

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARK WEBER

**O PROGRAMA DE COMPLIANCE E SUAS IMPLICAÇÕES NO CERNE DA
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL: ESTUDO COMPARADO BRASIL VERSUS EUA**

Porto Alegre
2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARK WEBER

**O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* E SUAS IMPLICAÇÕES NO CERNE DA
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL:
ESTUDO COMPARADO BRASIL *VERSUS* EUA**

Porto Alegre, RS

2017

MARK WEBER

**O PROGRAMA DE COMPLIANCE E SUAS IMPLICAÇÕES NO CERNE DA
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL:
ESTUDO COMPARADO BRASIL *VERSUS* EUA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Feldens

Porto Alegre, RS

2017

MARK WEBER

**O PROGRAMA DE COMPLIANCE E SUAS IMPLICAÇÕES NO CERNE DA
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL:
ESTUDO COMPARADO BRASIL *VERSUS* EUA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em 28 de agosto de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Dr. Luciano Feldens (Presidente/Orientador)

Dra. Carla Veríssimo de Carli

Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

RESUMO

O propósito da presente pesquisa centra-se, basicamente, na busca da compreensão, análise e aprofundamento do debate em torno da importância dos programas de *compliance* no âmbito empresarial, como forma de evitar a prática de atos ilícitos nas diversas estruturas societárias. Toma-se por base as legislações estrangeiras e nacionais acerca da matéria, no viés preventivo e repressivo da atuação do Estado e na relação Estado-particular.

O problema central da pesquisa recai no questionamento acerca dos parâmetros atuais da regulamentação e efetivação do programa de *compliance* no Brasil, em comparação com outros ordenamentos jurídicos, em especial em suas consequências no cerne da responsabilidade empresarial, no âmbito nacional.

Como metodologia de trabalho desenvolve-se a construção e o debate sobre os *standards* de atuação no âmbito dos programas de *compliance*, a fim de verificar se eles são hábeis para funcionar como parâmetros objetivos a balizar as exigências e responsabilidades atribuíveis às pessoas físicas e jurídicas, no âmbito dos chamados ilícitos empresariais. Busca-se a experiência do direito comparado, através da legislação de países com maior *expertise* na matéria (no caso, os Estados Unidos da América do Norte), sem descuidar a legislação interna anticorrupção.

Opta-se pelo método hipotético-dedutivo, na busca incessante por respostas mais claras e seguras para as problemáticas que se apresentam diante do tema. No que diz respeito ao tipo de pesquisa, trata-se de uma atividade exploratória, de caráter bibliográfico, com uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: *Compliance*. Programas de *Compliance*. Atividade econômica. Responsabilidade empresarial. Prevenção. Mitigação

ABSTRACT

The purpose of this study is basically focused on the attempt to understand, analyze and promote a deep debate around the importance of compliance programs into the corporate ambience as way of preventing illicit practices committed inside the several social structures. Foreign and national legislation is taken as base surrounding the subject in a preventive and repressive bias of state actions and the state-private relation.

The main concern of the research is over the questioning on current regulation patterns and compliance program establishing in Brazil compared to other legal systems specially regarding the consequences in corporate core responsibility in national scope.

As work methodology, the debate about patterns of action is developed into the compliance programs, with the objective of checking whether or not they are able to function as objective parameters to mark out the demands and responsibilities attributed to the individual or corporation in the ambience called corporate offense. The experience of compared laws is searched through the laws of the countries with more expertise on the subject (in case of the USA), without neglecting our internal anti-corruption legislation.

The hypothetical-deductive method is chosen in the restless quest for cleaner and safer answers to the problem. As for the kind of research, this is an exploratory activity of bibliographic characteristic, with qualitative approach.

Keywords: Compliance. Compliance programs. Economic activity. Corporate responsibility. Prevention. Mitigation.

“If you want to get access to our capital market you are kindly invited. Its regulation and the sanctions in case of noncompliance are decided by us.”

