pena), o que caracteriza apenas uma vingança pelo delito praticado. Assim, a retribuição apenas encontraria seu fundamento em um ato de fé irracional, o que não pode ser aceito

---

<sup>438</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 413.

<sup>439</sup> LÜDERSSEN, Klaus. La función preventivo-general..., p. 95-96.

<sup>440</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña. In: ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. CÓRDOBA, Gabriela E. PASTOR, Daniel R. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 50-51.

em um Estado de Direito.<sup>441</sup> Da mesma forma, Hassemer critica a teoria retributiva argumentando que não se pode justificar uma grave intromissão nos direitos fundamentais pela indicação de que o criminoso terá uma chance de expiar seus crimes.<sup>442</sup> Para além da necessidade de uma justificativa terrena, qualquer teoria a justificar o sancionamento deve se ocupar das suas consequências, e não apenas do conceito em si.<sup>443</sup>

A teoria da prevenção especial, de outro lado, não tem por fundamento a retribuição do fato, mas busca, pela imposição da pena, evitar novos delitos pela ressocialização dos indivíduos passíveis de correção, pela intimidação dos sujeitos intimidáveis por meio da privação de liberdade ou de modo a tornar inofensivos os demais.<sup>444</sup> Para Roxin, essa teoria não justifica as medidas estatais necessárias para sua consecução, apresentando o autor três objeções. A primeira é que o modelo não possibilita uma delimitação do *ius puniendi* quanto ao seu conteúdo e quanto ao tempo, o que implica a ausência de delimitação de pressupostos e consequências. Por essa concepção, todos que estejam à margem da sociedade podem ser atingidos pela pena, além do fato de que, na busca pela correção, o tratamento pode vir a ser perseguido sem qualquer limitação temporal, deixando o indivíduo ilimitadamente à mercê da intervenção estatal. O segundo aspecto é que a teoria não explica a punibilidade dos delitos sem perigo de repetição, já que dela se deduz a ausência de necessidade de imposição da pena nesse caso. A última objeção está relacionada ao fato de que a ideia de correção indica um fim da pena, porém não contém, em si mesmo, a justificação desse objetivo, sendo desprovida de legitimação.<sup>445</sup>

A terceira teoria exposta é a da prevenção geral, segundo a qual o Estado pode motivar a generalidade a comportar-se de acordo com a norma, utilizando-se também do direito penal para essa finalidade. Roxin argumenta que essa teoria, tal como as demais, não esclarece o âmbito do punível nem delimita a duração do tratamento, o que pode servir como justificativa para romper barreiras em uma ordem jurídico-liberal. A segunda crítica está vinculada à ausência de comprovação do efeito preventivo geral da pena em diversos grupos de delitos e para variadas classes de delinquentes, como nos casos de criminosos profissionais ou compulsivos. Por fim, a

---

<sup>441</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 51-55.

<sup>442</sup> HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. Tradução: Fernanda Tórtima. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como crítica da pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 341.

<sup>443</sup> HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? Palestra em 19.09.1984. Notas colhidas por Hugo Nigro Mazzilli. **Justitia**, São Paulo, 48 (134), 26-34, abr./jun. 1986. p. 27.

<sup>444</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 55.

<sup>445</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 56-58.

terceira oposição do autor está relacionada ao castigo não ser aplicado ao indivíduo em consideração a ele mesmo, mas focando o efeito em outros sujeitos para que esses se omitam de cometer o mal.<sup>446</sup> Assim, finaliza Roxin, a teoria da prevenção geral não pode fundamentar o *ius puniendi* estatal em seus pressupostos nem o limitar em suas consequências, sendo discutível político-criminalmente e carente de legitimação consoante aos fundamentos do ordenamento jurídico.<sup>447</sup>

Tanto a teoria de prevenção geral quanto a de prevenção especial, para Hassemer, buscam justificações e consequências reais da pena e sua execução, e têm uma perspectiva voltada ao crime no futuro. Contudo, atingem grupos diversos de pessoas, já que a prevenção geral busca atingir todos os cidadãos, delinquentes em potencial, e a prevenção especial aborda apenas os verdadeiros delinquentes.<sup>448</sup> Temporalmente também são distintas, pois a primeira tem uma projeção para o futuro, buscando afastar a ocorrência de crime, enquanto a segunda pressupõe a realização de fato já realizado. Em comum, tem-se que ambas se baseiam na coação, trabalham com metas (orientadas pelas consequências) e com afirmações empíricas, no sentido de que a criação de uma lei penal diminuirá ou impedirá o crescimento da criminalidade, dissuadindo os potenciais criminosos,<sup>449</sup> sendo essa a justificação da intervenção punitiva, pois a restrição dos direitos fundamentais possibilita a redução do crime no futuro.<sup>450</sup>

Do exame crítico das teorias acima apresentadas, Roxin propôs uma teoria unificadora, que combina as três vertentes, já que cada uma apresenta aspectos que, embora não possam ser verificados em absoluto, podem ser aproveitáveis.<sup>451</sup> O autor afirma que cada teoria dirige seu olhar unilateralmente a determinadas perspectivas do direito penal: a concepção preventivo-geral volta-se às cominações penais, a ideia da retribuição é focada na sentença, e a teoria preventivo-especial destina-se à execução penal. Trata-se de uma teoria unificadora dialética que apresenta, como sentido e limites do direito penal, a proteção subsidiária de bens jurídicos e a prestação de serviços estatais mediante prevenção geral e especial, de forma a manter a personalidade no marco definido pela culpabilidade individual.<sup>452</sup>

---

<sup>446</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 59-61.

<sup>447</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 51.

<sup>448</sup> HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito..., p. 339; HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar?..., p. 27.

<sup>449</sup> HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar?..., p. 28-29.

<sup>450</sup> HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito..., p. 342.

<sup>451</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 62-63.

<sup>452</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 85.

Os bens jurídicos, convém definir antes de explicar mais profundamente a teoria do autor, representam condições valiosas e pressupostos imprescindíveis para a existência social comum e devem ser assegurados pelo direito penal por meio da punição de eventuais lesões. Soma-se a essa função a necessidade de ampliar a esfera de aplicação do direito penal no Estado moderno para assegurar o cumprimento das prestações públicas das quais depende o indivíduo no marco da assistência social, revelando a missão de garantia das prestações públicas necessárias para a existência humana digna. Disso se desprendem duas consequências muito importantes em relação ao poder punitivo do Estado: (i) o direito penal é de natureza subsidiária, podendo punir as lesões a bens jurídicos e infrações penais quando os meios de direito civil ou de direito público não sejam suficientes,<sup>453</sup> não sendo necessário o direito penal quando a paz jurídica possa ser proporcionada por tribunais civis, proibições de direito público ou medidas preventivas extrajurídicas;<sup>454</sup> (ii) o legislador não possui legitimação para tutelar a imoralidade de condutas, mas apenas aqueles atos que sejam lesivos de bens jurídicos, de modo que a pena precede temporalmente o sujeito e possui, consequentemente, a finalidade de prevenção geral.<sup>455</sup>

Tanto a proteção de bens jurídicos quanto a subsidiariedade demonstram que o pressuposto da prevenção geral não é unicamente a ameaça e a intimidação, o que anula a objeção no sentido de que não seria adequada para limitar o poder estatal. Além disso, as cominações penais são representantes apenas da primeira das três etapas da eficácia do direito penal, seguida pela sentença e pela execução penal, as quais, juntas, perfazem a missão desse ramo do direito. Esses requisitos são indispensáveis porque, em um Estado de Direito, o particular não pode ser convertido em objeto e meio de intimidação, de modo que a pena apenas é justificada quando estão presentes tanto a necessidade da sanção para a comunidade como o respeito à autonomia da personalidade do delinquente. Em outras palavras, o apenado apenas pode carregar aquela pena necessária, na medida de sua culpabilidade, para o reestabelecimento ou a conservação do ordenamento jurídico.<sup>456</sup>

Na concepção de Roxin, a culpabilidade não é fundamento da fixação da sanção e não justifica medidas retributivas, correspondendo a um limitador do poder penal estatal no interesse

---

<sup>453</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 65-66.

<sup>454</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. *In*: ROXIN, Claus. **Problemas actuales de dogmática penal**. Tradução: Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: ARA Editores, 2004. p 21.

<sup>455</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 68 e 70.

<sup>456</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 70-74.

da prevenção geral ou especial.<sup>457</sup> A pena busca cumprir objetivos político criminais de prevenção, e a culpabilidade, além de representar essa barreira, é um aspecto essencial para o alcance preventivo, pois, se as penalidades forem impostas por critérios desvinculados da conduta do autor, serão criadas incertezas capazes de quebrar a confiança social nas expectativas normativas, frustrando a finalidade de prevenção geral positiva.<sup>458</sup>

No tocante à segunda fase de eficácia do direito penal, a imposição da pena tem por escopo a proteção subsidiária e preventiva, geral e individual, de bens jurídicos e prestações estatais, por um procedimento limitado, novamente, à culpabilidade.<sup>459</sup> A pena não é legítima quando baseada em critérios unicamente preventivos, sendo justa apenas quando representar uma reprovação pessoal contra o autor, coerente com a culpabilidade e limitada à respectiva medida, pois são vetadas penas draconianas. Ainda, a pena exige uma legitimação jurídica que não pode ser voltada exclusivamente à compensação retributiva, mas deve considerar também sua idoneidade e sua indispensabilidade para a satisfação dos objetivos do Estado.<sup>460</sup> Da imposição da pena se extraem tanto efeitos escalonados de prevenção geral quanto de prevenção especial: quanto mais grave o delito maior será a exigência preventiva geral.<sup>461</sup>

A execução penal, última das fases, busca satisfazer o interesse da comunidade em recuperar o delinquentes com o cumprimento da sanção. A ressocialização, para Roxin, é o único fim lícito da execução, desde que considere a autonomia da personalidade do condenado e as exigências de prevenção geral, sendo inadmissível o mal causado ao sujeito unicamente pela ideia de retribuição. A ressocialização ajuda o autor na reintegração social e incrementa suas chances de vida e de desenvolvimento da personalidade,<sup>462</sup> além de auxiliar a sociedade, pois um autor não reincidente deixa de representar um risco para a segurança comunitária.<sup>463</sup>

Em resumo, a teoria dos fins da pena de Roxin considera a dimensão temporal da realização do direito penal, estendendo-se desde a prevenção geral nas cominações penais, passando pela combinação de prevenção especial e geral na imposição da sanção, até a primazia da prevenção especial na execução e nas sanções não privativas de liberdade.<sup>464</sup> Com essa teoria, o autor

---

<sup>457</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 75-76.

<sup>458</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**..., p. 99-106.

<sup>459</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 82.

<sup>460</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 95.

<sup>461</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 108.

<sup>462</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 82-83.

<sup>463</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 98.

<sup>464</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría..., p. 110.

pretendeu conceber um sistema voltado para a realidade social e que aborda culpabilidade e prevenção, pretendendo ainda trazer segurança e uniformidade ao sistema dogmático.<sup>465</sup> Nesse aspecto, Naucke, em posição semelhante à de Roxin, afirma que a prevenção geral e a especial são consideradas de forma distinta nos processos de aplicação e de execução da pena, pois a ameaça penal e o início do processo penal apresentam mais a prevenção geral, ao passo que a prevenção especial vigora nos processos de aplicação e execução da pena<sup>466</sup>

Sob outra perspectiva, na concepção de Hassemer, o direito penal é instrumento da política social em sentido amplo e estabilizador de normas.<sup>467</sup> A prevenção especial busca coagir psicologicamente e intimidar os potenciais infratores da lei, ao passo que a prevenção geral pretende aprofundar o sentimento de confiança na lei pela população e preservar a estabilidade normativa.<sup>468</sup> Assim, sustenta o autor que a decisão de aplicação preventiva geral da pena exige a presença de três requisitos: (i) que atue como meio sobre as pessoas que quer influir; (ii) que essas pessoas sejam motivadas pelo fator que deve realizar a intenção preventivo geral; e (iii) que o conhecimento empírico da criminalidade, da intimidação e da motivação se encontrem à disposição, de modo a tornar possível, em cada caso, a existência de uma prognose confiável do efeito preventivo geral. Quanto ao primeiro requisito, a aplicação da pena deve ser exemplar, ainda que apenas no futuro, para os destinatários da decisão, o que será viabilizado com o cumprimento do segundo requisito, consistente na devida comunicação aos destinatários da decisão judicial, para que seja possível a modificação do comportamento a satisfazer a estabilidade normativa.<sup>469</sup> O autor pontua que a substituição do temor pelo bom senso, que trará a proteção efetiva ao bem jurídico, somente poderá ser esperada a longo prazo, não sendo um resultado perceptível de imediato,<sup>470</sup> do que se extrai o terceiro requisito, que consiste em perceber a pena como um instrumento estratégico (que utiliza determinados meios em específicas condições de origem) para estabilizar ou para modificar as condições de partida em uma desejada direção. Nesse aspecto, se as condições de partida se concebem de forma equivocada ou se a utilidade dos meios é confundida, a finalidade

---

<sup>465</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana...**, p. 106.

<sup>466</sup> NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales...*, p. 15-16.

<sup>467</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 52.

<sup>468</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 59-60.

<sup>469</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 63-64. O autor ressalta a dificuldade de comunicação no marco da criminalidade geral, ante a inexistência de um círculo de autores profissionalmente comunicado. (HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 67).

<sup>470</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 421.

preventiva geral da pena não apenas será equivocada, como pode produzir justamente aquele efeito que se busca evitar.<sup>471</sup>

Helena Lobo da Costa aborda essa questão pontuando que a prevenção geral positiva deve prever um conteúdo mínimo de justiça nas normas a serem estabilizadas, porque, caso contrário, pode causar a completa desconfiança da sociedade quanto ao sistema penal. Afirma a autora que, “se a pena for aplicada para punir condutas de forma indiscriminada, inclusive para a tutela de valores que não possuem relevância para a organização social, ela acabará por perder sua carga simbólica, não discernindo entre as condutas seriamente lesivas à convivência social e as condutas leves”.<sup>472</sup> Roxin igualmente sustenta que a subsidiariedade pressupõe uma ampla investigação da realidade do direito e muita reflexão sobre as sanções extrapenais adequadas, porque nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer injusto consistente em trivialidade.<sup>473</sup>

Ao lado da proximidade com o paradigma da segurança<sup>474</sup> e da expectativa de que os destinatários sejam influenciados favoravelmente para que se comportem nos limites da lei, para reduzir a quantidade de comportamentos desviados, outra característica da prevenção geral, de acordo com Hassemer, é o fator simbólico da existência de penas severas, no sentido de que em uma situação regulamentar ameaçadora, o sistema de direito penal pode responder a e controlar aquela situação.<sup>475</sup> Não obstante, o autor traz essa característica como fator que piora o problema com relação à legitimidade da legislação penal, apontando que o agravamento da pena em um caso individual não pode cumprir com a função preventiva, já que conceitos como “efeito intimidatório” e “defesa do ordenamento jurídico” são retóricos e carecem de operatividade, não havendo qualquer comprovação de que penas benignas provoquem o aumento do índice delitivo e as mais severas os diminuam.<sup>476</sup> Além disso, aponta que o poder simbólico do direito penal representa a imposição de um sofrimento às pessoas apenadas, que têm sua liberdade restrita.<sup>477</sup>

---

<sup>471</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 64-65.

<sup>472</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana...**, p. 149.

<sup>473</sup> ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal..., p. 67.

<sup>474</sup> HASSEMER, Winfried. *Punir no Estado de Direito...*, p. 341-342. Segundo o autor: “A prevenção geral é um instrumento preferencial no discurso público de hoje fortalecida proteção às vítimas; ela serve à necessidade moderna do domínio dos riscos e da precaução contra perigos. Um direito penal que pode prometer intimidação exitosa resolve seus problemas de justificação e está de acordo com nossos corações e mentes”.

<sup>475</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 78-79.

<sup>476</sup> HASSEMER, Winfried. *Prevención general y aplicación de la penal...*, p. 48.

<sup>477</sup> HASSEMER, Winfried. *¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal.)* Tradução: M.<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 317-331, jan. 1999. p. 318 e 331.

A prevenção geral apresenta uma vertente negativa, voltada à intimidação do agente com perigo de delinquir, pelo lema de que o crime não compensa, e uma concepção positiva, que busca proporcionar um sentimento de segurança no Estado e na ordem jurídica e tem como destinatário o cidadão fiel ao direito, não o criminoso.<sup>478</sup> Para a teoria da prevenção geral positiva, a imposição da pena busca reforçar a confiança da comunidade na vigência da ordem jurídica, sendo dirigida para todos os cidadãos leais ao direito e com a aspiração de resguardar o respeito às normas legais de comportamentos. A finalidade da pena, para essa teoria, não é apenas a intimidação dos potenciais autores de crimes, como pretende a teoria da prevenção geral negativa, mas fortalecer o pressuposto de que todos os cidadãos respeitam reciprocamente as normas e que eventual descumprimento será apenado, seja por meio do direito penal, seja por demais normas sociais. Essa concepção é apresentada por Hassemer com a pretensão de desenvolver a confiança do povo nas normas corretas, tratando a população como um todo (prevenção geral), e de construir uma consciência de normas (de caráter positivo, pois não busca dissuadir),<sup>479</sup> afastando qualquer tipo de negação do direito.<sup>480</sup> Em consonância com esse posicionamento, explica Kindhäuser:

Com a imposição da pena, expressa-se que o autor do crime está sendo reprovado pela inobservância da norma, uma vez que frustrou as expectativas de fidelidade ao direito a ele dirigidas. Desta forma, a imposição da pena deixa claro que a lesão da norma pelo autor não será levada a sério e que a norma violada continua valendo. Quanto mais significativa a norma para a ordem jurídica da sociedade, conforme sua autocompreensão, tanto maior o peso da contradição da norma, pela qual o cidadão pode ser responsabilizado. Sinal disso é a quantia da pena cominada para o delito. Ao mesmo tempo, o autor do crime é instado a aceitar o mal da penal como reação simbólica da frustração quanto à falta de lealdade ao direito expressada por meio de seu comportamento: Se considerasse sua ação desde a perspectiva dos demais, deveria ele ficar desapontado consigo mesmo e aceitar a pena como retribuição.<sup>481</sup>

A orientação positiva, para Hassemer, tem quatro consequências: (i) tanto a finalidade de ressocialização do delinquente quanto a intimidação da generalidade possuem seu lugar, pois são meios para assegurar as normas fundamentais; (ii) as atuações da justiça penal devem ser comunicadas ao público adequadamente para que a estabilização das normas seja plena, e não apenas teórica; (iii) a culpabilidade se atribui de forma individualizada, considerando a pessoa do delinquente e suas peculiaridades; (iv) a justiça penal deve ser previsível, de modo que se assegure

<sup>478</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformationes de la teoría..., p. 103-104.

<sup>479</sup> HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar?... p. 30.

<sup>480</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican..., p. 324.

<sup>481</sup> KINDHAUSER, Urs. Liberdade e segurança..., p. 45.

a busca da verdade, a transparência dos casos e a cegueira na decisão.<sup>482</sup> Em sentido complementar, Roxin apresenta os seguintes efeitos para essa concepção: (i) o efeito de aprendizagem pelo qual o direito penal demonstra que violações às regras sociais não são toleradas; (ii) o efeito da confiança alcançado quando o direito se impõe; e (iii) o efeito da pacificação, que se produz quando uma violação da lei se resolve por meio de uma intervenção estatal e a paz jurídica é reestabelecida pela reparação do dano à vítima ou pelo reestabelecimento dos direitos violados.<sup>483</sup>

Buscando justificar o efeito simbólico das teorias preventivas, que colocam o indivíduo em um espectro funcionalista, Silveira assevera que, para Roxin, a prevenção geral negativa busca intimidar a sociedade quanto à prática criminosa e isso justificaria a antecipação da tutela penal, enquanto a prevenção geral positiva funcionaliza os elementos do delito e visa à valorização da norma penal, de modo a aceitar a intervenção antecipada como instrumento de estabilidade do sistema com função pedagógica.<sup>484</sup> Essa antecipação da intervenção penal representa justamente a concepção do direito penal de risco em que o direito penal é adequado às necessidades da sociedade pós-industrial para ser instrumento eficaz de condução de comportamentos e de configuração da ideia de segurança frente aos atuais riscos.<sup>485</sup> A valorização da intensidade do controle, em conjunto com a vigilância da população, é estimada por Roxin como o meio mais efetivo de prevenção geral, porém isso não precisa ser buscado necessariamente pela legislação e pela justiça penal. A prevenção geral é um objetivo que pode ser buscado pela pedagogia social ou pela proteção técnica de objetos expostos a perigo, já que uma política criminal efetiva vai além do direito penal, devendo ser interdisciplinar.<sup>486</sup>

A problemática da ampliação da vigilância pelos meios sociais reside no sacrifício da liberdade e da esfera privada para que se alcance uma maior proteção contra a criminalidade, já que os fins estatais de proteção da sociedade e de salvaguarda da liberdade são de natureza antagônica. Contudo, grande parte da população está disposta a essa concessão sob a justificativa de aqueles cidadãos fiéis ao direito não têm o que temer ou o que ocultar, sendo compensador uma maior segurança ante a ameaça criminal. No entanto, essa concepção pode dar ensejo a tendências

---

<sup>482</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican..., p. 324-325.

<sup>483</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformationes de la teoría..., p. 103-104.

<sup>484</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico**..., p. 98.

<sup>485</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico**..., p. 99. A concepção de Prittwitz é no mesmo sentido de que o direito penal do risco se diferencia de outros modelos de direito penal, porque não visa mais a combater um mal, mas a combater o perigo, minimizar os riscos e transmitir segurança, de modo que a proteção dos bens jurídicos é possível pelo controle da conduta e pela estabilização da norma. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**..., p. 327.

<sup>486</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformationes de la teoría..., p. 104-107.

autoritárias, razão pela qual a legitimação de um direito penal sob o pressuposto da vigilância e com metas preventivas deve ser avaliada como problema científico-jurídico e social.<sup>487</sup> Hassemer, ao tratar da modernização do direito penal, aponta que é legítima a acomodação de nova moral ou de prevenção de novos perigos, mas o direito penal não pode ser convertido em uma fonte de resolução de problemas, violando pressupostos como a presunção de inocência e a proporcionalidade da sanção, sob o pretexto de ser uma resposta dura que promete certa eficácia.<sup>488</sup>

Outro aspecto problemático da prevenção geral positiva está relacionado à representação de que é um meio idôneo para atingir a finalidade de valoração do sistema normativo, mesmo que isso resulte no desprezo à limitação da responsabilidade individual e justifique que a pena ultrapasse a medida da culpabilidade, de modo a impor sanções desproporcionais ao fato ilícito para se atingir o efeito preventivo visado.<sup>489</sup> Hassemer alerta para o perigo de a prevenção passar a ser utilizada para definir a medida, já que critérios preventivos autorizam a delimitação de sanção até que se alcancem os objetivos pretendidos, e a dignidade da pena, eis que o ser humano pode ser visto apenas como um criminoso em potencial.<sup>490</sup>

A culpabilidade, cujo conceito se torna valioso neste momento do trabalho, pode ser valorada apenas quando se tratar de uma conduta cuja realização dependa da vontade do sujeito naquelas circunstâncias específicas, de forma que a liberdade é um pressuposto lógico da concepção de culpabilidade. Por consequência, qualquer conceito de culpabilidade que não tenha por fundamento fatos dependentes da vontade humana, ou que recaia sobre a pessoa (não sobre sua conduta) ou sobre uma concepção abstrata do homem, ou que tenha por foco uma modelação de condutas futura, viola a dignidade humana.<sup>491</sup> A culpabilidade é uma limitação ao direito penal e equivale à reprovação de uma conduta produtora de dano relevante, estabelecendo um juízo de desvalor, e deve estar em consonância com as noções de lesividade e *ultima ratio*.<sup>492</sup> Disso se extrai que a pena não pode ser justificada apenas pela sua utilidade preventiva, mas exige um princípio autônomo de legitimação que é preenchido pela culpabilidade, pois é esse conceito que estabelece

---

<sup>487</sup> ROXIN, Claus. § 2. Transformationes de la teoría..., p. 105.

<sup>488</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican..., p. 330.

<sup>489</sup> LÜDERSSEN, Klaus. La función preventivo-general..., p. 84-88.

<sup>490</sup> HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito..., p. 343-344.

<sup>491</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**..., p. 129-130.

<sup>492</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico**..., p. 170.

que o sujeito sabia ou podia saber o que lhe esperava e, portanto, pode receber a pena proporcional ao que poderia prever e evitar.<sup>493</sup>

Para Roxin, tanto culpabilidade quanto o fim da pena possuem uma função limitadora independente entre si, já que a pena nunca pode se impor sem culpabilidade, tampouco superar a sua medida, da mesma forma que a culpabilidade não se impõe quando não houver razões preventivas.<sup>494</sup> Schünemann também pontua que a culpabilidade é o fundamento de medida da pena, seja quanto à sua imposição, seja quanto à sua magnitude, a qual não pode ser imposta nem abaixo nem acima da culpabilidade, por mais que o fim da pena seja a proteção de bens jurídicos mediante prevenção geral e especial.<sup>495</sup> O autor, inclusive, explica que as causas de exclusão da culpabilidade, como o estado de necessidade, o erro de proibição e o excesso de legítima defesa, baseiam-se em considerações de política criminal, em virtude da qual não se pode exigir do autor a observância da norma, tampouco uma pena pode ser exigida por razões preventivo-gerais ou especiais quando o autor não tem liberdade para sua decisão.<sup>496</sup>

Ainda que Schünemann concorde com Roxin com relação à complementação da categoria da culpabilidade pela necessidade preventiva geral da pena, aponta que a intervenção penal do Estado em um direito preventivo não se orienta pela culpabilidade, mas sim pelos critérios de prevenção, sendo a culpabilidade – característica do direito penal retributivo – considerada um corpo estranho sob a perspectiva político-criminal dessa orientação penal.<sup>497</sup> Assim, o autor classifica a culpabilidade como princípio de limitação do Estado, que impede que a sanção seja aplicada tão somente para fins de proteção de bens jurídicos quanto a fatos em que não se identifica qualquer reprovação do sujeito.<sup>498</sup> Apenas a pena limitada pelo princípio da culpabilidade transforma o direito penal retributivo em um moderno direito penal preventivo,<sup>499</sup> pois existente a necessária barreira garantista contra a aplicação de penas sem culpabilidade. O contrário disso corresponderia a um sistema de direito penal formulado apenas pelo critério da eficácia preventivo-geral, com a previsão de penas sem culpabilidade, o que, por um lado, poderia ser funcional, mas,

---

<sup>493</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. Tradução: Jesús-María Silva Sánchez. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio**. Lima: Idemsa, 2006. p. 221-222.

<sup>494</sup> ROXIN, Claus. Problemas fundamentales del sistema del derecho penal. In: ROXIN, Claus. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: Nuevas tendencias en el Tercer Milenio – Seminario Internacional**. Lima: Universidad de Lima, 2000. p. 57.

<sup>495</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 205-206.

<sup>496</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 215-217.

<sup>497</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 206.

<sup>498</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 222.

<sup>499</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 245.

por outro, além de carente de legitimação em um Estado de Direito,<sup>500</sup> privilegiaria uma política criminal simbólica, que concebe o direito penal como solucionador de problemas em geral.<sup>501</sup> Em resumo, para Schünemann, a culpabilidade é garantidora do princípio da igualdade e não só é adequada, como também irrenunciável, especialmente dentro do Estado de Direito.<sup>502</sup>

Essa concepção leva Hassemer a pontuar que a política criminal atual é concebida como uma ferramenta de direcionamento estatal,<sup>503</sup> cujo foco principal não é a intimidação, mas a estabilização da consciência normativa, controle dos indivíduos e repressão da violência.<sup>504</sup> Tal configuração desvincula o direito penal de princípios como o da *ultima ratio*, da garantia de liberdade e proteção jurídica, e da proteção de específicos atos lesivos, enfraquecendo os pressupostos da imputação ou endurecendo os meios de coação. Isso propicia déficits de funcionamento que trazem, entre outras consequências, o aumento da repressão para sanar os problemas e a ampliação de setores do direito penal com eficácia simbólica que tragam ganhos políticos quanto aos anseios sociais.<sup>505</sup> Em realidade, o direito penal é supervalorizado no que tange à sua eficácia,<sup>506</sup> e confundem-se as obrigações estatais de assegurar necessidades preventivas de segurança e de controle com o *jus puniendi*, que é uma função diversa. Para que tais deveres estatais convivam adequadamente, a legitimidade e a eficácia do direito penal deve se integrar na “panóplia de meios próprios de política social, de amplo espectro, dirigida à realização de princípios do modelo económico e à proteção dos direitos e interesses que lhe estão associados”.<sup>507</sup>

Nesse aspecto, Hassemer acentua que os meios jurídico-penais são idôneos apenas para resolver uma quantidade pequena dos problemas, já que a sua utilização, de forma contundente e

<sup>500</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 226.

<sup>501</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**..., p. 80.

<sup>502</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad..., p. 246.

<sup>503</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano..., p. 198.

<sup>504</sup> HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la penal..., p. 79.

<sup>505</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano..., p. 191-192.

<sup>506</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican..., p. 331.

<sup>507</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 56. A autora afirma que a tutela integral de qualquer bem, especialmente quando se trata da ordem econômica, não será alcançada pelo direito penal, sendo, nas suas palavras, um “meio tosco, falho de elementos capazes de assegurar ou promover, positivamente, a dinâmica económica”. Tais funções competem a mecanismos extrapenais, pois o direito penal protege bens jurídicos, e não políticas econômicas ou sociais por si sós. (RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 57). Nesse aspecto, vale trazer passagem da obra de José de Faria Costa sobre a finalidade das penas no direito penal econômico, a qual seria diferente da finalidade no direito penal comum, uma vez que os delinquentes econômicos não precisam ser ressocializados por integrarem o alto escalão social, para o qual nem as sanções pecuniárias são dissuasórias. As penas, nesse campo, são representadas pelos três *sh*, quais sejam *sharp* (afiadas), *short* (curtas) e *shock* (chocantes), para que possam proporcionar o efeito dissuasório e complexo desejado pela pena criminal, o que a afasta de qualquer finalidade clássica da pena. (COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 91-93).

sob a justificativa da necessidade, pressupõe a renúncia a princípios valiosos, como a culpabilidade e a dignidade humana. Destaca ainda que funcionalização e utilização de tais meios em todos os sistemas de controle social enfraquecem o poder normativo de convicção e não cumpre a função de instrumento idôneo de solução estatal para os problemas no marco do controle social.<sup>508</sup> Não por outra razão é que o autor acentua que o direito penal deve ter como núcleo apenas aqueles interesses eminentemente pessoais e que não tenham como objeto questões secundárias nem busquem abordar bens jurídicos universais que pretendam predizer riscos ou intervir antes da lesão.<sup>509</sup>

O controle social por meio do direito penal deve ser instrumentalizado de modo a garantir os direitos fundamentais do sujeito, sendo orientado pelos princípios da reserva, da precaução, da distância e da preocupação pelos direitos do indivíduo controlado,<sup>510</sup> e que cumpram com as exigências de um Estado de Direito e de um Estado Social.<sup>511</sup> Em consonância com esse argumento, Naucke afirma que os direitos fundamentais não embasam o direito penal, mas consistem em elementos para estabelecer o que deve ser protegido por ele.<sup>512</sup> Questiona o autor a garantia de legalidade de um direito penal da prevenção, pois há clara contradição entre a adoção dessa finalidade e os direitos fundamentais, já que a prevenção especial “desonra” o indivíduo e o converte em meio para finalidade de terceiros.<sup>513</sup> Sustenta também que a discussão sobre a política criminal atual define a finalidade da pena pela necessidade de trazer ameaças para atender às correspondentes necessidades sociais, sem que se discuta de que forma os resultados obtidos comprometem a relação entre direito penal e dignidade humana, pois um direito penal preventivo preenchido por tipos penais irracionais dificilmente se concilia com os direitos fundamentais da pessoa.<sup>514</sup>

Para além das teorias desenvolvidas na Europa, o estudo desenvolvido no presente trabalho, que se pretende crítico, exige um excursão pela teoria agnóstica ou negativa da pena, cuja elaboração apresentada por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar busca democratizar o sistema punitivo na

---

<sup>508</sup> HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano..., p. 197.

<sup>509</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican..., p. 328-329.

<sup>510</sup> HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la penal..., p. 81.

<sup>511</sup> LÜDERSEN, Klaus. La función preventivo-general..., p. 90 e 97-98.

<sup>512</sup> NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales..., p. 22.

<sup>513</sup> NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales..., p. 24-25.

<sup>514</sup> NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales..., p. 32-38.

periferia do sistema político-econômico globalizado<sup>515</sup> e tem por base a concepção apresentada por Tobias Barreto, no século XIX, de que a pena não é um conceito jurídico, mas político, cujo fundamento equivale ao da guerra. A pena não possui qualquer relação com o direito e, por mais que se construam fundamentos para a sua estrutura, apresenta apenas sinais de uma rudeza primitiva, como se extrai do princípio da vingança, presente em todas as teorias de penalidade positiva. O que a sociedade busca com a pena é o seu próprio direito à legítima defesa.<sup>516</sup> Sustenta o autor que:

Todo systema de forças vae atrás de um estado de equilíbrio; a sociedade é tambem um systema de forças e o estado de equilíbrio que ella procura, é justamente um estado de direito, para suja consecução ella vive em continua guerra defensiva, empregando meios e manejando armas, que não são sempre forjadas, segundo os rigorosos princípios humanitarios, porém que devem ser sempre eficazes. Entre estas armas está a pena.<sup>517</sup>

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, partindo das ideias de Barreto, refutam as teorias positivas que atribuem à pena uma função manifesta (retributiva, preventiva, de reestabelecimento do direito e estabilização normativa) e que concedem ao Estado a possibilidade de se utilizar dos elementos do estado de polícia, sempre que julgar necessário e conveniente. Segundo os autores, essa concepção converte o dever/poder em um direito penal subjetivo, um poder de punir, cujo titular é o próprio Estado, que pode, assim, instrumentalizar o direito penal a partir dos fins perseguidos pela pena, independentemente de quais sejam, operacionalizando a sanção pelos instrumentos adequados, oportunos e que possam ser manipulados pelos atores do sistema penal.<sup>518</sup>

A adoção de uma teoria negativa busca delimitar o direito penal sem que isso implique a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo, além de pretender conceituar a pena sem recorrer às suas funções manifestas ou mesmo às latentes, já que as primeiras

---

<sup>515</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 433. Sobre esse aspecto, Salo de Carvalho igualmente aponta a necessidade de o papel da pena ser analisado pelos diferentes contextos geopolíticos dos processos de encarceramento e os distintos impactos das políticas punitivas, indicando o autor que, no Brasil e nos demais países do capitalismo periférico, a punição deve ser confrontada com a função que exerce na gestão da miséria criminalizada, uma vez as políticas criminais se adaptam às especificidades regionais, aumentando ou diminuindo sua letalidade, o que não pode ser justificado pela estruturação de um modelo explicativo universal para a pena. Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

<sup>516</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**. Rio de Janeiro: Pongetti & C, 1926. p. 148-151.

<sup>517</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e loucos...**, p. 152.

<sup>518</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 145-146.

nem sempre são verdadeiras e as últimas não podem ser conhecidas em sua totalidade.<sup>519</sup> Consideram também que qualquer teorização das funções reais da pena sem vinculação ao poder punitivo é uma construção artificial, pois

[...] o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor pena e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizações entre desfavorecidos etc.<sup>520</sup>

Carvalho apresenta quatro pressupostos sobre os quais se assentam a teoria agnóstica. (i) A pena, como instrumento para o exercício do poder punitivo instituído, possui um fundamento exclusivamente político, e não jurídico, como apontam as teorias de justificação. Como ato político de coerção, a relação entre a pena criminal e o direito penal não é harmônica nem de legitimação, mas sim de deslegitimação dos excessos ao exercício político do poder de punir. (ii) A sanção criminal exerce função de controle social nos Estados Democráticos de Direito. Concebendo-se a finalidade política da pena, seu sentido é o de demonstrar a existência de um poder político capaz de se exercer por ingerências violentas na sociedade civil, como a coação dos violadores da ordem social encontrada na sanção. (iii) A pena é um fenômeno incancelável nas sociedades atuais e, por mais que se ampliem as tendências abolicionistas, não se pode negar a ampliação do punitivismo por meio da construção de novos discursos de legitimação. (iv) Fixados os pressupostos anteriores, a sanção criminal, como ato político característico de uma sociedade punitivista, precisa ser contida ante a sua tendência ao excesso.<sup>521</sup>

A pena, portanto, é um exercício coercitivo de poder político do estado que priva o indivíduo de direitos sem reparar ou restituir o direito ou as vítimas, sendo também incapaz de deter as lesões em curso ou neutralizar perigos iminentes. Isso é o que justifica ser negativo o conceito trazido pelos autores, já que não é atribuída qualquer função positiva à pena, ele é obtido por exclusão (é uma coerção estatal que não configura um modelo reparador ou de direito administrativo) e agnóstico, por não ser possível conhecer qualquer função da pena.<sup>522</sup> A pena,

---

<sup>519</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal.** 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 97-98.

<sup>520</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 98.

<sup>521</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 147-149.