Roland Hefendehl

LISTA DE ABREVIATURAS

A.B.A - *American Bar Association*
Alb.L.Rev - *Albany Law Review*
BGH - *Bundesgerichtshof*
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CGU – Controladoria Geral da União
CEDH - Corte Europeia dos Direitos Humanos
CIDH - Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSNH - Conselho de Segurança das Nações Unidas
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CVM – Comissão de Valores Imobiliários
DOJ - Departamento de Justiça Americano
DNA- Ácido Desoxirribonucleico
DPAs – *Deferred Prosecution Agreements*
EUA - Estados Unidos da América
EMBRAER – Empresa Brasileira de Aeronáutica
FCPA - Foreign Corrupt Practices Act
FAT – Força Tarefa da Área Financeira
FBI - *Federal Bureau of Investigation*
GAFI - Grupo de Ação Financeira Internacional
GPS - *Global Positioning System*
GPICEC – Good Practices on Internal Controls, Ethics and Compliance
IPL – Índice de Percepção de Corrupção
LACE – Lei Anticorrupção Empresarial
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
NPAs – *Non Prosecution Agreements*
OEA - Organização dos Estados Americanos
OCDE – Organização para o Comércio e Desenvolvimento Econômico
ONU - Organização das Nações Unidas
PAR – Processo Administrativo Empresarial
PGNF – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
STF - Supremo Tribunal Federal
SEC- *Security Exchange Commission*
SIVAN- Sistema de Vigilância da Amazônia
SOX – *Sabanes-Oxley Act*
TI – *Transparency International*
UK- *United Kingdom / UKBA United Kingdom Bribery Act*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> COMO PARADIGMA DE GOVERNANÇA CORPORATIVA NO MEIO EMPRESARIAL	13
1.1 GOVERNANÇA CORPORATIVA E GESTÃO DE RISCOS	17
1.2 EFEITOS DA INCORPORAÇÃO DA LÓGICA DO GERENCIAMENTO DAS SITUAÇÕES DE RISCO	21
1.3 A IMPORTÂNCIA DO <i>COMPLIANCE</i> NO CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE/RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA, DE CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ.....	28
1.4 SIGNIFICÂNCIA DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	32
2 REGULAÇÃO EMPRESARIAL E <i>COMPLIANCE</i>: MODELOS, PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	37
2.1 MODELOS DE REGULAÇÃO EMPRESARIAL.....	40
2.2 PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> EFETIVO - REQUISITOS E MECANISMOS CONCRETOS	44
2.3 RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA ADOÇÃO DO PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	50
2.4 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS NA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL.....	58
3 MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NO CENÁRIO INTERNACIONAL, COM ÊNFASE NA JUSTIÇA AMERICANA E BRASILEIRA.....	62
3.1 ASPECTOS GERAIS.....	62
3.2 A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	66
3.3 FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)	71
3.4 LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO E <i>COMPLIANCE</i>	78
3.5 SUJEITOS DOS ILÍCITOS PREVISTOS NAS LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO..	80
3.6 SANÇÕES PREVISTAS NO SISTEMA ANTICORRUPÇÃO.....	85
4. JUSTIÇA NEGOCIAL E <i>COMPLIANCE</i>.....	89
4.1. A LÓGICA DA JUSTIÇA NEGOCIAL.....	89
4.2 ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA NEGOCIADA (PLEA BARGAINING).....	95
4.3 ACORDOS DE <i>NON-PROSECUTION AGREEMENTS</i> E <i>DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS</i> E SUA INTERFACE COM EXIGÊNCIAS DE <i>COMPLIANCE</i> EFETIVO.....	98

4.4 ACORDOS FIRMADOS POR EMPRESAS COM A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU) COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA.....	102
4.5 DA PARTICIPAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA	107
5 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	116

INTRODUÇÃO

Nos Estados Unidos da América do Norte, na década de 70, com o fenômeno da expansão da economia e a paulatina afirmação do País como superpotência mundial, ganhou destaque a criminalidade macroeconômica. Observou-se uma evolução desta atividade no meio empresarial, com graves consequências para os interesses econômicos do Estado. Tal situação motivou a necessidade de uma legislação que enfrentasse esta problemática de forma mais contundente.

Neste contexto, surgiram, na década seguinte (anos 80) novas campanhas político-normativas de *Law and Order*, visando a manutenção da ordem jurídica através de políticas que se fundamentaram na hipersensibilidade de alarmas sociais específicos, baseadas na aplicação mais dura das sanções como forma de garantia e manutenção da eficácia do sistema legal.