<sup>522</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 99.

além de ser incapaz de exercer qualquer finalidade positiva,<sup>523</sup> não pode legitimar juridicamente a criminalização ou o poder punitivo, razão pela qual os autores procuram legitimar as decisões das agências jurídicas, no reduzido espectro do poder jurisdicional, por ser considerado o único exercício de poder que o direito penal pode programar. Cabe às esferas judiciais a limitação ou a contenção do poder punitivo para possibilitar a manutenção do Estado de Direito<sup>524</sup> e o estabelecimento da segurança jurídica (obtida sempre que resguardados os bens jurídicos individuais e coletivos dos cidadãos).<sup>525</sup> O objetivo da teoria é ampliar a segurança jurídica dos habitantes pela redução do poder punitivo do estado de polícia e a correspondente ampliação do estado de direito pelo reforço do poder de decisão das agências jurídicas, que podem limitar o estado de polícia, apesar de não o poderem suprimir.<sup>526</sup> Leia-se trecho do texto de Zaffaroni *et al.*:

O direito penal baseado na teoria negativa do poder punitivo e da pena fica livre para elaborar elementos orientadores de decisões que reforcem a segurança jurídica, entendida como tutela dos bens jurídicos; não dos bens jurídicos das vítimas de delitos, que estão confiscados pela criminalização nos poucos casos que incide (e completamente abandonados na imensa maioria deles, em que o sistema penal nem sequer opera), mas sim dos bens jurídicos de todos os habitantes, pois se não exercesse seu poder jurídico de limitação estes últimos seriam fatalmente aniquilados pelo poder ilimitado das agências do sistema penal, que acabariam monopolizando o crime e considerando delito qualquer resistência ao monopólio. Os próprios discursos legitimantes que reconhecem como função do direito penal a proteção de bens jurídicos devem admitir que não se trata dos bens jurídicos das vítimas, cuidando de construir argumentos complexos, como o de que a pena tem efeito repressivo a respeito do passado e preventivo a respeito do futuro, que não se ocupa da vítima concreta, senão que, mediante a estabilização da norma, ocupa-se das futuras vítimas potenciais, que no homicídio não se afeta a vida de um homem mas sim a ideia moral de que a vida é valiosa etc. Esses inconvenientes desaparecem quando se adota um critério de construção do direito penal que tenha como meta a proteção de bens jurídicos (segurança jurídica), mas em lugar de cair na ilusão de que protege os bens das vítimas (ou os de eventuais vítimas futuras e por enquanto imaginárias ou inexistentes), assume o compromisso real de proteger os que são efetivamente ameaçados pelo crescimento incontrolado do poder punitivo.<sup>527</sup>

<sup>523</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 149.

<sup>524</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 108. Em outro estudo, Zaffaroni indica que o verdadeiro direito penal tem apenas a finalidade de servir para que os “juízes sérios” contenham e limitem o poder punitivo, reforçando a sua concepção de que a contenção é a essência do direito penal, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Capítulo 1: A destruição do direito penal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raul; CAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. **Bem-vindos ao Lawfare! Manual de passos básicos para demolir o Direito Penal**. Tradução: Rodrigo Barcellos e Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 84.

<sup>525</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 110.

<sup>526</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 432-433.

<sup>527</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 111.

Defendendo ser essa uma concepção liberal do direito penal, os autores indicam que se trata de reduzir o poder punitivo, de aumentar o poder das agências jurídicas para ampliar a capacidade redutora, reforçar os componentes limitadores do estado de direito, tutelar os bens jurídicos de todos os habitantes (e não apenas o poder do governante) e permitir a subsistência de vínculos horizontais, comunitários.<sup>528</sup> Acrescentem-se a esses pontos as necessidades apontadas por Carvalho para a viabilização desse modelo, consistentes na eliminação das finalidades declaradas e não cumpridas do sistema penal e o reforço da natureza política do *potestas puniendi*, pois, somente com a isenção de fundamentação jurídica, é que pena pode ser representada apenas como manifestação concreta do poder, sem justificativas ou idealizações, para que possa ser contida.<sup>529</sup> Não à toa, essa teoria é apontada como fundamentada em modelos ideais de estado de polícia e estado de direito que coexistem em uma relação de exclusão recíproca<sup>530</sup> e a funcionalidade teleológica do delito deve ser redutora por causa da função política do direito penal.<sup>531</sup>

Substitui-se a ideia do direito de punir, pelo poder de punir ou potência punitiva, o que implica reconhecer a inexistência de um direito estatal a punição. Sendo a pena uma consequência política do processo de criminalização, deve ser controlada pelo direito<sup>532</sup> e redutora da possibilidade do exercício do poder punitivo, já que nenhum poder se autolimita.<sup>533</sup>

A teoria agnóstica, assim, não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico e redutor que pretende, reconhecendo a natureza política dos processos de criminalização,<sup>534</sup> afastar a incidência da sanção criminal na sociedade,<sup>535</sup> apresentando alternativas dogmáticas que reconheçam a ilegitimidade e a crise das teorias da pena e, ao mesmo tempo, sejam instrumentais na contenção dos excessos punitivos.<sup>536</sup> Há necessidade de reconstrução dos discursos e das

---

<sup>528</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro volume...**, p. 112.

<sup>529</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 154.

<sup>530</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, p. 431-432.

<sup>531</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Segundo volume - teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 62.

<sup>532</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 159.

<sup>533</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Segundo volume...**, p. 63.

<sup>534</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 157.

<sup>535</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 149.

<sup>536</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 150-153.

práticas dos atos do direito penal (dogmática consequente) para reduzir os danos causados pela violência no exercício dos poderes (teleologia redutora).<sup>537</sup>

Essa concepção traz efeitos para a culpabilidade, que assume uma finalidade constrictiva, limitadora da intervenção,<sup>538</sup> sem qualquer instrumentalidade positiva. Um modelo de culpabilidade adequado à teoria agnóstica e a uma perspectiva dogmática garantista deve adquirir um formato negativo de desconstrução, e não de fundamentação do poder punitivo, como o fazem as teorias retributivas e preventivas. O modelo agnóstico, então, buscará reconhecer as múltiplas expressões culturais, bem como os distintos e conflitivos valores vigentes nas sociedades, para indagar quais os critérios de definição de valores recaem sobre um juízo de reprovação sobre a conduta individual e para apontar eventuais falhas e contradições teóricas e normativas que ampliam o juízo de culpabilidade e habilitam, de forma autoritária, a intervenção penal.<sup>539</sup>

Inserindo os programas de *compliance* nessa análise, tem-se que penas para os sujeitos e para as empresas estão longe de apresentar finalidade eminentemente retributiva, já que representam a moderna política criminal de minimização dos riscos sociais, redução dos danos e ampliação da segurança. Cabe refletir, portanto, quais são as metas visadas pelo apenamento das pessoas naturais e jurídicas que estão inseridas no contexto criminoso no marco de um programa de conformidade.

Analisando inicialmente as penalidades impostas às corporações, é preciso diferenciar as hipóteses de autorresponsabilidade e de heterorresponsabilidade, já que, nesta última, não há qualquer culpabilidade própria da pessoa jurídica, do que se extrai que a pena é voltada a critérios eminentemente preventivos gerais. Por mais que possam obter conceitos de prevenção especial nessa hipótese, tais como o fortalecimento de medidas de vigilância e a modificação de procedimentos que possibilitariam a ocorrência do ilícito, fica difícil conceber como evitar a prática de novos delitos pela empresa, por meio da aplicação da pena, quando a pessoa jurídica não concorreu de nenhuma forma para o ilícito. Tampouco se pode inferir qual a necessidade de “ressocialização” ou qual falha do sistema de *compliance* justificaria eventual punição, já que nenhum ato é atribuído à empresa diretamente ou a alguma falha dos seus sistemas de controle. Aplica-se fortemente, nesse ponto, a crítica de Roxin de que a pena não tem sentido quando não há perigo de repetição, pois se a empresa não colaborou para o ilícito e a pessoa física já foi afastada, qual seria a indispensabilidade da sanção à pessoa jurídica? Portanto, a culpabilidade não opera

---

<sup>537</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 154-155.

<sup>538</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 188.

<sup>539</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 194 e 213.

como qualquer fundamento, tampouco como qualquer limitador da pena criminal imposta à pessoa jurídica pelo modelo da heterorresponsabilidade,<sup>540</sup> ainda que possam ser identificadas condutas culpáveis de pessoas naturais que exerçam cargos de direção e controle em um sistema de *compliance*.

Já quando se trata da finalidade da pena em um modelo de autorresponsabilidade, se observam tanto características retributivas como também de prevenção geral e especial, pois a pena criminal é imposta considerando o defeito da organização e é limitada pela culpabilidade própria da pessoa jurídica apenada. A conduta punível e a culpabilidade aqui são avaliadas pelas medidas e diligências efetuadas pelas pessoas jurídicas para prevenir, evitar, descobrir e sanar crimes e ofensas praticadas pelas pessoas físicas, de modo que tanto a existência de medidas de controle quanto a sanção penal (inclusive a quantidade de pena imposta) podem vir a exercer efeitos sociais tendentes a influenciar outras pessoas jurídicas a se comportarem de acordo com a legislação (ainda que não haja comprovação fática e estatística desse fundamento). Abordando aspecto semelhante, Anabela Miranda Rodrigues sustenta que os programas de *compliance* utilizam um novo tipo de *law enforcement*, em que a atuação das autoridades estatais não está voltada a sancionar ou punir, mas sim a “buscar a cooperação e a participação dos infratores, com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação de uma norma”<sup>541</sup> para evitar comportamentos semelhantes no futuro.

Tiedemann elucida que as regras de vigilância interna nas empresas buscam garantir que os dirigentes criminosos não continuem ou não repitam mais sua atividade, o que aponta para uma função preventivo-especial da pena aplicável às pessoas jurídicas.<sup>542</sup> Nesse ponto, Thomas Rotsch afirma que a forma como os programas de *compliance* atualmente se estruturam não possui apenas função preventiva, mas de evitar que a responsabilidade jurídico penal se origine,<sup>543</sup> além de possuir a função de aumentar a possibilidade de influenciar positivamente a imposição de uma sanção penal perante os agentes de persecução penal e, com isso, aumentar o valor da empresa.<sup>544</sup>

---

<sup>540</sup> William Laufer afirma que a culpabilidade corporativa tem sido moldada deslocando-se de uma atribuição vicarial da ação e da intenção individual para uma posição de avaliação da cultura, das políticas empresariais, da ação e da omissão organizativa, o que faz com que o autor sustente que os teóricos do direito e da ética deveriam colaborar para reconceitualizar a culpabilidade corporativa para permitir a incorporação da idiosincrasia e limites do direito. LAUFER, William S. *La culpabilidad empresarial y los límites del derecho...*, p. 90-91.

<sup>541</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 100.

<sup>542</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas...**, p. 108-109.

<sup>543</sup> ROTSCHE, Thomas. **Derecho penal, derecho penal económico y compliance**. Madrid: Marcial Pons, 2022. p. 288.

<sup>544</sup> ROTSCHE, Thomas. **Derecho penal, derecho penal económico...**, p. 297.

Disso também se concebe que as penas, além de serem deturpadas no próprio contexto penal, são mercantilizadas, deslocando-as ainda mais de seu intuito original. Nesse ponto, a pena encontra somente um fundamento político, que atende ao propósito de fornecer respostas à sociedade e de demonstrar o exercício do poder na contenção da criminalidade corporativa, compatibilizando com o diagnóstico apresentado pelo modelo agnóstico.

Já quando se fala das pessoas naturais, tem-se que os programas de *compliance* ampliam a tendência de imputação penal com base na posição de vigilante, de supervisor ou de garante, no marco de um sistema que se orienta por critérios de prevenção geral e especial, bem como retributivo. A teoria unificadora de Roxin, logo, é aplicável a esse contexto. A problemática, no entanto, reside no fato de que a responsabilização com base na posição ocupada pode, muitas vezes, deturpar conceitos de culpabilidade e prezar pela responsabilização objetiva, pois, quando há necessidade de fortalecer a sensação de segurança e de atuação estatal frente à criminalidade, a prevenção geral pode se sobrepor às outras finalidades da pena e ser orientadora não só na fase da cominação penal, como definem Roxin e Naucke, mas também na sentença e na execução penal, em que deveriam prevalecer, respectivamente, critérios retributivos e de prevenção especial, pelo que é possível indagar se não representa apenas um exercício do poder punitivo, puro e simples, sem qualquer legitimação.

Disso se extrai que a política criminal não pode ser orientada para atender finalidades superadora de desigualdades conjunturais ou de resolução dos problemas sociais, pois o objetivo do direito penal não é transcendental, mas limitado à defesa dos bens jurídicos sociais relevantes<sup>545</sup> ou, como apontam Zaffaroni *et al.* e Carvalho, à defesa da coletividade em face do poder coercitivo estatal. Além disso, a ampliação do poder punitivo, ainda que justificada pela repressão dos crimes no ambiente empresarial, tem como reflexo a constrição ainda maior de direitos fundamentais em relação aos denominados crimes comuns e de tráfico de drogas, cujos autores, em sua maioria, são pessoas pobres, pretas e marginalizadas.<sup>546</sup>

---

<sup>545</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 57-58.

<sup>546</sup> Jacinto Coutinho aponta que a ampliação dos tipos penais não decorre da existência de novos crimes, mas sim da releitura das condutas típicas já existentes para garantir um padrão diferenciado de repressão, que viola direitos e garantias individuais e gera ainda mais arbitrariedades com relação àqueles indivíduos que sempre foram alvo do sistema penal. Ao tratar da atuação dos órgãos estatais, o autor afirma que “[n]a hora de lidar com o poder que têm, tudo, qualquer argumento (por mais infame que possa ser) é utilizado para justificar a quebra dos limites. E isso se tem feito em nome, geralmente, de verdades pessoais – eis os comportamentos solipsistas –, marcadas por uma moral própria que se não pode syndicar, mesmo porque vêm acompanhadas, quase sempre, por um discurso que falseando as premissas, parece lógico, mas chega a conclusões errôneas. Desse modo, por mais paradoxal que possa ser, tem-se usado os direitos e garantias individuais para – exatamente – sonegar os direitos e garantias individuais”. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Hassemer e os “*límites del*

Anabela Miranda Rodrigues, nesse aspecto, afirma que:

[...] entre o excesso e a abstenção punitivista, entre ‘fugir para o direito penal’ e ‘fugir do direito penal’ ambas as opções incompatíveis com estratégias preventivas eficazes, está o equilíbrio que se assinalou entre as exigências de proteção de novos bens jurídicos e a utilização do direito penal como *ultima ratio* da política social.<sup>547</sup>

Corroborando esse tópico, Faraldo Cabana sustenta que converter o direito penal em um instrumento promocional de um novo modelo de negócios é questionável, sobretudo porque não se exploraram suficientemente outras vias, aludindo-se ao direito penal como *prima ratio*. Para a autora, o legislador optou pela via fácil da ameaça penal em vez de elaborar um corpo de normas administrativas ou mercantis dirigidas a prevenção de riscos e delitos no marco empresarial.<sup>548</sup>

A atual configuração dos programas de *compliance*, assim, está em consonância com a política criminal que se configurou diante da atual perspectiva da modernidade, mas as penas criminais que decorrem da sua estruturação não atendem às finalidades clássicas do instituto, do que se conclui que sua utilização atende a fins políticos. Esse contexto fortalece a tese de que há necessidade de mudança de paradigma desses programas, que precisam se desvincular do direito penal e caminhar para outros ramos que privilegiem o reforço de valores comunitários e sociais.

#### 4.2 A fixação de um paradigma valorativo

De todo o conteúdo até aqui exposto, nota-se que o crescente papel assumido pelos programas de *compliance*, delimitando o perímetro dos comportamentos proibidos para prevenir e reprimir práticas contrárias às normas de comportamento definidas,<sup>549</sup> está inserido dentro de uma política criminal do direito penal do risco, em que se pretende solucionar os problemas, as demandas e os medos sociais pela criminalização de condutas consideradas lesivas. Ainda que não

---

*Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*” (glosas). **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 115-117 e 127. Vale citar também a lição de Salo de Carvalho, para quem o encarceramento no Brasil atinge grupos particulares que devem ser neutralizados e frequentemente são jovens negros, pobres e marginalizados, afirmando que: “[n]a experiência nacional a punição nunca abandonou uma função latente de controle violento dos indivíduos e dos grupos perigosos e inconvenientes, mesmo nos períodos de predomínio (formal) do correlacionismo. Na atualidade, com o abandono (material) das políticas penal-welfare e a ressignificação da prisão como mecanismo de exclusão e controle, as violências institucionais acabam sendo potencialidades em níveis indecentes”. Cf. CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 135-136.

<sup>547</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 59.

<sup>548</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *Los compliance programs...*, p. 179.

<sup>549</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 85.

seja possível avaliar empiricamente o *quantum* da criminalidade é reduzido pela implementação dessas estruturas, tampouco estabelecer qual é a finalidade jurídica assumida pelas sanções impostas às pessoas naturais e jurídicas, é fortalecida a concepção de que a intervenção estatal, seja regulatória ou punitiva, é a solução para a criminalidade que se desenrola no âmbito empresarial e econômico.

Além da possibilidade de as estruturas serem manipuladas para o esvaziamento da responsabilização, desvirtuando a sua conceituação, são permitidas intromissões nas esferas individuais que, como toda norma, não se limitarão apenas ao âmbito dos criminosos de “colarinho branco”, mas possibilitam o alargamento do direito penal e a dissolução de garantias fundamentais em relação a toda a esfera punitiva, submetendo a sociedade a uma ampla vigilância e a um controle desmedido por parte das autoridades.

Essas constatações não visam a descredibilizar os programas de *compliance*, os quais têm suas qualidades e podem, sim, contribuir para a redução da criminalidade, mas, após o reconhecimento das suas falhas e dos problemáticos efeitos na seara sancionatória, tem-se a necessidade de modelar os programas sob um novo paradigma, que não o do controle e da vigilância. O paradigma que se entende adequado é o de reforço valorativo, no qual o direito penal terá pouca (ou quase nenhuma) incidência. Por meio do estabelecimento desse conceito, o *compliance* deve ser reconhecido como uma norma não jurídica, na qual se estabelecem regras de conduta e de comportamento e, inclusive, sanções (não jurídicas) no caso de descumprimento. Será uma esfera de controle social não penal.

Essa proposta baseia-se na definição que Hassemer apresenta sobre o controle social, que corresponde ao conjunto de normas sociais, sanções sociais e processos de controle por meio do qual cada grupo de pessoas ou uma determinada sociedade assegura aquelas expectativas de conduta, sem as quais as pessoas não poderiam existir como grupo ou sociedade, garantindo os limites da liberdade humana na vida cotidiana e propiciando o desenvolvimento cultural e a socialização dos membros dos grupos e sociedades.<sup>550</sup> Esse controle social é exercido de forma jurídica e não jurídica, de acordo com o nível de formalização das normas, que, por sua vez, reflete diretamente no processo de elaboração e na respectiva vigência e validade.