Para este enfrentamento, houve uma reengenharia do sistema legal estadunidense, transformado em um estado de vigilância preventiva, por meio de uma delegação de tarefas até então, exclusivamente, reservadas ao poder estatal. Nesta conjuntura, foram gestadas as regras de *compliance*, ou seja, da busca de adequação e conformidade das empresas estatais e privadas às regras legais ditadas por práticas de gestão empresarial pautadas na ética e na governança corporativa.

À guisa deste procedimento, outros países, como o Reino Unido e a Espanha, passaram a adotar regras similares pautadas pela observância das normas através de medidas de atuação preventiva, evitando-se, assim, práticas delituosas próprias da classe econômica, como a corrupção de agentes públicos e a lavagem de dinheiro, classificadas como crimes do colarinho branco a partir da expressão *White Collar Crimes*.

No Brasil, também com o crescimento da criminalidade econômica na década de 80, dá-se início a uma série de medidas legais buscando reprimir tais condutas. O primeiro passo foi realizado com a edição da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que pune os crimes contra o sistema financeiro nacional, seguida pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Outro avanço neste setor foi a promulgação da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou

fundacional, os chamados atos de improbidade administrativa, assim como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre os crimes nas licitações e contratos da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Mais recentemente, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, dispõe acerca dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, sendo que a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos neste ato normativo gerou a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Tendo como pano de fundo as várias leis infraconstitucionais de cunho nitidamente repressivo e a ausência de mecanismos legais que possibilitassem uma atuação fundamentalmente preventiva, com parcial exceção da lei de lavagem de ativos, adveio a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, apelidada de lei anticorrupção empresarial, suprimindo ainda uma lacuna legislativa no tocante à responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção.

Inobstante à relevância do tema para o desenvolvimento e o progresso econômico do País, no Brasil é ainda escassa a bibliografia sobre o tema e, por isso, recorreu-se à literatura estrangeira.

Esta pesquisa está estruturada em quatro capítulos de discussão e uma conclusão. O primeiro capítulo é dedicado à análise da sociedade de risco e dos programas de *compliance* como um novo paradigma de governança corporativa no meio empresarial. Discorre-se sobre as questões atinentes ao tema no âmbito de um cenário de governança corporativa, apontando a necessidade de autorregulação das empresas e os impactos dessa atividade.

No segundo capítulo, busca-se a fundamentação teórica e prática das formas de autorregulação empresarial com as estruturas básicas dos programas de *compliance*. Também são apresentados os requisitos necessários para um programa de *compliance* efetivo, bem como as consequências jurídicas deles decorrentes.

O terceiro capítulo analisa as medidas anticorrupção e os programas de *compliance* no cenário internacional, remontando suas origens e peculiaridades, com ênfase na Justiça Norte-americana e Brasileira. Proceder-se-á ao estudo de diplomas legais como as USSG (*United States Sentencing Guidelines*), os *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* e as disposições da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), buscando destacar a importância desses institutos para aferição de *standards de compliance* efetivos à luz da nossa lei anticorrupção

O quarto capítulo se dedica a análise da justiça negocial, em especial dos acordos de

delação premiada e leniência e sua interface com a exigência de programas de *compliance* efetivos. Esta seção examina de forma empírica os *Agreements* do direito norte-americano (DPAs e NPAs), buscando demonstrar como o Departamento de Justiça norte-americano avalia os parâmetros adotados de *compliance* no âmbito da realização de acordos de negociação de culpa com empresas envolvidas em atos de corrupção. Ainda, trabalhar-se-á concretamente a análise de vários acordos firmados no cenário internacional e no cenário pátrio.

A esquematização apresentada procura avaliar as perspectivas futuras de assimilação plena do *compliance* à realidade jurídica nacional. Embora tímidos, em face da recente lei brasileira anticorrupção, acredita-se que novos caminhos se abrirão para o aprofundamento do debate em torno do tema, que já se apresenta como uma tendência irreversível no cenário jurídico econômico empresarial devido às relevantes consequências que se refletem na organização econômica e jurídica da empresa.

Nesse diapasão, não obstante os avanços verificados com a propositura de diversos mecanismos legais destinados a reprimir a prática de ilícitos econômicos com o uso do *compliance*, a legislação brasileira mostra-se ainda incipiente na regulamentação dos *standards* mínimos acerca da implementação dos programas no âmbito empresarial brasileiro, o que compromete a sua eficácia e efetividade, gerando insegurança para as empresas e para os órgãos de controle do Estado, somada às dificuldades decorrentes da inexistência de critérios seguros para uma esmerada apuração penal e civil que assegure a eficácia e efetividade do sistema repressor do Estado.