As normas não jurídicas, também chamadas de normas sociais, são aquelas que regulam condutas da vida cotidiana, mas apenas naquele âmbito de validade, isto é, são válidas apenas para

---

<sup>550</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 414.

aqueles grupos de referência, concorrendo com normas sociais de outros grupos e distinguindo-se de normas jurídicas, na medida em que estas últimas são aquelas formalizadas em uma determinada ordem jurídica estatal e que se impõem com a força da lei.<sup>551</sup> As sanções sociais, por sua vez, buscam confirmar a norma social quando for violada, incidindo sempre como uma resposta a essa violação<sup>552</sup> e transmitindo a mensagem aos indivíduos de que não são tolerados desvios ou lesões às regras sociais.<sup>553</sup> Por último, o processo de controle corresponde aos pressupostos sobre os quais se pode reconhecer a existência de um desvio, quais os procedimentos devem ocorrer a partir da constatação da violação, traçando o caminho a ser seguido entre a previsão da norma e da sanção pelo grupo de referência até a sua incidência.<sup>554</sup>

O direito penal, afirma o autor, corresponde a um dos mecanismos do controle social que lidam com os conflitos mais graves e se valem dos meios mais severos para sancionar o desvio. O controle social não penal e o controle exercido pelo sistema jurídico-penal são correlacionados entre si, porque o direito penal pressupõe outros âmbitos de controle, já que não pode tratar os problemas da criminalidade sem a fixação de outros processos de desenvolvimento de cultura pessoal e socialização.<sup>555</sup> Isso se justifica porque o direito penal é equipado com instrumentos rigorosos e requer maior cautela e precaução na sua incidência, constituindo, portanto, mecanismo formalizado (legalizado) de controle<sup>556</sup> que incide apenas quando outras esferas de controle não forem suficientes para proteger o bem jurídico tutelado.

Assim, os programas de *compliance* são reconhecidos como instrumentos de controle social que devem estabelecer quais são as condutas esperadas dentro daquele determinado âmbito empresarial e assegurar o livre exercício da atividade comercial, além da adequada socialização das pessoas que integram aquele ambiente e que sentem os reflexos do desempenho naquele negócio. Deixa de ser um mecanismo de controle penal, que não pode ser visualizado nem como meio para a redução da criminalidade nem como ferramenta válida para modificar a responsabilização penal. Todavia, ainda que não seja o principal efeito visado, é grande a

---

<sup>551</sup> HASSEMER, Winfried. Sobre las normas no jurídicas en el derecho. **Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 12, p. 1-27, 1989. p. 4-5.

<sup>552</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 413.

<sup>553</sup> HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal. **Revista Penal**, Valencia, n. 11, p. 31-40, jan. 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289036>. Acesso em: 18 jun. 2023. p. 33.

<sup>554</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 414-415.

<sup>555</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 416.

<sup>556</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos...**, p. 417.

probabilidade de que mecanismos de controle, que busquem aprimorar valores no interior das atividades empresariais e promover integração entre os indivíduos envolvidos, propiciem a redução da criminalidade naquele âmbito, assim como, a título comparativo, tem-se que o investimento na educação de jovens no Brasil tem como um de seus efeitos reflexos a redução da taxa de homicídios.<sup>557</sup> Nesse aspecto, ganha relevância a afirmação de Thomas Rotsch de que o *criminal compliance* não é um fenômeno singular e unidimensional, mas deve ser compreendido pelo seu enfoque multidimensional,<sup>558</sup> porque são diversos os fatores que fundamentam a existência do *compliance* e, ao mesmo tempo, existem variados elementos que devem ser considerados na estruturação desses programas.

A seguir, analisa-se como cada um desses elementos que preenchem o conceito de controle social (normas, sanções e processo) compõem a estruturação proposta para os programas de *compliance*.

#### 4.2.1 As normas de compliance

A partir do momento em que se reconhece o *compliance* como um mecanismo não penal de controle social, as normas, sanções e os seus processos sociais passam a ser estabelecidas pela própria comunidade empresarial e do mercado, o que pode compreender tanto as normas gerais específicas de determinada área de atuação como também normas próprias daquela empresa em particular, do que se extrai que a pretensão de conceber um modelo padronizado de *compliance* não tem lugar nessa proposta. Cada programa deve ser definido conforme as normas que decorrem das necessidades daquela área de atuação, do mercado regulatório em que a empresa atua e das suas peculiaridades.

---

<sup>557</sup> A respeito, a tese elaborada por Becker concluiu que cada investimento de 1% na educação no Brasil é capaz de reduzir o índice de criminalidade em 0,1%. BECKER, Kalinka Léia. **Uma análise econômica da realização entre a educação e a violência**. 2012. Tese (Doutorado) - Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-15032013-092954/publico/Kalinka\\_Leia\\_Becker.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-15032013-092954/publico/Kalinka_Leia_Becker.pdf). Acesso em: 19 jun. 2023. p. 40. No mesmo sentido, pesquisa realizada em 2016, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), aponta que para cada 1% a mais de jovens entre 15 e 17 anos nas escolas, há uma redução de 2% na taxa de pessoas assassinadas nos municípios brasileiros. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Nota Técnica nº 18: Indicadores Multidimensionais de Educação e Homicídios nos Territórios Focalizados pelo Pacto Nacional pela Redução de Homicídios. Brasília, maio 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/156/indicadores-multidimensionais-de-educacao-e-homicidios-nos-territorios-focalizados-pelo-pacto-nacional-pela-reducao-de-homicidios>. Acesso em: 19 jun. 2016. p. 12-13.

<sup>558</sup> ROTSCH, Thomas. Derecho penal, derecho penal económico... , p. 287.

As normas que integrarão cada programa serão, em realidade, um corpo normativo composto por conteúdos que se extraem das normas técnicas e recomendações vindas de órgãos de controle do setor, das regras comerciais estabelecidas pelas empresas e empresários daquele núcleo, bem como dos valores estabelecidos por cada órgão central da pessoa jurídica, os quais devem nortear qualquer empresa constituída em um Estado Democrático de Direito que respeite a legalidade. Tais regras podem, ainda, ser standards de setores específicos ou apenas uma declaração de princípios por motivos éticos, mas a questão fundamental é que sejam delimitadas com a pretensão de cumprimento, adequando o comportamento individual com a premissa estabelecida para que se constate o agir em *compliance*.<sup>559</sup> No entanto, cabe reforçar, a mera fixação de padrões de comportamento não é suficiente, devendo ser estabelecidos parâmetros éticos, *standards* sociais e de conduta para o desempenho das atividades.

Nieto Martín<sup>560</sup> e Montaner Fernández<sup>561</sup> afirmam que o elemento central em um programa de cumprimento orientado a valores é o código ético, que, nessa concepção, representa um livreto contendo os valores, a missão da empresa e o conteúdo das regras de conduta. Por mais que se concorde com os autores que a disseminação dos valores éticos adotados pela empresa é elemento indispensável para essa estrutura, o objetivo parece consistir em fazer com que tais valores sejam efetivamente comunicados e incorporados pelos indivíduos. Isso pode ocorrer pela realização de encontros periódicos para discutir cada um dos pontos indicados e como eles podem ser aplicados no dia a dia da atividade laboral; podem estar contidos em placas e quadros fixados no estabelecimento; podem aparecer semanalmente nos *e-mails* e até nas telas de fundo dos computadores. A escolha do formato adequado vai depender do tamanho, da dimensão e da área de atuação das empresas, pois o uso de correios eletrônicos e do próprio livreto pode ser extremamente útil e cumprir a finalidade quando se tratar de trabalhos exercidos em escritórios, por exemplo, mas a abordagem para trabalhadores de um depósito será mais eficaz se utilizados meios visuais fixados no próprio espaço de trabalho. No entanto, mais importante do que a forma escolhida, é a comunicação aos colaboradores e o reforço cotidiano da mensagem de que os programas são

---

<sup>559</sup> ROTSCH, Thomas. Derecho penal, derecho penal económico..., p. 287.

<sup>560</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 183.

<sup>561</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Tema 4 – Compliance. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.). **Lecciones de derecho penal económico y de la empresa**: parte general y especial. Barcelona: Atelier, 2020. p. 103-105.

concebidos como instrumento de promoção de um ambiente em que não se praticam crimes, a legislação é respeitada e os valores pré-estabelecidos devem ser observados.

Considera-se importante que o *standard* social que se pretenda disseminar seja internalizado perante os colaboradores, a fim de que não seja apenas a obrigação de uma regra ditada por quem tem autoridade. Para regular o exercício de uma atividade e incorporar a regra aos indivíduos, que passarão a atuar em conformidade com aqueles valores porque acreditam que é a coisa certa a se fazer, deve-se fortalecer a participação dos colaboradores no processo de elaboração das normas, a fim de que haja não só aceitação social, mas também consenso formal sobre a utilidade e a relevância daquela determinada norma. Aqui, vale-se da concepção de Nuria Pastor Muñoz, para quem o consenso formal não se trata de refletir a opinião da maioria em um dado momento, mas buscar a racionalidade daquilo ao que se atribui relevância,<sup>562</sup> mas esse aspecto será aprofundado quando se tratar do processo social das normas de *compliance*.

Por também não serem normas legalizadas ou formalizadas, no conceito estrito do termo, compreende-se que são dotadas de certa flexibilidade para se atualizarem conforme modificações ocorridas naquele ramo de atuação ou na empresa específica. Essa flexibilidade não pode ser confundida com inconstância, pois a incorporação dessas normas sociais pelos indivíduos vinculados às empresas depende do processo acima descrito, não podendo uma norma ser aleatoriamente modificada. Porém, havendo uma mudança no corpo social que torne determinada norma obsoleta e incapaz de atender às demandas que surgem, sua reforma ou alteração é necessária, inclusive, para que permaneça aceita por aqueles indivíduos que a ela se submetem.

No tocante ao conteúdo sobre o qual versam as normas, pode-se classificar em dois grupos. O primeiro grupo está relacionado ao estabelecimento de um padrão de conduta corporativo que deve sempre estar em conformidade com a legislação e os regulamentos aplicáveis. De um modo geral, o primeiro pressuposto de uma atuação empresarial é o cumprimento das normativas aplicáveis, no sentido de que todo aquele corpo social saiba que qualquer postura contrária à legislação não é aceitável ou tolerável. Para isso, é necessário que os indivíduos compreendam a importância de obedecer às normas jurídicas como um pacto social para o bom funcionamento da atividade comercial e das próprias relações sociais, já que o fomento à cultura da legalidade é indispensável para o próprio funcionamento dos sistemas de cumprimento.<sup>563</sup>

---

<sup>562</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Riesgo permitido y principio de legalidad**: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019. p. 92.

<sup>563</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 175.

Não se trata de uma reprodução, no âmbito interno da empresa, das leis e normas regulatórias, mas sim de um esclarecimento com relação a quais são as normas aplicáveis àquela atividade e às leis gerais de regulamento de condutas (como o Código Civil, a legislação trabalhista, o Código Penal etc.) e a fixação de um pressuposto de que a lei deve ser cumprida, porque, em uma convivência social, é a coisa certa a se fazer.

O segundo grupo corresponde aos valores que aquela empresa quer fomentar em seus colaboradores para direcionar o comportamento a uma perspectiva comunitária. Muito embora o grupo anterior já fomente, de forma implícita, valores como cidadania e solidariedade, há necessidade de reforço e verticalização do significado de cada um dos valores delimitados. Contudo, não são todos os valores que podem ser abrangidos sobre essa perspectiva, sob pena de invalidar o próprio programa. Delimitar quais são os valores que podem ser contemplados pelos programas de *compliance* é um desafio, pois, ao mesmo tempo em que se diz que os programas não devem ser parametrizados em um formato único, há certas limitações que precisam se impor. Para tentar restringir quais são os valores que podem ser contemplados pelos programas, vale-se da concepção utilizada para a definição dos bens jurídicos que, embora diga respeito àqueles bens elevados à tutela penal e, portanto, mais caros à sociedade, possui alguns pontos de interseção com a presente proposta.

Claus Roxin, ao expor um conceito limitador de direito penal apresenta 6 (seis) aspectos a serem considerados para a restrição da norma penal, quais sejam: (i) a transcrição de objetivos extraídos de regulamentos e legislação não é suficiente para fundamentar um bem jurídico legitimador do tipo; (ii) a imoralidade, o atentado contra os bons costumes e outras formas de reprovabilidade de uma conduta não podem justificar, por si sós, cominações penais; (iii) o atentado contra a própria dignidade humana ou contra a “dignidade da humanidade” ou a “natureza dos seres humanos” não é ainda um motivo suficiente para uma punição; (iv) a autolesão consciente ou o apoio de terceiro para tanto não é suficiente para legitimar uma cominação penal; (v) normas penais predominantemente simbólicas devem ser rechaçadas; (vi) os tipos penais não devem se basear em bens jurídicos abstratos.<sup>564</sup>

Dos pontos trazidos por Roxin, nota-se que alguns são bens relativos à tipificação penal, mas, para aqueles âmbitos normativos sociais, como é o caso do *compliance*, são objetos que podem vir a ser abordados no âmbito dos programas, como a busca por alcançar os objetivos

---

<sup>564</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? ..., p. 25-41.

previstos na legislação hodierna e demais regulamentos (item i), o que equivale, inclusive, ao primeiro grupo do conteúdo das normas de *compliance*, acima abordado. Do mesmo modo, a dignidade humana, enquanto elemento *per se*, não pode constituir um bem jurídico ante a sua abstração,<sup>565</sup> mas o respeito à dignidade humana pode ser definido, sim, como um dos valores a serem buscados pelas estruturas de *compliance* (item iii), porque isso compreende também valores como solidariedade, empatia, fraternidade etc. Aqui também podem ser incluídos a questão relativa à não tipificação da autolesão e o apoio/incentivo de terceiro (item iv), os quais, como elementos valorativos, podem, sim, ser concebidos dentro de uma estrutura de *compliance*, como uma vertente dos princípios citados, até porque uma empresa que busca cultivar uma postura valorativa deve se preocupar com a saúde física e mental de seus colaboradores, dispondo de canal para esse tipo de apoio.<sup>566</sup>

Não se visualiza, igualmente, nenhum óbice ao estabelecimento de valores abstratos, particularmente, porque a intenção das estruturas de *compliance* é a de orientar condutas e comportamentos, e não trazer um rol de tipos penais baseadas em bens jurídicos abstratos que poderão justificar a restrição da liberdade de um indivíduo (item vi). É evidente que, quanto mais verticalizada for a abordagem e quanto mais próximos da realidade empresarial forem os valores apresentados, maior poderá ser a compreensão dos destinatários da mensagem, mas isso não significa necessariamente um óbice para a apresentação abstrata. Quanto ao simbolismo, que pode vir a ser interpretado como a disseminação de valores e normas sociais que não correspondem aos reais objetivos da empresa, evidentemente deve ser evitado no corpo normativo do *compliance*, para que não se caia novamente na armadilha das atuais estruturas dos programas de conformidade, como já abordado em tópico anterior (item v).

Contudo, o ponto mais crucial dos elementos apresentados por Roxin é aquele descrito no item ii, relativo à afirmação de que atos que dependem de uma avaliação moral não podem ser alvo de repressão penal. Um exemplo apresentado pelo autor ao abordar o item i, mas que pode ser contemplado aqui, é o da proteção da estrutura heterossexual das relações que justificava, até 1969,

---

<sup>565</sup> Segundo Roxin, o direito penal deve proteger pessoas concretas, e não pautas normativas da conduta humana digna. Cf. ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? ..., p. 29.

<sup>566</sup> Convém explicar aqui que não necessariamente há obrigação de criação de um canal para atendimento psicológico, mas a orientação aos colaboradores para que, em se sentindo em situação de fragilidade psíquica, possam buscar auxílio em seus superiores, que poderão indicar um caminho ou um tratamento, do mesmo modo que o canal de ouvidoria também pode receber relatos de dificuldades ou problemas de outros funcionários, fomentando um espírito de solidariedade e fraternidade.

a punição da homossexualidade entre homens na Alemanha.<sup>567</sup> Trazendo essa concepção para as normas sociais que podem ser compreendidas em uma estrutura de *compliance*, defende-se que não podem ser admitidas normas de conteúdo sexual, moral ou religioso, já que seriam capazes de modificar não só a dinâmica do *compliance*, como de deturpar a sua própria finalidade.

Miguel Reale Júnior, ao tratar da temática relacionada à eleição dos bens jurídicos, sustenta que a missão do direito é impor a positividade de valores, seja para melhor atender à própria finalidade do direito, seja no processo de elaboração da lei. Esse seria o aspecto caracterizador da dignidade penal, elemento essencial para alçar um bem à categoria de bem jurídico. Além disso, o autor reforça que o valor deve ser apreendido pelo legislador e, para isso, são essenciais as circunstâncias e a atmosfera espiritual do momento histórico-cultural.<sup>568</sup> O exame da necessidade ou carência de tutela penal também é outro ponto que justifica a intervenção criminalizante, pois exige a análise da existência de outro meio para promover o respeito ao valor que se pretende tutelar. Nesse ponto, afirma Miguel Reale Junior:

Não devem em um Estado de Direito Democrático constituir valores penalmente tutelados ou bens jurídico-penais convicções de cunho moral ou religioso, punindo-se, por exemplo, o homossexualismo ou a prática da quimbanda. Igualmente não devem ser erigidos à condição de dignidade penal os interesses da Administração na obediência de normas regulamentares, sem referência a valor de relevo social, por exemplo, a não notificação de modificação de excipiente de um remédio, sem qualquer risco à saúde e até mesmo com melhoria do produto. De idêntico modo, podem ter proteção penal as políticas estatais convenientes à consecução de objetivos administrativos. Também não podem receber tutela penal a observância de regulamentos, como a incriminação do uso de agrotóxicos sem seguir as instruções, sendo o ilícito penal 'criado mais para organizar do que para proteger'.<sup>569</sup>

Hassemer igualmente aponta que bens jurídicos suscetíveis a ideologizações, como a vida saudável, o temor às drogas e a moral sexual repressiva, não passaram pela filtragem crítica acerca dos interesses humanos e da prática social de valores a serem dignos da tutela penal.<sup>570</sup> E essa filtragem compreende também a exigência, para a teoria do bem jurídico, de se assimilar teoricamente o desenvolvimento de estruturas e problemas sociais de um modo que considere o

---

<sup>567</sup> ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado?... p. 25-26.

<sup>568</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 22-23.

<sup>569</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**..., p. 24-25.

<sup>570</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 20-21.

indivíduo e seus interesses como sujeito principal,<sup>571</sup> uma vez que o direito penal apenas pode ser funcionalizado no eixo vertical de compreensão dos bens jurídicos sob a perspectiva individual.<sup>572</sup>

Observa-se, assim, que esse é o limite do conteúdo dos valores que devem pautar a elaboração das estruturas de *compliance*, pois o conceito compreende uma concepção extremamente ampla, que pode ser instituída para defender ideologias religiosas, morais e sexuais. Isso não é admitido, porque pode reproduzir a discriminação e se tornar um mecanismo formulador de regras de conduta que privilegiem apenas um determinado grupo de indivíduos naquele cenário. Os valores a serem compreendidos devem abranger aspectos de solidariedade, de integração de questões sociais dentro de uma concepção de um Estado Democrático de Direito. Um balizador para a fixação desses valores pode ser a própria Constituição do respectivo país. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 é dotada de alta carga valorativa que pode influenciar a estruturação dos programas de *compliance*. O preâmbulo da Carta Magna já prevê que os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são valores de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social. Ao longo do texto constitucional, também se extraem a prevalência de valores como cidadania, dignidade da pessoa humana, pluralismo, solidariedade, liberdade religiosa e de pensamento etc.