1 PROGRAMA DE *COMPLIANCE* COMO PARADIGMA DE GOVERNANÇA CORPORATIVA NO MEIO EMPRESARIAL

A utilização do termo risco tem suscitado certa celeuma no âmbito do Direito Penal clássico, de cunho nitidamente liberal, ainda atrelado a matizes penais iluministas clássicas. Nesse contexto, grande parte da doutrina vem sustentando uma nova dogmática do risco, que provocaria, em maior ou menor escala, uma ruptura com a dogmática penal tradicional, envolvendo os institutos do bem jurídico, da responsabilidade penal pessoal e do crime de perigo abstrato e concreto.¹

Em substituição ao antigo Direito Penal liberal, aspira-se um Direito Penal funcionalmente comprometido com a evolução contemporânea, sem olvidar que sua função protetiva haverá de buscar elementos da faticidade que lhe permitam acompanhar o profundo incremento das novas necessidades sociais verificadas no início do século XXI.

Para melhor compreender essas mudanças de paradigmas da dogmática jurídico-penal à luz da construção do Estado constitucional de Direito, é importante contextualizá-las em diferentes momentos históricos em que essas mudanças puderam ser sentidas.

Nesse sentido, convém referir a lição de Feldens:

São dois, em essência, os momentos históricos em que essas modificações estruturais podem ser notadas: primeiramente, com o nascimento do Estado moderno, o qual traz como efeito a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito positivo, ao que se poderia denominar surgimento do Estado legal; um segundo momento, temporalmente relacionado aos períodos do pós-guerra, diz respeito à subordinação dessa legalidade mesma a Constituições rígidas, marcando o surgimento do Estado Constitucional.²
 (...) Em síntese, a expressão Estado de Direito enfeixa duas ordens de significado - as quais podem mostrar-se concêntricas, mas jamais coincidentes - que a tornam relacionável, respectivamente, aos modelos de Estado legal e constitucional.³

Esta mudança de paradigma passa por uma alteração de foco da problemática, deslocando-o da fundamentação do processo compreensivo-interpretativo do procedimento para o modo de ser, através de um processo de compreensão da hermenêutica da faticidade de que fala Gadamer.⁴

Verifica-se, portanto, a tendência legislativa nacional para um contexto de Direito

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Algumas reflexões sobre o direito penal na sociedade de risco. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

² FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29.

³ Ibidem. p. 31.

⁴ STRECK, Lênio. **Do garantismo positivo ao garantismo negativo: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 226.

Penal de Perigo, em oposto aos princípios tradicionais do Direito Penal Clássico, de cunho liberal. No presente caso, essa tendência se expressa a partir da propagação das regras de *Compliance*, sendo vistas, normalmente, como marcos regulatórios e contextos situacionais próprios, sempre focados em uma boa governança.⁵ Como já alertava Silva Sánchez, a insegurança, característica do momento atual, autoriza que aparatos estatais formem um Estado de vigilância ou de prevenção, que tem características que vão além dos mecanismos penais tradicionais.⁶

Destarte, observa-se uma inafastável tendência mundial no sentido de que, à medida que se intensificam as medidas de combate à corrupção pelo mundo, maior é o fortalecimento dos programas de *Compliance* como fator de mitigação dos riscos da ocorrência de crimes e, em caso de ocorrência desses, como circunstância a ser sopesada na aplicação das sanções cabíveis. O avanço da criminalidade macroeconômica foi, sem sombra de dúvidas, o *start* para a construção da dogmática do criminal *compliance* como mecanismo de combate à corrupção do ente criminal no sentido de evitar a sua impunidade ao redor do mundo na atual organização.

Nesse contexto de macrocriminalidade econômica, como forma de enfrentamento e gerenciamento das situações de risco que emergem das atividades desse setor, foram gestados tais programas como mecanismo através dos quais os Estados, em alguns casos sob forte pressão internacional, estão obrigando as pessoas jurídicas a canalizar seus esforços no cumprimento de seus deveres de controle dos riscos gerados na esfera de suas atividades. Com esse propósito, programas de *Compliance* precisam ser desenhados e incrementados, se já existirem, no âmbito da atividade empresarial para cumprirem suas finalidades de detectar, evitar e/ou prevenir ilicitudes decorrentes de violações de disposições legais e regulamentares voltadas para a regulação do mercado econômico.

O *Compliance* surge, assim, como decorrência de uma imposição estatal às empresas de uma autorregulação empresarial voltada para a prevenção de violações ao ordenamento jurídico, visando o controle e gerenciamento das situações de risco que emergem da atividade econômica.

⁵ ZÜRN, Michael. Law and compliance at different levels. In ZÜRN, Michael; JOERGES, Christian. **Law and compliance in post national Europe: compliance beyond the National-State**. New York: Cambridge Press, 2006. p. 8 e ss.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Hacia el derecho penal del Estado de prevención: la protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Dir.). **Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económico-empresarial**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 313 e ss.

Disso decorre a necessidade de definição de parâmetros de avaliação dos programas não só para a aplicação da justa e adequada sanção cabível, como também para incentivar as empresas a adotar medidas preventivas em relação à prática de atos de corrupção, com a definição de regras claras e coerentes, evitando-se que meros programas de papel venham a proporcionar benefícios indevidos, desvirtuando o espírito e objetivo da Lei Anticorrupção.

A eficácia de um programa, depende também da atuação das lideranças locais, não só na difusão do programa em todos os níveis da empresa, mas também para que todos os membros da organização possam cumprir seu papel em estabelecer o *tone from the top e o top level commitment*, de modo a replicar suas diretrizes a todas as suas unidades, subsidiárias e filiais.

Para a implementação das práticas de boa governança, é necessário dotar o responsável pelo programa de autonomia, independência e recursos suficientes e, inclusive, de tempo para colocar em prática as diretrizes do programa em todos os níveis da organização empresarial.

O *Compliance* é um dos aspectos que está inserido na ideia de Governança Corporativa e teve suas origens nos Estados Unidos em um tripé formado pelo fundo de pensão LENS, pelo relatório CADBURY⁷ e pelos princípios da Organização para o Comércio e Desenvolvimento Econômico (OCDE), cujas diretrizes legais estão presentes na Lei Sarbanes-Oxley (SOX).⁸

O fundo de pensão e investimento LENS foi construído por Robert Monks, em 1992, tendo efetuado um novo modelo de gestão empresarial para consolidar melhores resultados e valorizar as empresas.

Segundo Oliveira, esse modelo de gestão se baseia em cinco princípios básicos que são:

(...) a atuação e o monitoramento eficazes pelos acionistas adicionam melhores resultados e valor para as empresas;- as empresas éticas e com valores de atuação bem consolidados e disseminados têm forte sustentação para suas possíveis recuperações;- a ética tem ligação direta com os resultados das empresas; - as

⁷ O Relatório *Cadbury* foca-se basicamente em quatro princípios básicos: constituição e estruturação do Conselho de Administração; estruturação e separação das responsabilidades do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva; alocação da administração geral da empresa - diretrizes básicas- no Conselho de Administração e prestação responsável de contas e transparência nas informações. OLIVEIRA, Djalma de Pinto Rebouças de. **Governança corporativa na prática**: integrando acionistas, conselho de administração e diretoria executiva na geração de resultados. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

⁸ A Lei Sarbanes-Oxley foi idealizada pelos congressistas norte-americanos Paul Sarbanes e Michael Oxley em resposta à sequência de fraudes bilionárias que à época assolava o mercado de capitais dos EUA, sendo necessário resgatar a confiança dos investidores e manter a liquidez e atratividade dos sistemas financeiro e empresarial do país.

empresas modernas são complexas e dinâmicas e procuram gerar riquezas para os seus proprietários e para a comunidade onde atuam; e - o direito e a vontade de realizar investimentos são a base de sustentação do desenvolvimento das empresas e da liberdade empresarial.⁹

Quanto à OCDE,¹⁰ e sua contribuição para a governança corporativa, está baseada nos seguintes princípios fundamentais: a) não há modelo único de Governança Corporativa, mas elementos comuns que sustentam as melhores práticas; (b) todos os acionistas, independentemente de suas nacionalidades e do fato de serem majoritários ou minoritários, devem receber da empresa tratamento igualitário e equitativo; (c) transparência e veracidade das informações disponíveis; (d) divulgação dos fatores relevantes aos públicos interessados; (e) definição de responsabilidades e forma de atuação do Conselho de Administração.