Sem qualquer pretensão de estabelecer um rol obrigatório de valores a serem incluídos em um programa de *compliance* orientado sob o paradigma valorativo, mas fixada uma baliza para os valores que podem e não podem integrar uma estrutura, passa-se à análise das sanções sociais, seguindo o mecanismo de controle social proposto por Hassemer.

#### 4.2.2 As sanções de compliance

As sanções sociais, de acordo com o conceito de controle social adotado neste trabalho, são uma parte indispensável para garantir o cumprimento das expectativas de conduta, e o primeiro aspecto a ser definido é o objetivo visado pela sanção. Nesse ponto, as finalidades clássicas da pena criminal podem ser transpostas, pois é a partir dos conceitos de retribuição, de prevenção especial

---

<sup>571</sup> HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria..., p. 17.

<sup>572</sup> COSTA, José da Faria. **Direito Penal Económico**..., p. 40.

e prevenção geral que serão modeladas as sanções a serem impostas por descumprimento das regras de *compliance*.

Dado o paradigma sugerido, uma sanção social voltada exclusivamente à retribuição não estaria em consonância, já que se busca internalizar a relevância de obediência às normas não para se evitar uma sanção, mas para fomentar uma cultura de conformidade. Para tanto, o relevante não é a punição, mas a compreensão das consequências de um ato desconforme para o processo social em que se está inserido, a fim de evitar repetições daquela conduta, seja pela própria pessoa violadora da regra, seja pelos demais que estão inseridos naquele ambiente. Essa compreensão pelo indivíduo vai depender do processo de estruturação das normas, já visto, e da legitimação do próprio processo de identificação da conduta desviada e apuração, item que se detalhará no próximo tópico.

As sanções, portanto, não devem ser demasiadamente severas quando não for necessário, devendo-se optar por soluções flexíveis e voltadas ao diálogo, possibilitando que a pessoa compreenda a natureza da regra que descumpriu, bem como os reflexos do seu erro, já que o objetivo desse controle social é modificar uma cultura corporativa egoísta e de não cumprimento da legislação, para uma cultura de respeito e de obediência às normas internas e às leis.

As punições podem ser de três ordens: entre pessoas jurídicas em uma relação horizontal; de órgãos regulatórios para pessoas jurídicas; ou de pessoas jurídicas para pessoas naturais, em uma relação de natureza vertical, hierárquica. As sanções entre pessoas jurídicas, no âmbito de uma relação contratual, podem abranger sanções e multas pecuniárias, renegociação dos termos do contrato, suspensões e rescisões contratuais, exclusão da empresa de processos de contratação, ingresso em uma específica “lista negra” de empresas em desconformidade, desde que haja clareza e transparência entre as empresas.

Compreende-se que, nessa esfera, é importante, mas não indispensável, que as sanções sejam antecipadamente previstas nos contratos e nos programas de conformidade para que exista uma melhor compreensão das finalidades buscadas por cada sancionamento. Contudo, não se pode ignorar o fato de que as desconformidades com as normas sociais podem se dar de inúmeras formas, algumas impossíveis de serem previstas, o que pode exigir um sancionamento diverso daqueles previstos para que se alcance a finalidade visada, mas sempre atentando para a devida transparência e diálogo entre os representantes das pessoas jurídicas envolvidas, a fim de que aquela sanção seja respeitada e legitimada. Nesse aspecto, Anabela Miranda Rodrigues sustenta que a

responsabilidade social, a governança empresarial e a autorregulação têm entre seus objetivos a realização eficaz de finalidades preventivas, pelo que é indispensável que as normas – como também as sanções – sejam legítimas para assegurar sua validade.<sup>573</sup>

As sanções aplicadas verticalmente por órgãos regulatórias para as pessoas jurídicas, por sua vez, dependem de previsão legal ou regulamentar expressa e são menos passíveis de modelação a cada caso, não se ignorando que extrapola o âmbito do controle social e corresponde ao controle estatal, de agência, fugindo ao âmbito ora proposto. No entanto, por ainda compreender uma esfera de atuação estatal não penal, visualiza-se a necessidade de reforço dessas estruturas administrativas para que o setor seja adequadamente regulado e fiscalizado, conforme as áreas de desempenho de determinada atividade. Acredita-se que as regulações devem prover do órgão regulatório de cada atividade, e não de um órgão geral do governo que não é capaz de abranger, ante a impossibilidade de previsão, as peculiaridades de cada ramo de atividade e as sanções que possam ser mais adequadas.

Como trabalhado no primeiro capítulo, o estabelecimento de regras gerais não aborda a completude das diversas relações comerciais capazes de se desenvolver nos diferentes ramos de atividade. Aliás, frise-se que a própria ideia do *compliance* é permitir que as empresas se autorregulem conforme as suas próprias necessidades, porém a autorregulação possibilita a manipulação dessas estruturas para o próprio benefício corporativo, do que se extrai que a fixação de premissas para as estruturas pode ser mais bem desenhada pelos órgãos controladores de cada atividade, do que por legislações vagas e genéricas. Como exemplo, ainda que não se ignore que não são todos os ramos que exigem tamanha regulação, têm-se as normativas do Banco Central do Brasil sobre a prevenção da lavagem de dinheiro, que são aplicáveis às instituições financeiras e conseguem captar tanto as particularidades do ramo de atuação quanto a sensibilidade da questão que é objeto de regulação.

Para além dos órgãos regulatórios, as sanções decorrentes de associações empresariais ou de classe podem cumprir um papel relevante nesse cenário, sancionando quando for o caso. É o que ocorre com a *Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct*, organização atualmente composta por representantes de 80 empresas da indústria aeroespacial e de defesa,

---

<sup>573</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico...**, p. 99.

apartidária e sem fins lucrativos,<sup>574</sup> que desempenhou papel relevante na evolução dos programas de *compliance* nos Estados Unidos.<sup>575</sup> A origem da *DII* remonta ao ano de 1985, durante o período da Guerra Fria, quando o Presidente Ronald Reagan nomeou uma comissão para analisar as alegações de fraude, desconformidade e má gestão do governo no processo de aquisição da indústria de defesa e armamentista. O trabalho da comissão resultou na elaboração de relatório, em 1986, recomendando aos empresários do setor a melhora no processo de aquisição de material por meio de um sistema de governança.<sup>576</sup> Assim, 18 das principais empresas do setor de defesa dos Estados Unidos criaram naquele ano a *DII*, que veio a desenvolver modelos de *compliance* – exigindo canais de denúncia, imposição de sanções disciplinares, auditoria e revisão dos programas, além de ressaltar a cooperação com as autoridades – seguidos por diversas empresas americanas naquela década e, posteriormente, servindo de inspiração para diretrizes das *Federal Sentencing Guidelines for Organizations*.<sup>577</sup>

No Brasil, essa modalidade de fiscalização e sancionamento pode se dar também por meio de sindicatos de empresas, que podem prever regras de conduta e de comportamento entre seus afiliados e estabelecer sanções em caso de descumprimento, as quais podem ser, exemplificativamente, o ingresso em um cadastro positivo, a publicidade dos atos desconformes entre as empresas do setor, a restrição quanto a determinadas contratações, a diminuição da sua atuação no sindicato, a impossibilidade de assumir cargos de gestão dentro do sindicato e, em casos mais severos, a própria exclusão do órgão. Como exemplo de entidade privada que fiscaliza a atuação de seus associados, tem-se o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), uma organização da sociedade civil, composta por associações de classe, como anunciantes, agências de publicidade, emissoras de rádio e TV, editoras de revistas e jornais etc., que fiscaliza a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil por meio dos critérios

---

<sup>574</sup> DII - DEFENSE INDUSTRY INITIATIVE ON BUSINESS ETHICS AND CONDUCT. **About DII**. Disponível em: <https://www.dii.org/about/aboutdii#:~:text=The%20DII%20is%20nonpartisan%20and,an%20services%20through%20government%20contracting>. Acesso em: 13 maio 2021.

<sup>575</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 33.

<sup>576</sup> DII - DEFENSE INDUSTRY INITIATIVE ON BUSINESS ETHICS AND CONDUCT. **About DII**...

<sup>577</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo..., p. 33. Vale esclarecer que as *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* correspondem às diretrizes elaboradas pela *United States Sentencing Commission* com objetivo de parametrizar critérios de condenação e de aplicação da pena nos Estados Unidos às pessoas jurídicas, uma vez que as organizações podem ser penalizadas com aplicações de multa, determinação de restituição de valores, publicação de editais, além da possibilidade de confisco e intervenção. Para aprofundamento no tema, recomenda-se a seguinte leitura: UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Organizational Guidelines**, Washington, United States. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/organizational-guidelines>. Acesso em: 9 jul. 2021.

estabelecidos no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.<sup>578</sup> De acordo com esse Código, as atividades publicitárias devem respeitar princípios como a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e os símbolos nacionais, as autoridades constituídas e o núcleo familiar, sendo proibidos o estímulo a qualquer ofensa, a discriminação, o induzimento ou o enaltecimento de atividades criminosas. O CONAR não tem poder de polícia e tampouco pode estabelecer punições ou cumprimento de obrigações das empresas perante o consumidor, mas, a partir de denúncias ou reclamações submetidas às Câmaras do Conselho de Ética (compostas por membros das entidades fundadoras ou aderentes e por representantes da sociedade civil), as entidades que se comprometem com o CONAR ficam sujeitas à sua fiscalização e às suas penalidades, que incluem advertência, recomendação de alteração ou correção do anúncio, recomendações de sustação do anúncio, divulgação da posição do CONAR perante os veículos quanto às suas recomendações e eventual publicidade de que as medidas recomendadas não foram acatadas.<sup>579</sup>

No tocante às punições dentro da esfera interna da empresa, isto é, aquelas sanções aplicadas pela gestão ou setor de *compliance* aos funcionários e colaboradores, a relevância de compreensão da norma social e das consequências do seu descumprimento deve ser reforçada, já que se volta à pessoa natural que, caso não compreenda os valores envolvidos, pode vir a permanecer desrespeitando os regramentos até que pratique um crime. Nesse esfera, tem-se a possibilidade tanto de aplicação daquelas sanções previstas pela Consolidação das Leis do Trabalho (advertência, suspensão, demissão por justa causa) e que são comumente citadas nos códigos éticos, como também de sanções internas, tais como a remoção para outro setor, a vedação de realizar determinadas negociações ou contatos com clientes específicos e servidores públicos, a devolução de bens disponibilizados pela empresa, como computadores, celulares, automóveis, ou outras penalidades que sejam capazes não só de neutralizar o comportamento infrator, mas de responder à violação da norma e possibilitar a internalização dos valores que pretendem reforçar.

As garantias inerentes ao direito penal e ao processo penal podem ser adaptadas ao sistema de cumprimento e à imposição das sanções disciplinares, o que confere respeito às individualidades

---

<sup>578</sup> CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Sobre o CONAR**. São Paulo. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 3 jul. 2023.

<sup>579</sup> CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 2021/2022. Disponível em: [http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021\\_6pv.pdf](http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf). Acesso em: 3 jul. 2023.

das pessoas envolvidas e aos fundamentos do Estado de Direito, até porque, apesar de se tratar de normas extrapenais, eventual descumprimento das regras de *compliance* pode configurar um crime e ter desdobramentos para o sistema jurídico penal. É por isso, inclusive, que se afirma que o controle social decorrente dessas estruturas de *compliance* é um sistema piramidal, em cuja base estão contidas medidas preventivas e punitivas originárias do controle informal interno, enquanto, no topo da pirâmide, localizam-se os mecanismos de controles formais com a possibilidade de repressão penal.<sup>580</sup>

Por fim, é importante destacar que a presente proposta é elaborada com a ciência da possibilidade de críticas quanto à posição de que o homem é percebido, aqui, como um ser livre e dotado de racionalidade para exercer suas escolhas, bem como ciente das consequências dos seus atos. Quanto a isso, traz-se o ensinamento de Salo de Carvalho, que ressalta que culpabilidade, periculosidade, livre-arbítrio (indeterminismo) e determinismo, dissuasão e correção, pena e medida de segurança são as dicotomias presentes em qualquer discussão da pena do século passado, mas destaca que essas concepções, além de serem simplificadoras, são hipóteses teóricas de impossível comprovação empírica.<sup>581</sup> Assim, com as relações de poder que se desenvolvem, com as manipulações das estruturas de *compliance* já identificadas, e com a necessidade de reduzir a atuação do direito penal nessas estruturas, a presente proposta concebe o indivíduo como capaz de compreender a importâncias de regras de conduta e de comportamento, até porque uma concepção contrária conduziria, inevitavelmente, a propostas exclusivamente retribucionistas.

#### **4.2.3 O processo de compliance**

A última etapa no estabelecimento de um modelo de controle social é a fixação do processo, razão pela qual se faz necessária a definição de regras procedimentais para a estruturação e a execução das normas de *compliance*.

Após a definição do paradigma de reforço valorativo, o primeiro aspecto a ser abordado é a formulação de procedimentos que sejam aceitos e legitimados por aquela coletividade. Para tratar desse ponto, recorre-se à lição de Nuria Pastor Muñoz, para quem o consenso não pode advir de cálculos de utilidade social global, que costumam menosprezar os interesses da minoria, mas

---

<sup>580</sup> AGUILERA GORDILLO, Rafael. Capítulo 2 – Consideraciones para..., p. 108.

<sup>581</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança...**, p. 66-67.

precisam estar em conformidade com a identidade histórica daquele ambiente, na medida em que se possa fundamentar uma aceitação ou consenso formal profundo e material, vinculado a uma racionalidade social.<sup>582</sup> Modelos de *compliance* em que as pessoas que deverão cumprir as normas (sejam colaboradores, funcionários, gestores e demais *stakeholders*) adotem uma função ativa na sua elaboração e no seu estabelecimento, em um processo aberto de definição, são mais factíveis e dotados de maior legitimidade do que aqueles programas que são apenas reflexos dos poderes de direção do empresário ou da alta administração, como ocorre na maioria das estruturas empresariais atuais. O embasamento para essa estrutura é evitar a formulação de *standards* unilaterais de atuação, para cumprir interesses próprios dos gestores da empresa, pois isso é justamente o que propicia a formação de um corpo normativo manipulável e ajustável à negócios escusos.

Um modelo focado em valores é composto principalmente por medidas positivas de formação, para neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo propícias ao cometimento de ilícitos e para buscar uma cultura de fidelidade ao direito. Esse modelo, para Silva Sánchez, se compatibiliza com a variante da prevenção geral positiva, que busca fomentar os valores ético-sociais da ação para proteger os bens jurídicos de forma indireta.<sup>583</sup>

Da mesma forma, a definição das normas a serem estabelecidas por um sindicato ou outro órgão de controle precisa passar por esse processo legitimador, para que todas as empresas e representantes envolvidos façam parte, colaborem para a formulação das regras e dos procedimentos a serem seguidos, não só para que haja a respectiva internalização, como para possibilitar que todas as variantes sejam englobadas no processo.

Um segundo elemento a ser considerado é a definição de como se deverá proceder quando constatadas desconformidades e, principalmente, como se dará o processo para a própria identificação de atos irregulares. O modelo de controle, analisado no capítulo anterior, é estruturado em um formato de panóptico, em que a vigilância sob os funcionários é ampliada, direitos como intimidade, proteção dos dados e sigilo da comunicação são flexibilizados e a fiscalização entre os próprios colaboradores é incentivada, assim como a denúncia na identificação de qualquer ato suspeito. Essa estrutura é regida pela concepção conhecida no direito penal como *fishing expedition*, na qual se amplia o controle de um modo extremo, submetendo todos os indivíduos a uma situação de investigação constante, até o momento em que se identificam irregularidades.

---

<sup>582</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 105.

<sup>583</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal**..., p. 237-238.

Um modelo de reforço valorativo não pode ser concebido sob essa perspectiva, porque incorreria na contradição de buscar fortalecer um sentimento de confiança e solidariedade internamente quando a própria empresa não confia em seus funcionários. O pressuposto, portanto, deve ser o da confiança, o que não significa a completa exclusão de modelos de segurança e de avaliação de risco em suas negociações e execução dos serviços, como controles contábeis rígidos, videovigilância, critérios para seleção de pessoal e de fluxo de atividades, *due diligence*<sup>584</sup> etc. Além disso, a pessoa jurídica poderá adotar uma postura reativa quando detectar infrações ou suspeitas de desconformidades e, então, proceder a uma investigação se utilizando dos meios próprios para isso, como aqueles típicos de um modelo de controle, a dizer, análise de e-mails e ligações telefônicas, colheita de depoimentos, fiscalização e todas as medidas necessárias para se instaurar a investigação interna.

Nieto Martín<sup>585</sup> e Montaner Fernandez<sup>586</sup> trazem essa concepção de reações reativas, resultado de suspeitas de irregularidades, fazendo a devida distinção com as reações ativas, típicas dos modelos de controle e vigilância, em que se procura indiscriminadamente comportamentos infratores na empresa e todo os indivíduos são considerados potenciais suspeitos. Assim, é diferente a legitimidade entre os modelos reativos ou ativos para justificar o emprego de tais medidas. Inclusive, a própria legitimidade das medidas que restringem ou flexibilizam os direitos individuais passa a ter um grau diverso quando se trata de suprimi-las em caráter preventivo ou para apurar uma fundada suspeita de irregularidade.<sup>587</sup> A natureza da irregularidade vai fundamentar as medidas cabíveis para a respectiva apuração, pois eventual investigação para apurar uma mera violação do código ético, consistente, por exemplo, no registro incorreto de uma determinada saída de mercadoria – que configura uma simples infração funcional –, será diversa daquelas medidas empreendidas para apurar eventual pagamento de valores a um servidor público.

O desenho dos canais de denúncia é um ponto, entre todos os elementos que compõem as estruturas de *compliance*, que precisa ser remodelado sob esse paradigma, já que, ante o pressuposto de que as pessoas não são vigilantes umas das outras, realizar uma denúncia não deve corresponder a um prêmio nem a uma delação com conotação pejorativa, mas deve ser entendido como uma postura de respeito às normativas empresariais. Nesse aspecto, a implantação de canais

---

<sup>584</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 183.

<sup>585</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 184.

<sup>586</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Tema 4 – Compliance..., p. 107.

<sup>587</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**..., p. 106-107.

de denúncia baseadas na regra da confidencialidade também está em maior consonância com um programa de reforço valorativo, em vez de um programa baseado no anonimato, já que os denunciantes precisam confiar no sistema, não só quanto ao resguardo das informações e dos dados, para avançar com os relatos. Os canais de denúncia também podem exercer um papel de mediador na resolução de conflitos,<sup>588</sup> antes mesmo da instauração de qualquer procedimento interno para investigação e eventual sancionamento, o que contribui para a disseminação de valores sociais.

Nieto Martín aponta que a externalização e a independência das pessoas que desenham, implantam e supervisionam o sistema é importante para que se garanta a confiança por parte dos empregados, já que, quando o receptor da denúncia pertence à empresa, é mais difícil crer na imparcialidade do agente, que presta contas à direção empresarial. Essa externalização corresponde ao que o autor denomina de *stakeholder democracy*, pela qual se garante a supervisão externa dos interesses sociais.<sup>589</sup> No entanto, é de considerar que essa análise realizada pelo autor considera que os programas estão estruturados sob os pressupostos de vigilância e controle e não sob o paradigma ora proposto, que busca fortalecer a confiança entre os indivíduos e, principalmente, propiciar a participação de todos os envolvidos. Assim, não se acredita que o desenho e a implantação do programa possam ser formulados inteiramente por um órgão externo, já que a participação dos destinatários da norma é fundamental para a proposta formulada; mas um canal de denúncias externo, a depender do porte e da estrutura empresarial, pode ser relevante para que as competências dos órgãos estejam adequadamente delimitadas e segregadas, de modo a fortalecer a confiabilidade do órgão que fará a apuração da denúncia e eventual investigação.

Ainda dentro do conceito de *stakeholder democracy*, Nieto Martín ressalta a relevância que as certificações externas podem assumir, já que seriam elementos aptos a demonstrar a manutenção e o aprofundamento dos esforços empresariais.<sup>590</sup> As certificações, contudo, podem ser problemáticas por nem sempre serem capazes de abordar toda a completude do sistema de *compliance* estruturado em um determinado ambiente e, ao mesmo tempo, atestarem a sua integral confiabilidade e a existência de uma responsabilidade social corporativa. Assim, embora não se refute o sistema de certificações, que podem ser relevantes para o mercado e para o estabelecimento de relações de confiança entre empresas e perante órgãos de controle administrativo e sindicatos,

---

<sup>588</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 185.

<sup>589</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 193-194.

<sup>590</sup> NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo..., p. 194.

a sua valoração no marco de um processo judicial deve ser considerada apenas como indiciária de um bom comportamento e de uma atitude empresarial voltada ao respeito normativo.

Por fim, o processo de investigação interno não se justifica e não é legítimo caso não utilize mecanismos proporcionais e não respeite os direitos e garantias constitucionais, assim como as sanções igualmente devem ser adequadas aos fatos constatados.

Essa proposição do *compliance* como mecanismo de controle social informal está em consonância com a perspectiva de Hassemer e com a concepção de que é um processo a ser realizado em conjunto com o controle social exercido pelo direito penal, ressalvando que este último apenas incidirá quando houver um bem jurídico penal e quando for o instrumento necessário, após a realização de tentativas de pacificação e estabilizações normativas não penais.<sup>591</sup>

Sob esses pressupostos, o *compliance* pode implementar dispositivos para cumprimento de comportamentos que se entendem como adequados, fortalecendo aqueles valores que são capazes de manter a ordem social desejada, em conformidade com a lei e, conseqüentemente, com menos crimes, sem que o direito penal precise incidir preventivamente. O controle social se dará pelas normas sociais, que devem estar em consonância não apenas com os valores que pretendam reforçar, mas com a legislação pátria e demais regramentos existentes, e pelas sanções sociais impostas em caso de desconformidades – que devem ser proporcionais e preservar as garantias individuais ou das pessoas jurídicas envolvidas. Além disso, deve-se respeitar o processo social previsto, que igualmente não pode ser contraditório com a legislação processual penal e com os direitos constitucionais, de modo que os fundamentos do direito penal não sejam distorcidos para buscar cumprir finalidades preventivas em um contexto empresarial.

Pretende-se, com essa proposta, desvincular o direito penal do processo direto de estabelecimento dos programas de *criminal compliance*, que não devem mais ser definidos com vistas à exoneração ou à diminuição da responsabilidade criminal ou para atender às finalidades não declaradas, simbólicas, dessas estruturas. Por essa perspectiva, tem-se uma estratégia social e jurídica de não intervenção<sup>592</sup> em conflitos de um exclusivo âmbito social.

---

<sup>591</sup> HASSEMER, Winfried. *Contra el abolicionismo...*, p. 39-40.

<sup>592</sup> Por não intervenção, faz-se referência ao conceito trazido por Hassemer: “*Con la palabra clave ‘Nonintervención’ (no intervención) se designa la estrategia social y político-jurídica de elaborar los conflictos de la desviación en el ámbito social próximo en el cual se producen, antes que traspórtalos al ámbito del controle social formalizado mediante la normatividad jurídica. Esta estrategia se justifica por el mandato de moderación*”. (HASSEMER, Winfried. *Sobre las normas no jurídicas...*, p. 25-26.

Contudo, entende-se também pela necessidade de se traçar parâmetros de interpretação judicial para os programas de *compliance* quando constatados crimes, possibilitando, após a instrução processual penal, chegar a uma conclusão inequívoca sobre a materialidade e autoria do ilícito, mediante um processo penal orientado pelas garantias fundamentais e que, conseqüentemente, despreze fundamentos de responsabilização objetiva. Os parâmetros sugeridos para a valoração desses programas na imposição da pena serão objeto do último tópico da presente tese.

### **4.3 A valoração dos programas na imposição da pena**

Compreende-se que uma proposta de redefinição das estruturas de *compliance* sob um novo paradigma não é completa se não forem estabelecidas premissas para a interpretação judicial desses programas, isso por duas razões já abordadas neste trabalho: (i) a inexistência de métricas adequadas para avaliar a efetividade e a eficiência dos programas de *compliance* pode levar, de um lado, à manipulação das estruturas para isentar ou exonerar a responsabilização penal dos autores do fato, dos responsáveis pela empresa e da própria pessoa jurídica e, (ii) de outro lado, à ampliação da responsabilização penal por meio de uma cadeia de agentes responsáveis pelo mesmo fato. Apesar de parecer um contrassenso que uma mesma estrutura possa gerar resultados tão divergentes, tais possibilidades foram constatadas ao longo do estudo ante a abstração com que tais estruturas vêm sendo tratadas pelos órgãos regulatórios e demais esferas de controle formais.

Além disso, a opção pela proposição de critérios interpretativos está em consonância com duas conclusões alcançadas em tópicos anteriores: (i) não há como se criar um modelo padrão de *compliance* ou tampouco fixar parâmetros gerais no âmbito dessas estruturas que possam atender às finalidades declaradas; (ii) não pode o programa de *compliance* ser estruturado com pretensão de controle e vigilância que, conseqüentemente, amplie a incidência das normas e sanções penais; (iii) apresentando-se uma proposta de que o *compliance* deve ser uma estrutura típica do controle social informal, não há como propor uma lei em sentido estrito para estabelecer regras de *compliance*, seja quanto à estruturação desses programas, seja quanto à avaliação de métricas, o que deve permanecer no âmbito de controle informal ou sob o controle de agências e órgãos reguladores de cada atividade; (iv) a atuação judicial precisa ser regida com a finalidade de contenção do poder punitivo estatal, aplicando a pena justa e adequada ao caso concreto, sem a

preocupação de conter a sensação de insegurança social ou de atender aos anseios punitivos em relação aos crimes ocorridos na esfera empresarial.

Assim, a presente proposta de interpretação judicial dessas estruturas na aplicação da pena considera que o controle social informal foi realizado nos moldes ora propostos, mas, mesmo assim, foram praticados fatos ilícitos, que, levados ao poder judiciário, resultaram na condenação dos indivíduos ou das próprias pessoas jurídicas (como o recorte feito é relativo à legislação brasileira, será avaliada a hipótese da condenação de pessoas jurídicas por crimes ambientais). Cabe a ressalva de que não se pretende avaliar a qualidade ou a validade das provas que tenham sido recolhidas no âmbito de uma investigação empresarial interna, ou qualquer outra variável processual ou probatória, pois fugiria ao recorte ora efetuado, o qual se restringe – exclusivamente – ao estabelecimento de critérios para a dosimetria da pena, após válida e regular instrução processual que concluiu pela efetiva participação dolosa ou culposa (quando admitida legalmente essa possibilidade) do indivíduo ou da empresa no ilícito.

É necessário estabelecer que a avaliação dos *standards* de conduta social estabelecidos pelos programas não deve ser efetuada pelo juízo como se representassem a definição do próprio injusto penal, devendo os magistrados se valer tão somente do próprio conteúdo disposto da norma penal. Disso se extrai que as normas informais, estabelecidas no âmbito das estruturas de *compliance*, devem ser consideradas no limite da sua própria natureza, não podendo ultrapassar o âmbito do injusto penal a justificar a imposição de uma sanção criminal. Em resumo, tem-se que as remissões efetuadas pelo poder judiciário às normas informais não podem significar a renúncia a um juízo especificamente jurídico-penal<sup>593</sup> e devem ser sopesados como uma carga valorativa que poderá representar maior ou menor reprovabilidade da culpabilidade do agente.

Dito isso, entende-se que o momento adequado para a consideração acerca da qualidade do sistema de *compliance* ou do próprio conteúdo violado do programa é a primeira fase da dosimetria da pena, isto é, quando da valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, especificamente quando da análise da culpabilidade ou das circunstâncias do crime, conforme o caso. Isso porque os crimes praticados no âmbito de uma estrutura de *compliance* ocorrem, por exemplo, quando ilididos os mecanismos de conformidade existentes na empresa, quando as estruturas são utilizadas para a prática do ato infrator, além de a própria reprovabilidade ser maior ou menor conforme a posição ocupada na empresa e o grau de confiança nela depositada etc.

---

<sup>593</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 84.

A culpabilidade como circunstância judicial consiste em um juízo de intensidade da reprovabilidade da conduta do agente, não podendo ser confundida com a culpabilidade como elemento do delito. De acordo com Busato, “o grau de reprovabilidade é o que determina a variável entre as demais circunstâncias. As perguntas a fazer, no momento de fixação da pena-base são: o quão reprovável é a atitude do sujeito, em face de seus antecedentes? O quão reprovável é a atitude do sujeito em face das consequências por ele geradas?”.<sup>594</sup>

Seguindo os exemplos do autor, podemos incluir os seguintes questionamentos para valoração de quão reprovável foi a conduta do agente no tocante ao programa de *compliance* violado: (i) o agente se valeu de cargo ocupado na empresa que lhe garantia informações privilegiadas acerca dos mecanismos de conformidade existentes para praticar o ato infrator?; (ii) o sujeito praticou atos tendentes a ilidir os mecanismos de conformidade, violando em maior grau a confiança que lhe foi depositada?; (iii) o indivíduo se utilizou das estruturas de *compliance* para, deturpando as finalidades do programa, possibilitar a prática do crime ou o seu mascaramento?; (iv) o ato decorreu de uma infringência específica às regras e aos valores que aquela empresa defendia, mesmo tendo participado de todas as ações de disseminação dos valores e manifestado expressa concordância? Com esses exemplos, nota-se que é possível considerar a existência de uma maior reprovabilidade em estruturas que buscam reforçar os valores e a confiança comunitária, sendo importante que se analise também a posição assumida pelo agente dentro da empresa, pois haverá um maior grau de violação da confiança conforme o cargo ocupado, já que se espera do funcionário do setor de *compliance* ou do integrante da alta administração uma conduta ainda mais diligente e em consonância com os valores defendidos pela empresa do que do colaborador comum.

Não é difícil notar que alguns dos questionamentos igualmente guardam relação com as circunstâncias da prática do crime, sendo isso o elemento que justifica a possibilidade da valoração também por meio dessa circunstância judicial, que permite considerar todos os elementos relacionados ao ato, desde que não consista em uma das circunstâncias taxativas previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, nem seja elementar do próprio tipo penal ou seja passível de majorar a pena na última fase da dosimetria. Quanto a isso, a presente proposta refuta qualquer hipótese de *bis in idem*, de modo que todo elemento que majore a pena deve ser sopesado apenas uma vez, seguindo as regras processuais penais já previstas para tanto.

---

<sup>594</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. v. 1. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 846.

Da mesma forma, tais questionamentos devem ser realizados quando se tratar da dosimetria da pena a ser imposta à pessoa jurídica condenada por crime ambiental: (i) a estrutura de *compliance* abrangia a situação que culminou com o crime apurado?; (ii) os setores de *compliance* tomaram medidas para a prevenção da irregularidade constatada?; (iii) o ato objeto de análise estava no âmbito do risco empresarial ou fugia das atividades recorrentes?; (iv) as pessoas físicas envolvidas no ilícito tinham ciência da existência dos valores e regras da empresa?; (v) caso outras medidas de *compliance* tivessem sido empreendidas ou tivessem sido mais bem reforçadas, a probabilidade de ocorrência do ilícito diminuiria?

No que diz respeito aos questionamentos a serem formulados para a dosimetria da pena da pessoa jurídica, nota-se que há uma carga especulativa que incide com mais força e pode impor dificuldades aos magistrados na avaliação de determinados elementos, muito embora nenhuma proposta acima pretenda avaliar diretamente critérios de eficácia e eficiência das estruturas de *compliance*. Não se ignora, no entanto, que os magistrados não possuem, pela ausência de conhecimentos técnicos e empresariais próprios, base suficiente para se avaliar de forma positiva ou negativa as métricas de *compliance*, mas parte-se do pressuposto de que o magistrado vai lidar com os elementos que estão provados nos autos. Se, em momento prévio, o magistrado optou por absolver as pessoas físicas e jurídicas envolvidas ante a existência de um programa de *compliance* eficaz, é um fator de carga probatória processual, cuja análise não será realizada no presente trabalho.

Cumpra observar que a exclusão da culpabilidade típica, ante a constatação pelo juízo de que os mecanismos de *compliance* eram eficazes e foram bem executados, geralmente ocorre quando se trata de pessoas jurídicas ou de pessoas físicas, integrantes da alta administração e gestores responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das medidas, pois, na hipótese de colaboradores comuns, a existência dos programas de *compliance* dificilmente tem a capacidade de exoneração da responsabilidade. De todo modo, o afastamento da responsabilidade criminal representa uma contenção do poder punitivo estatal, e medidas de sanção ainda podem ser impostas por outros órgãos de reforço e de controle, como as próprias agências administrativas ou as entidades de classe, especialmente naquelas hipóteses de estruturas de *compliance* de fachada. De todo modo, reforça-se a relevância de que uma avaliação como a tal se opere com o apoio de especialistas, por meio de perícias técnicas adequadas, como defende Nuria Pastor Muñoz,<sup>595</sup> seja

---

<sup>595</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad... p. 115.

para afastar a responsabilidade criminal, seja para valoração das circunstâncias judiciais na fixação da pena-base.

A existência de certificação pode ser um elemento que auxilie o juiz nesse processo, uma vez que o cumprimento com as pautas procedimentais indicadas para os respectivos *standards* normativos da autoridade certificadora pode ter correspondência com o espectro normativo daquela parte do programa de *compliance* que foi violada para a prática do crime em análise. O relevante é que determinada certificação não é uma presunção absoluta de boa organização,<sup>596</sup> especialmente porque, muitas vezes, um *standard* pode estar voltado à execução de determinada meta empresarial e nem sempre estar direcionado para uma conduta jurídico-penal,<sup>597</sup> devendo ser considerado apenas como um indício a ser alvo de ponderação com outros elementos que integrem o processo penal. O que vai ser operado nesse momento pelo juízo é uma remissão aos *standards* de conduta para sopesar aqueles valores vigentes no âmbito empresarial, o que vai exigir do julgador que explique quais foram os padrões considerados e como foi realizada a devida adequação da violação de tais aspectos para que a decisão seja considerada devidamente fundamentada.<sup>598</sup> Nuria Pastor Muñoz sustenta que o juiz está vinculado às valorações sociais e deve incorporá-las em sua análise, porém não pode se ater, de forma ilimitada, ao que for estabelecido pelos entes privados em suas regulações.<sup>599</sup> Ela aponta também que falta aos juízes a adequada representação sobre a conduta correta no caso, em virtude da ausência de expertise no ramo da atividade empresarial,<sup>600</sup> corroborando com o que já foi exposto acima.

O principal elemento que se deve levar em consideração aqui é que as normais sociais têm sua força e relevância apenas quando se trata do controle social informal, mas, quando essa espécie de controle falha e há necessidade de intervenção do direito penal, a reprovabilidade da conduta deve se dar conforme a análise das normas penais, servindo os parâmetros informais apenas como elementos a serem sopesados para se apurar a intensidade da lesividade da conduta. As normas sociais não substituem as normas penais, caso contrário, criminalizar-se-ia a vida diária, o que não pode ser aceito de acordo com Hassemer.<sup>601</sup>

---

<sup>596</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal**..., p. 38-39.

<sup>597</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 18-19.

<sup>598</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 41.

<sup>599</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 66.

<sup>600</sup> PASTOR MUÑOZ, Nuria. Riesgo permitido y principio de legalidad..., p. 71.

<sup>601</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin de aplican las penas?..., p. 329.

Durante o processo de subsunção do fato praticado com o tipo penal é que se opera a distinção entre o controle social informal e o formal. Com isso, diz-se que todas as instâncias de poder que existiam naquele momento, juntamente com as normas sociais e demais aspectos que lhe diziam respeito, devem assumir outra posição, não se caracterizando mais como regras sociais impositivas, mas como elementos para mensurar o quão reprovável foi a conduta considerada ilícita.

As normas sociais têm validade e abrangência apenas para aquele âmbito para o qual foram previstas e não podem ser confundidas com as normas estatais, especialmente em matéria penal, não se podendo conferir interpretações demasiadamente amplas para os controles informais, de modo a ampliar a configuração de um injusto penal. Da mesma forma, distinguem-se as esferas de controle para que as comunidades e organizações melhor se estabeleçam de acordo com as regras por elas próprias formuladas, o que pode ter, como consequência indireta, a redução da criminalidade. Porém, quando constatada uma lesividade não permitida pela norma formal, os meios coercitivos estatais devem se impor. Há uma clara divisão de tarefas entre as duas modalidades de controles,<sup>602</sup> e apenas podem caracterizar delitos aqueles atos que perfaçam o tipo penal descrito na norma e que atinjam ou causem perigo aos bens jurídicos tutelados.

A única valoração que se admite nessa esfera é a acima delimitada, que permite uma reprovação qualificada por conta da culpabilidade do agente ou das circunstâncias nas quais os crimes foram praticados, pois, assim, a função das normas sociais permanece restrita ao âmbito permitido, e violações das normas estatais são tratadas pelas esferas competentes.

#### **4.4 Conclusões parciais**

Durante o último capítulo da presente tese, foram analisadas as finalidades clássicas da pena elaboradas no século passado, abordando-se tanto a teoria retributiva quanto as de prevenção geral e especial, com a pretensão de compreender quais os fundamentos penais da ampliação da esfera punitiva no âmbito das estruturas de *compliance* e avaliar se estão em consonância com os pressupostos dogmáticos da legalidade e da culpabilidade. Entre as problemáticas verificadas, merece destaque a flexibilização de direitos e garantias individuais para possibilitar a ampliação do espectro de vigilância, o que se apresenta como capaz de conter a criminalidade e revela a

---

<sup>602</sup> GARLAND, David. La cultura del control..., p. 330-331.

assunção, pelo direito penal, do papel de resolver os problemas sociais, independentemente do sacrifício da liberdade e da própria dignidade humana. Do mesmo modo, é de ser ressalvada a preponderância da utilidade da pena sobre a avaliação adequada da culpabilidade individual e, conseqüentemente, da proporcionalidade entre os fatos e as penas impostas.

A teoria agnóstica da pena, também abordada na primeira parte deste capítulo, considera que as penas não possuem qualquer das funções clássicas apresentadas anteriormente, mas se trata, unicamente, de um poder de punir estatal que instrumentaliza o direito penal para que se alcancem os resultados pretendidos. Sob esse conceito, a pena não é um exercício jurídico, mas sim um fundamento exclusivamente político, do que decorre a necessidade de o direito penal ser uma barreira para referido poder. Assim, essa teoria é apresentada como um modelo dogmático que busca afastar a sanção criminal na sociedade ante o reconhecimento da ilegitimidade das teorias da pena. Diante da compreensão das análises teóricas, notou-se que o direito penal não pode assumir um papel justificador de repressão no ambiente empresarial, pois não haveria qualquer limite ao poder punitivo se o seu inerente instrumento limitador fosse funcionalizado para a ampliação dos poderes estatais.

Nesse cenário, o *compliance* não pode assumir um papel de reforço do poder punitivo, como está ocorrendo no contexto penal empresarial atual, e é isso que justifica a proposição de um novo paradigma, voltado aos reforços valorativos. Para tanto, considerou-se que o *compliance* deve ser inserido entre os instrumentos de controle sociais informais, que devem ser legitimados perante o seu respectivo âmbito de aplicação. Assim, tanto as normas de *compliance* quanto as sanções e o processo devem ser construídos de forma comunitária, com a participação dos *stakeholders*, e sempre buscando a verticalização dos valores propostos, a internalização da conduta considerada como adequada e válida para aquele âmbito de atuação e a ampliação da confiança no sistema.

Por fim, entende-se que, uma vez detectadas irregularidades – que sejam consideradas crimes – nas estruturas de *compliance*, o controle a ser exercido passa a ser o penal estatal, e os programas de conformidade devem ser avaliados, assim como os valores que são por eles reforçados para, não sendo o caso de exclusão da responsabilidade penal, mensurar o *quantum* da pena, especificamente, na avaliação da culpabilidade do agente ou das circunstâncias do delito, quando da primeira fase da dosimetria da pena.

Com isso, as duas esferas de controle ficam bem delimitadas e não há excessiva e injustificada ampliação da esfera penal, com base em normas informais de controle social, mantendo-se o respeito aos pressupostos de legitimidade e culpabilidade, essenciais em um Estado Democrático de Direito.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalização da presente tese, uma das hipóteses iniciais de pesquisa foi confirmada, no sentido de que a não autenticidade de determinados programas de *criminal compliance* representa uma das consequências negativas trazidas pelo paradigma de vigilância e controle como orientador da formulação das atuais estruturas de *compliance*. Além da não autenticidade, constatou-se que a padronização dos seus elementos pode bem atender aos anseios do mercado e ao cumprimento de metas para o alcance de benefícios legais, mas não necessariamente reflete uma postura de conformidade com padrões éticos e com a legislação ou demais normativas próprias da atividade.

A análise dos casos realizada no primeiro capítulo colaborou para a compreensão alcançada, permitindo que se observassem os mecanismos que podem ser utilizados para manipular e elidir as autoridades de controle, bem como para encobrir os crimes utilizando-se das estruturas que deveriam estar voltadas, exclusivamente, para a disseminação de padrões de ética corporativa e de responsabilidade social, levando ao questionamento acerca das pretensões visadas pela implementação de estruturas não autênticas. Foram identificadas algumas consequências visadas pela estruturação desse modelo de *compliance*, como o controle sobre as informações obtidas e a escolha acerca da melhor condução do tema, sem a interferência de agentes de fiscalização e órgãos estatais; a construção de uma boa imagem reputacional que, ao final, agrega valor à companhia; a possibilidade de exoneração de responsabilidade penal ou de redução das sanções aplicáveis tanto ao empresário e aos gestores quanto à própria pessoa jurídica; e o preenchimento de requisitos para contratações com o poder público, quando exigido.

Ao final da observação desses elementos no primeiro capítulo, foi apresentada a perspectiva inicial de que a atual formatação dos programas de *compliance* preenche elementos da prevenção geral, especificamente, aqueles relacionados a uma meta preventiva que busca influenciar os destinatários da norma, ainda que seja materialmente insuficiente para atingir tais objetivos, o que acaba por configurar essa normativa como simbólica. A fim de submeter essa hipótese a critérios de validação, passou-se a analisar a evolução da política criminal a partir do momento em que o direito penal econômico passou a ser ordenado juridicamente.

Esse estudo evolutivo compreendeu as mudanças de percepção social quanto aos riscos e os sentimentos de insegurança e os reflexos dessas modificações no direito penal, ampliando não

só o seu espectro como também as suas finalidades. No contexto do direito penal do risco, a meta estatal passa a ser a redução do medo coletivo e o controle cada vez mais estrito da criminalidade, ainda que isso signifique a antecipação da tutela penal. Entre as ferramentas para auxiliar o Estado nessa missão, têm-se os programas de *criminal compliance*, que, constituídos sob pressupostos de vigilância comunitária e controle, possibilitam uma maior e mais ampla supervisão sobre os funcionários e indivíduos sujeitos ao programa de conformidade, buscando dissuadir o comportamento de atos irregulares ou não desejados pela alta administração ante o medo da descoberta e da punição, seja ela interna ou externa, com a comunicação das autoridades judiciárias e a respectiva abertura de investigação.

No tocante à possibilidade de punição externa, observou-se que os programas de *criminal compliance* são capazes de modificar a estrutura sancionatória do Estado. Relativamente às pessoas jurídicas, os programas representam a possibilidade de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica ou de redução de sanções já que constituem mecanismos formais pelos quais as empresas demonstram a existência de uma organização para se evitar a ocorrência de ilícitos, a realização de diligências por parte da alta administração para a prevenção de delitos corporativos e a busca por uma organização virtuosa. Isso se verifica especialmente em modelos de autorresponsabilidade, mas, mesmo em modelos de heterorresponsabilidade, a comprovação de que o agente infrator atuou de modo contrário às ordens ou instruções da companhia, pode levar à isenção da responsabilidade criminal, à redução da pena ou possibilitar a realização de acordos de colaboração premiada entre as empresas e as autoridades públicas, naqueles ordenamentos que facultarem essa possibilidade. No Brasil, a inexistência de aprofundamento legal sobre a responsabilização penal dos entes coletivos é percebida na inexistência de critérios para a valoração da culpabilidade corporativa, não existindo no ordenamento fixação de deveres organizacionais e critérios mínimos de prevenção que podem ser exigíveis das pessoas jurídicas, deixando ampla margem para o judiciário responsabilizar ou não determinado ente.

Quando se trata da responsabilização individual, percebe-se movimento inverso, tendente a ampliar a imputação penal com base na posição de vigilante ou pelo poder-dever de conhecimento de determinadas regras, o que, em realidade, também corresponde a um reflexo da política criminal do risco, com o aumento das posições de garante e a ampliação dos crimes omissivos. A implantação de um programa de *compliance* representa um dever jurídico penalmente reforçado das pessoas físicas, já que concebe a ampliação de deveres para todos os envolvidos (tanto para o

empresário quanto para aquele que recebe os deveres), cuja infração ou negligência pode ensejar a punição criminal.

Esse contexto levou à conclusão de que os programas de *criminal compliance*, além de reduzirem os direitos dos envolvidos na empresa pela ampliação dos mecanismos de controle e vigilância, ainda ampliam a esfera de responsabilidade penal, o que leva à necessidade de reflexão acerca dos pressupostos que amparam essas estruturas, isto é, se as modificações que os programas produzem no direito penal estão em consonância com os pressupostos de legalidade e de culpabilidade próprios de um Estado de Direito. Para tanto, buscou-se compatibilizar os objetivos pretendidos pelas estruturas de *compliance* com as finalidades da pena, inclusive para checar o diagnóstico traçado no final do primeiro capítulo, do que se concluiu que as penas para os sujeitos e para as empresas estão longe de manifestar finalidade eminentemente retributiva, já que representam a moderna política criminal de minimização dos riscos sociais, redução dos danos e ampliação da segurança.

Relativamente às penalidades impostas às corporações, tem-se que, nos modelos de heterorresponsabilidade, da qual não se extrai culpabilidade própria da pessoa jurídica, a pena é voltada a critérios eminentemente preventivos gerais. A culpabilidade, nessa perspectiva, não opera como qualquer fundamento, tampouco como qualquer limitador da pena criminal. Porém, quando se trata da finalidade da pena em um modelo de autorresponsabilidade, observam-se tanto características retributivas como de prevenção geral e especial, pois a pena criminal é imposta considerando o defeito da organização e é limitada pela culpabilidade própria da pessoa jurídica apenada. No entanto, a forma como os programas de *compliance* atualmente se estruturam possui também a função de evitar que a responsabilidade jurídico penal se origine, ponto do qual se extrai que a pena encontra um fundamento político, que atende ao propósito de fornecer respostas à sociedade e de demonstrar o exercício do poder na contenção da criminalidade corporativa.

A finalidade das sanções impostas às pessoas naturais no marco dos programas de *criminal compliance* ampliam a tendência de imputação penal com base na posição de vigilante, de supervisor ou de garante, em um sistema que se orienta por critérios de prevenção geral e especial, bem como retributivo. A teoria unificadora de Roxin, logo, é aplicável a esse contexto. A problemática, no entanto, reside no fato de que a responsabilização com base na posição ocupada pode, muitas vezes, deturpar conceitos de culpabilidade e prezar pela responsabilização objetiva, pois, quando há necessidade de fortalecer a sensação de segurança e de atuação estatal frente à

criminalidade, a prevenção geral pode se sobrepor às outras finalidades da pena e ser orientadora não só na fase da cominação penal.

A atual configuração dos programas de *compliance*, assim, está em consonância com a política criminal que se configurou diante da atual perspectiva da modernidade, mas as penas criminais que decorrem da sua estruturação não atendem às finalidades clássicas do instituto, do que se conclui que a sua utilização atende a fins políticos. Esse contexto fortalece a tese de que há necessidade de mudança de paradigma desses programas, que precisam se desvincular do direito penal e caminhar para outros ramos que privilegiem o reforço de valores comunitários e sociais.

Por meio do estabelecimento desse paradigma, o *compliance* passa a integrar uma esfera de controle social não penal, correspondendo a uma norma social na qual se estabelecem regras de conduta e de comportamento e, inclusive, sanções sociais no caso de descumprimento. Assim, os programas de *compliance* são reconhecidos como instrumentos de controle social que devem estabelecer quais são os comportamentos esperados dentro daquele determinado âmbito empresarial, que assegure o livre exercício da atividade comercial, a adequada socialização das pessoas que integram aquele ambiente e que sentem os reflexos do desempenho naquele negócio, afastando-se do papel de reduzir a criminalidade ou de constituir uma ferramenta para modificar a responsabilização penal. Buscando delimitar a estruturação desse mecanismo de controle, entende-se que as normas que integrarão cada programa serão compostas por conteúdos que se extraem das normas técnicas e recomendações vindas de órgãos de controle do setor, das regras comerciais estabelecidas pelas empresas e empresários daquele núcleo, bem como dos valores estabelecidos por cada órgão central da pessoa jurídica, os quais devem nortear qualquer empresa constituída em um Estado Democrático de Direito e que respeite a legalidade. Muito embora não seja a intenção propor elementos fixos, há limites que devem ser respeitados na elaboração do conteúdo da norma, sendo refutadas quaisquer normas de teor sexual, moral ou religioso ou que propaguem qualquer tipo ideologização e discriminação. Fator considerado igualmente relevante para a fixação das normas sociais é a internalização pelos colaboradores dos standards sociais propostos e a existência de certa flexibilidade para evitar a defasagem da regra.

Quanto às sanções sociais no marco dessas estruturas, é fundamental a existência de clareza e transparência e, tanto quanto possível, de previsibilidade. Ademais, as sanções não devem ser demasiadamente severas e devem, preferencialmente, ser voltadas a soluções flexíveis e passíveis de diálogo, para permitir a compreensão das consequências do descumprimento da norma, sendo

apresentadas algumas possibilidades, como aplicação de penalidades e multas pecuniárias, renegociação dos termos do contrato, suspensões e rescisões contratuais, exclusão da empresa em processos de contratação, ingresso em uma específica “lista negra” de empresas em desconformidade, quando se tratar de processos entre pessoas jurídicas. Quando a hipótese for de punições aplicadas pelos órgãos de gestão aos funcionários e colaboradores, tem-se a possibilidade não só de aplicação das penas de advertência, suspensão ou demissão por justa causa, como também remoção para um outro setor, vedação de realizar determinadas negociações ou contatos com clientes específicos e servidores públicos, devolução de bens disponibilizados pela empresa ou outras penalidades que sejam capazes não só de neutralizar o comportamento infrator, mas de responder à violação da norma e possibilitar a internalização dos valores que pretendem reforçar.

Foi abordada também a possibilidade de o controle social se dar por associações de empresas ou sindicatos, que, embora fora do âmbito estatal, podem prever regras de conduta e de comportamento entre seus afiliados e estabelecer sanções em caso de descumprimento, como apontamento em cadastros positivos ou negativos, restrição de participações em determinados âmbitos negociais, publicidade de atos desconformes etc.

A fixação de regras procedimentais no modelo de controle social proposto compreende a indispensabilidade de aceitação ou consenso formal profundo e material, vinculado a uma racionalidade social, a qual se entende que pode ser atingida somente se houver uma colaboração ativa de todos os indivíduos que se sujeitarão às normativas, como colaboradores, funcionários, gestores, acionistas e todos os *stakeholders*, também devendo ser adotado esse formato quando se tratar de normas advindas de sindicatos e órgãos de controle, permitindo a participação de todas as empresas e representantes. Ademais, entende-se que o pressuposto da confiança exige o afastamento das medidas de controle ativo, ainda que não seja afastada a possibilidade de investigações internas – e todos os meios próprios para tanto – quando houver suspeitas de irregularidades, de modo que ações individuais invasivas sejam utilizadas apenas quando forem reativas, desde que sejam sempre proporcionais.

Por essa perspectiva, tem-se uma estratégia social e jurídica de não intervenção em conflitos de um exclusivo âmbito social, o que considera a própria capacidade de controle do direito penal, que precisa ser descarregado das expectativas de ordenação social que lhe foram impostas. Do mesmo modo, essa perspectiva também permite que o *compliance* seja adequado aos seus fins e, em vez de ser percebido como uma ferramenta a serviço da estrutura empresarial para obtenção de

benefícios e cumprimento de finalidades escusas, possa cumprir com sua finalidade organizativa e de modificação para uma cultura empresarial de respeito à legislação e aos valores que lhe orientam.

Por fim, ocorrendo crimes no interior da corporação e, respeitados os pressupostos de culpabilidade, eventual sanção a ser imposta pode considerar elementos do *compliance* na dosimetria da pena, especificamente, na valoração da culpabilidade e das circunstâncias do ilícito, na primeira fase de aplicação da pena. Essa avaliação deve ocorrer por meio de questionamentos a serem formulados pelo julgador, tendentes a mensurar as regras internas violadas, as medidas para prevenção de irregularidades e a ciência das pessoas envolvidas, bem como se houve a utilização de cargos e conhecimentos internos para a prática e/ou ocultação dos delitos, se foram praticados atos para fugir da esfera de controle dos programas etc. Os programas de *compliance*, agora no âmbito de controle formal, podem ser valorados e considerados na medida da sanção criminal, seja relativamente às pessoas físicas, seja em face das pessoas jurídicas, de modo que a atuação penal fica delimitada à esfera a que efetivamente pertence, isto é, posterior ao ilícito.

## REFERÊNCIAS

ABDELAL, Rawi. DI TELLA, Rafael. SCHLEFER, Jonathan. Corruption in Germany. **Harvard Business School**, New York City, 30 July 2008. Disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=36245>. Acesso em: 27 maio 2021.

ADAM ADAM, Alfredo. Enron-Andersen: Un caso para análisis y reflexión. **Revista Contaduría y Administración**, n. 207, octubre-diciembre 2002, Distrito Federal do México. p. 31-37. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/395/39520704.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

AGUILERA GORDILLO, Rafael. Capítulo 2 – Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los “Compliances”. *In*: PALMA HERRERA, José Manuel; AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Compliances y responsabilidad penal corporativa**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 75-126.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R. Estrategias y limites en la prevención del delito dentro de la empresa: A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad (ex artículo 197 CP). **Revista para el Análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 2/2009, abr. 2009. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

ANGÉLICO, Fabiano. **Grande corrupção**: dados inéditos apresentam raio x sobre atividade de órgãos de investigação da américa latina no caso Odebrecht. **Jota e Transparência Internacional**, 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/grande-corrupcao-dados-ineditos-apresentam-raio-x-sobre-atividade-de-orgaos-de-investigacao-da-america-latina-no-caso-odebrecht-29052019>. Acesso em: 29 maio 2021.

ARMENDARIZ OCHOA, Luis Fernando. Criminal compliance, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo: Reflexiones a partir del caso Siemens. **Revista Científica DOCRIM**, Granada, n. 2, mayo-agosto 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7344468>. Acesso em: 28 maio 2021.

ASMAT COELLO, Diana Marisela. Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. *In*: AMBOS, Kay; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (coord.). **Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado**. Lima: Jurista Editores, 2015. p. 403-447.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO 37001:2017**: Sistemas de gestão antissuborno – Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT NBR ISO 37301:2021**: Sistemas de gestão de compliance – Requisitos com orientações para uso. Rio de Janeiro, 03 jun.

2021. Disponível em: <https://www.normas.com.br/visualizar/abnt-nbr-nm/13121/nbriso37301-sistemas-de-gestao-de-compliance-requisitos-com-orientacoes-para-uso>. Acesso em: 09 dez. 2023.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Cizur Menor: Arazandi; Thomson Reuters, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais – comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683.2021**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BANACLOCHE PALAO, Julio. El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo (Compliance Programs). *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 552 – 582.

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos e fundamento do direito de punir**. Rio de Janeiro: Pongetti & C, 1926.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Autorregulação regulada, criminal compliance e mecanismos sancionatórios**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARRILARI, Claudia Cristina. Capítulo I – O cumprimento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 55-60.

BARRILARI, Claudia Cristina. Os caminhos do public compliance no Brasil. *In*: NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord. da edição espanhola). BARRILARI, Claudia Cristina; SAAD-DINIZ, Eduardo (coord. da edição brasileira). **Public Compliance: prevenção da corrupção nas administrações públicas e partidos políticos**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 9-31.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BECKER, Kalinca Léia. **Uma análise econômica da realização entre a educação e a violência**. 2012. Tese (Doutorado) - Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-15032013-092954/publico/Kalinca\\_Leia\\_Becker.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-15032013-092954/publico/Kalinca_Leia_Becker.pdf). Acesso em: 19 jun. 2023.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA; Giovani Agostini. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do *compliance* decorrente da relação de criptomoedas com os *bitcoins* e a lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 251-272, set. 2018.

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

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 1 – Intervencionismo Econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. *In*: OLIVEIRA, William Terra de; et. al. (org.). **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 13-28.

BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. *In*: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (ed.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 107-121.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A Lei Sarbanes-Oxley**: Um caminho para a informação transparente. 2005. Dissertação (Mestrado profissionalizante em administração) - Programa de Pós-Graduação e pesquisa em Administração e Economia, Faculdades IBMEC, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10055>. Acesso em: 25 maio 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *habeas corpus* nº 120.261/SP, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Distrito Federal, 26 de maio de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**: n. 2923, 05 jun. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. v. 1. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BUSATO, Paulo César. SCANDELARI, Gustavo Britta. La incorporación de los programas de cumplimiento (“criminal compliance”) en la realidad jurídico-penal latino americano. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUIN, Christa M. (coord.). **Tratado sobre compliance penal**: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 1231-1258.

BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy Joseph. Crítica ao uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas. *In*: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (coord.). DAVID, Décio Franco (org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37-69.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿” Derecho Penal” del enemigo? *In*: CUERDA RIEZU, Antonio (dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (coord.). **La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos**: IV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005. Madrid: Dykinson, 2006. p. 77-96.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua “dogmática” e sobre o sistema da Reforma de 2010 do CP espanhol. Tradução: BUSATO, Paulo César. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 133/2017, p. 37-67, jul. 2017.

CARDOSO, Débora Motta. **A extensão do compliance no Direito Penal**: análise crítica na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro. 2013. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-50723/publico/Debora\\_Motta\\_Cardoso\\_Extensao\\_do\\_Compliance.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01092016-50723/publico/Debora_Motta_Cardoso_Extensao_do_Compliance.pdf). Acesso em: 27 maio 2021.

CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva y compliance penal. *In*: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.). CUERDA MARTÍN, Mónica de la; TORRE GARCIA, Faustino García de la (coord.). **Derecho penal económico y teoría del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 371 – 409.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. **Manual de orientação do Compliance aplicado às sociedades de advogados**, São Paulo: [s. n.], 25 jun. 2019. Disponível em: <https://cesa.org.br/manual-de-compliance-aplicado-sociedades-de-advogado/>. Acesso em: 23 maio 2021.

COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE COMPLIANCE E ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. **Guia prático de programa de integridade para Sociedades de Advogados**. Curitiba: [s. n.], 2021.

CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 2021/2022. Disponível em: [http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021\\_6pv.pdf](http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf). Acesso em: 3 jul. 2023.

CONAR – CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Sobre o CONAR**. São Paulo. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 3 jul. 2023.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. **Proyecto de Ley 121/000065**. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid: Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 4 de octubre de 2013. Disponível em: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF). Acesso em: 11 mar. 2023.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais**: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais, Brasília, dez. 2015. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46633>. Acesso em: 23 maio 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um panorama sobre sua aplicação no direito brasileiro. **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 91-108.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 215-230, jan./fev. 2014.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Hassemer e os “*límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*” (glosas). **IBCCRIM 25 anos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 109-129.

DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico**. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

**DEPARTAMENTO de propina da Odebrecht**: origem, destino e finalidade do dinheiro, segundo as delações. **G1**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/departamento-de-propina-da-odebrecht-origem-destino-e-finalidade-do-dinheiro-segundo-as-delacoes.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2018.

DII - DEFENSE INDUSTRY INITIATIVE ON BUSINESS ETHICS AND CONDUCT. **About DII**. Disponível em: <https://www.dii.org/about/about-dii#:~:text=The%20DII%20is%20nonpartisan%20and,and%20services%20through%20government%20contracting>. Acesso em: 13 maio 2021.

Diskant, E. B. Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 118(1), 2008, 126–176. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/20454705>. Acesso em: 15 set. 2022.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal objetiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 163-201.

EMPRESA BRASILEIRA ACREDITADORA DE NORMA DE *COMPLIANCE* (EBANC). **DSC 10.000**: Diretrizes para o sistema de compliance. Disponível em: <https://ebanc.com.br/>. Acesso em: 23 maio 2021.

ESPAÑA. **Doctrina de la fiscalía general del Estado**. Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada

por Ley Orgánica 1/2015. Madrid, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>. Acesso em: 10 mar. 2023.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid, 24 nov. 1995. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 31 mar. 2023.

ESTELITTA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**: estudos sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FARALDO CABANA, Patricia. Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance Penal**: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 157 - 180.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Guia boas práticas de Compliance**, São Paulo: FEBRABAN, 2018. Disponível em: [https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban\\_manual\\_compliance\\_2018\\_2web.pdf](https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf). Acesso em: 20 maio 2021.

FERNANDES, Luiz Campos. **Corrupção e estratégia de negócios** – Caso Odebrecht. 2019. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/4185>. Acesso em: 30 maio 2021.

FONSECA, Nadine Corrêa Machado. **Turnaround de empresas com problemas de compliance**: o caso Siemens. 2015. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial) – Escola Brasileira de Administração Pública e de empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15500/O%20caso%20SIEMENS%20Ltda%2009-01-016%20revisada%20final.pdf;jsessionid=27C398DB2E080A407A19FA8D21C1CBCE?sequence=2>. Acesso em: 29 maio 2021.

FORIGO, Camila Rodrigues. As atribuições e a responsabilização penal do Compliance Officer na prevenção ao crime de Lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, n. 5, p. 41-70, jan/mar. 2021.

FORIGO, Camila Rodrigues. **A figura do Compliance Officer no direito brasileiro** – funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Luminária Acadêmica/Multifoco, 2017.

FORIGO, Camila Rodrigues; GONÇALVES, Oksandro Osdival. A aplicabilidade das sanções previstas na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei Federal 12.846/2013): uma análise a partir das fraudes envolvendo o metrô de São Paulo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 115, n. 23, p. 337-367, jul./ago. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GALÁN MUNOZ, Alfonso. Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del Compliance: una propuesta interpretativa. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 241-276.

GARLAND, David. **La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Tradução: Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal. *In*: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.). MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). **Política criminal y reforma penal**. Madrid: Edisofer / Editorial B de F, 2007. p. 55-103.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos. *In*: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (dir.). MADRID BOQUÍN, Chista M. (coord.). **Tratado sobre Compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 317-345.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal). Tradução: M.<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 3, p. 317-331, jan. 1999.

HASSEMER, Winfried. A que metas pode a pena estatal visar? Palestra em 19.09.1984. Notas colhidas por Hugo Nigro Mazzilli. **Justitia**, São Paulo, 48 (134), 26-34, abr. – jun. 1986.

HASSEMER, Winfried. Capítulo 6 - Por que e para qual fim punimos? *In*: HASSEMER, Winfried. MOREIRA, Luiz (coord.). **Direito penal libertário**. Tradução: Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 81-98.

HASSEMER, Winfried. Contra el abolicionismo: acerca de por qué no se debería suprimir el Derecho Penal. **Revista Penal**, Valencia, n. 11, p. 31-40, jan. 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Tradução: Elena Larrauri. **Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. Tradução: Francisco Muñoz Conde. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 15, p. 182-198, 1990/1991.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 9-22.

HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la penal. *In*: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 45 - 81.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. Tradução: Fernanda Tórtima. *In*: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como crítica da pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 335-344.

HASSEMER, Winfried. Sobre las normas no jurídicas en el derecho. **Doctrina Penal**: teoría y práctica en las ciencias penales, Buenos Aires, v. 12, p. 1-27, 1989.

HORTA, Ana Magdalena. **Terremoto Global**: Falta de confiança nos balanços de grandes empresas dos EUA abala mercados e afasta investidor estrangeiro do Brasil. *Época*, São Paulo, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT344659-1663-1,00.html>. Acesso em: 29 maio 2021.

ITALIA. **Decreto legislativo n. 231, 8 giugno 2001**. Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Roma, 19 giugno 2001. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2001-06-19&atto.codiceRedazionale=001G0293&tipoDettaglio=originario&qId=&tabID=0.29974860124562075&title=Atto%20originario&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>. Acesso em: 31 mar. 2023.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KAUFMANN, Amir. **Dogmática de los delitos de omisión**. Tradução: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

KINDHAÜSER, Urs. Liberdade e segurança – sobre o Direito Penal na sociedade do Risco. Tradução: Beatriz Corrêa Camargo. *In*: CAMARGO, Beatriz Corrêa; GODINHO, Inês Fernandes; MOURA, Bruno de Oliveira (org.). **Dogmática penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 44 – 55.

KPMG. **Treinamento Executivo**: Certificação em Compliance. Disponível em: <https://materiais.kpmgbrasil.com.br/certificacaocompliance>. Acesso em: 23 maio 2021.

LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. Tradução: Carlos Gómez-Jara Díez. *In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas.* Navarra: Aranzadi, 2006. p. 69-91.

LAUFER, William S.; GEIS, Gilbert. **Corporate Crime and a new brand of cooperative regulation.** 19[?], Disponível em: <https://www.pdfFiller.com/jsfiller-desk20/?projectId=663525077#f2ae1a302e036049a65fc671c8115609>. Acesso em: 11 mar. 2021. p. 139-148.

LAUFER, William. O compliance game. Tradução: Inara Flora Cipriano. *In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira.* São Paulo: LiberArs, 2015. p. 57-68.

LÜDERSSSEN, Klaus. La función preventivo-general del sistema del delito. *In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general.* Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 82-122.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). Temas de anticorrupção & Compliance.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MARIN, Gustavo de Carvalho; DAVID, Décio Franco. Programas de whistleblowing: da retórica à necessária verificação de efetividade. *In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). Legitimidade e efetividade dos Programas de Compliance.* São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 105-121.

MENDES, Paulo de Souza. Law Enforcement & Compliance. PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). *In: Novos estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.* Coimbra: Almedina, 2021. p. 13-24.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual prático de avaliação de programa de integridade em PAR,** Brasília, set. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/manual-pratico-integridade-par-pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Tema 4 – Compliance. *In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.). ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.). Lecciones de derecho penal económico y de la empresa: parte general y especial.* Barcelona: Atelier, 2020. p. 97-119.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpeza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. *In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). Compliance y teoría del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 221-243.

MONTORO FILHO, André Franco. O valor econômico do comportamento ético. *In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques (coord.). Cultura das transgressões no Brasil: lições da história.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-16.

NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. *In*: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 15-44.

NIETO MARTÍN, Adán. Como avaliar a efetividade dos programas de cumprimento? *In*: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). **Legitimidade e efetividade dos programas de Compliance**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 7-27.

NIETO MARTÍN, Adán. Lição I – O cumprimento normativo. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 29-53.

NIETO MARTÍN, Adán. Lição III – Fundamento e estrutura dos programas de Compliance. *In*: NIETO MARTÍN, Adán (coord. da edição espanhola); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (coord. da edição brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 132-154.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21-50.

NOVONOR. **Conformidade**. Disponível em: <https://www.novonor.com.br/pt-br/governanca/conformidade>. Acesso em: 30 maio 2021.

NOVONOR. **História**. Disponível em: <https://www.novonor.com.br/pt-br/a-novonor/historia>. Acesso em: 30 maio 2021.

OLIVEIRA, Mariana. SALOMÃO, Lucas. Odebrecht e Braskem assinam acordos de leniência com EUA e Suíça. **G1**, São Paulo, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/odebrecht-e-braskem-fecham-acordo-com-suica.ghtml>. Acesso em: 30 maio de 2021.

PALMA HERRERA, José Manuel. Capítulo 1 – Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “Compliances”. *In*: PALMA HERRERA, José Manuel; AGUILERA GORDILLO, Rafael. **Compliances y responsabilidad penal corporativa**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 15-73.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. **Riesgo permitido y principio de legalidad**: la remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal. Barcelona: Atelier, 2019.

PERU. Decreto Legislativo 1106, de 18 de abril de 2012. Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. **Diario Oficial el Peruano**: Lima, 19 abr. 2012. Disponível em: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contra-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

PORTUGAL. **Código Penal**. Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/59-2007-640142>. Acesso em: 30 mar. 2023.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal objetiva. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. **Derecho penal y riesgo**: Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal em la sociedad del riesgo. Tradução: Eugenio C. Sarabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2021.

QUINTELLA, Marcus; LESSA, Mariana. Governança e compliance nas empresas estatais: Os avanços trazidos pela Lei das Estatais e os impactos no programa brasileiro de desestatização. **FGV Transportes – Opiniões**, 25 mar. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/starle/handle/10438/32011>. Acesso em: 11 mar. 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n.º 7.753, 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. **Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 10 out. 2017. Disponível em: [http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005\\_b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753#\\_Section1](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005_b82ad?OpenDocument&Highlight=0,7753#_Section1). Acesso em: 28 maio 2023.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**: uma política criminal na era compliance. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2020.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. **Revista para el análisis del Derecho – InDret**, Barcelona, v. 1/2012, jan. 2012. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/%20260786/347968>. Acesso em: 10 nov. 2015.

ROTSCH, Thomas. **Derecho penal, derecho penal económico y compliance**. Madrid: Marcial Pons, 2022.

ROXIN, Claus. ¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales. *In*: ROXIN, Claus. **Problemas actuales de dogmática penal**. Tradução: Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: ARA Editores, 2004. p. 19-46.

ROXIN, Claus. § 1. Sentido y límites de la pena estatal. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña. *In*: ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. CÓRDOBA, Gabriela E. PASTOR, Daniel R. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 48 – 90.

ROXIN, Claus. § 2. Transformaciones de la teoría de los fines de la pena. Tradução: Gabriel Pérez Barberá. *In*: ROXIN, Claus. **Fundamentos político-criminales del Derecho penal**. CÓRDOBA, Gabriela E. PASTOR, Daniel R. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 91-113.

ROXIN, Claus. Evolução del derecho penal y de la política criminal en Alemania. *In*: ROXIN, Claus; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: nuevas tendencias en el Tercer Milenio – Seminario Internacional. Lima: Universidad de Lima: 2000. p. 29-38.

ROXIN, Claus. Problemas fundamentales del sistema del derecho penal. *In*: ROXIN, Claus. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**: Nuevas tendencias en el Tercer Milenio – Seminario Internacional. Lima: Universidad de Lima, 2000. p. 51-59.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e Compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. *In*: **Boletim IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)**, São Paulo, ano 18, n. 218, jan. 2011. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4272-Reflexes-iniciais-sobre-criminal-compliance). Acesso em: 05 abr. 2023.

SAAVEDRA, Giovani; PETER FILHO, Jovacy; CURY, Rogério Luis Adolfo. A definição do alcance da posição de garante do compliance officer como reforço a agenda anticorrupção no Brasil. **Delictae - Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 57-84, 2021.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2.ed. São Paulo: Thomsom Reuters, 2020.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 257-282, jan./abr. 2017.

SARTINI, Brígida Alexandre. *et al.* **Uma introdução a teoria dos jogos**. *In*: II Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e Law Enforcement**: propostas para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil. 2021. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 53, n. 211, p. 273-299, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525428/001078748.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 out. 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. § La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. Tradução: Jesús-María Silva Sánchez. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio**. Lima: Idemsa, 2006. p. 197-246.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral? *In*: GARCÍA FALCONI, Ramiro et. al. (coord.). **Derecho penal económico**. Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 49-75.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SARCEDO, Leandro. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no projeto de novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012). *In*: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem à Miguel Reale Júnio**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 686-705.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance em el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. *In*: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63-109.

SIEMENS. **História da Siemens**. Disponível em: <https://new.siemens.com/br/pt/empresa/sobre-a-siemens/history.html>. Acesso em: 28 maio 2021.

SIEMENS. **Relatório Institucional e de Sustentabilidade 2018**. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:f31bd646-6b7b-4b72-9b74-875943347d3b/relatorio-anual-2018.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

SIEMENS. **Annual Report 2006**. Disponível em: [https://www.siemens.com/investor/pool/en/investor\\_relations/downloadcenter/e06\\_00\\_gb2006\\_1418835.pdf](https://www.siemens.com/investor/pool/en/investor_relations/downloadcenter/e06_00_gb2006_1418835.pdf). Acesso em: 29 maio 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Tiempos de derecho penal**: Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía. Madrid: B de F / Edisofer, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, E Iñigo Ortiz de Urbina (ed.). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-105.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. 2.ed. Madrid: Edisofer, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMPSON, Sally S. **Corporate Crime, Law, and Social Control**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de Direito Penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Análise da legitimidade da proteção penal da ordem econômica**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 2 – Conteúdo do direito penal econômico. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho de (coord.). **Direito Penal Econômico: Leis penais especiais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 37-55.

SOUZA, Luciano Anderson de. Capítulo 3 – Estágio atual do direito penal econômico e alternativas jurídicas. *In*: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho de (coord.). **Direito Penal Econômico: Leis penais especiais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 57 – 106.

SOUZA, Luciano Anderson de. Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema. *In*: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro homenagem à Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014. p. 341-360.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, vol. 59, p. 281 - 301, jan. 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Logos Ciencia & Tecnología**, Bogotá, vol. 3, n. 1, p. 186-202, jun. – dez. 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

THOMAS, William. **The Rise and Fall of Enron**: When a company looks too good to be true, it usually is. *Journal of Accountancy*, April 2002. Disponível em: <https://www.journalofaccountancy.com/issues/2002/apr/theriseandfallofenron.html>. Acesso em: 25 maio 2021.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. Tradução: Manuel Abanto Vásquez. 2.ed. Lima: Grijley, 2007.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines Manual**, §3E1.1 (Nov. 2021). Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2023.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Organizational Guidelines**, Washington, United States. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/organizational-guidelines>. Acesso em: 09 jul. 2021.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo: ¿Hacia una teoría aretética de la responsabilidad penal de los entes colectivos? *In*: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **El Derecho Penal desde la Política criminal**: ensayos sobre dogmática, economía y filosofía del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2021. p. 539-562.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo; CHIESA, Luis. “Compliance” y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE. UU. *In*: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **El Derecho Penal desde la Política criminal**: ensayos sobre dogmática, economía y filosofía del derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2021. p. 499-537.

WEGENER, Christoph. KARCZEWSKI, Johannes Von. **1847 – 2017 Shaping the future**: Qualities that set Siemens apart – after 170 years. Siemens Historical Institute, Berlin, October 2017. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:38754e5ae3933ce8038e2d78293aa98317335cea/094-shi-siemens-at-170-years-the-siemens-narrative-2017-e.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

**WORLD.COM pede maior concordata dos EUA, Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jul. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2207200205.htm>. Acesso em: 29 maio 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Capítulo 1: A destruição do direito penal. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. **Bem-vindos ao Lawfare!** Manual de passos básicos para demolir o Direito Penal. Tradução: Rodrigo Barcellos e Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 77-105.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Segundo volume - teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.