Dessa maneira, sob a regência de uma forte legislação, as empresas americanas passaram a exigir de seus executivos uma política empresarial comprometida com a ética e a austeridade. A *Lei Sarbones-Oxley*, denominada de SOX, está focada em dois aspectos principais: a) rigor da atuação da auditoria e das fiscalizações dos atos das empresas; b) punição, com severidade, dos atos fraudulentos praticados pelos administradores das empresas.

Dessarte, a atuação empresarial será melhor desempenhada quanto maior for o comprometimento com o desenvolvimento e a consolidação da Governança Corporativa nas relações internas e externas das empresas.¹¹

Assim, em todos os aspectos da atividade empresarial, deve-se forçar o comprometimento com a ética e a observância das normas legais e regulamentares. As normas legais de Direito Econômico¹², as quais um efetivo programa de *Compliance* busca preservar,

⁹ OLIVEIRA, Djalma de Pinto Rebouças de. Op. cit., p. 13.

¹⁰ Nos termos do enunciado do artigo 1º da Convenção assinada em Paris em 14 de Dezembro de 1960, que entrou em vigor em 30 de Setembro de 1961, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem como objetivo a promoção de políticas que visam: alcançar o mais elevado nível de crescimento econômico e de emprego sustentável e uma crescente qualidade do nível de vida nos países membros, mantendo a estabilidade financeira e contribuindo assim para o desenvolvimento da economia mundial; contribuir para a expansão econômica dos países membros e dos países não membros em vias de desenvolvimento econômico; contribuir para a expansão do comércio mundial, numa base multilateral e não discriminatória, de acordo com as obrigações internacionais. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/corporateg/>. Acesso em 28.ago.2017.

¹¹ Governança Corporativa é o conjunto de práticas administrativas para otimizar o desempenho das empresas - com seus negócios, produtos e serviços - ao proteger, de maneira equitativa, todas as partes interessadas - acionistas, clientes, fornecedores, credores, funcionários, governos - facilitando o acesso às informações básicas da empresa e melhorando o modelo de gestão. OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. Op. cit. p.16.

¹² Quando se fala em leis de Direito Econômico não se está confundindo com leis da economia, as quais constituem uma ciência explicativa, que não conduz a juízos de valor ético nem a explicações relacionadas com a ideia do justo. Apenas puna e tão somente buscam explicar o fato econômico.

funcionam como instrumentos de coordenação e de subordinação.

A coordenação do programa com os demais setores que integram a estrutura da empresa ocorre no sentido de adequação e conformação às disposições legais e regulamentares incidentes sobre o setor econômico específico de atuação da empresa em foco.

Conforme os ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza:

(...) para facilitar a caracterização das normas de Direito Econômico, deve-se considerar: a) conteúdo econômico; b) viabilização da política econômica adotada; c) flexibilidades ou mobilidade em razão de sua natureza dinâmica; d) natureza programática; e) cumprimento de objetivos predeterminados.¹³

1.1 GOVERNANÇA CORPORATIVA E GESTÃO DE RISCOS

A regulação do mercado almeja uma maior segurança jurídica na tomada de decisões como forma de melhoria no gerenciamento das situações de risco que se verificam no meio empresarial, as quais aumentam as possibilidades de responsabilidade empresarial por falta ou deficiência na adoção de medidas preventivas.

Segundo a doutrina francesa, desde o Século XIX a obrigação de respeitar as leis recai, essencialmente ou por necessidade do mercado, sob a responsabilidade do chefe da empresa. Nesse diapasão, pode haver responsabilidade dos dirigentes de uma empresa, sob a forma de autoria mediata, se de suas ordens decorreram crimes e infrações administrativas, mesmo que praticados diretamente por seus empregados e subordinados.

De outra banda, em eventuais omissões pela adoção de medidas de controle e vigilância dos gerentes e diretores empresariais, poder-se-á falar em responsabilidade pelo chamado domínio do fato, através da figura do homem de trás que dita as ordens, podendo ensejar eventual responsabilidade omissiva dos dirigentes nos crimes perpetrados por seus subordinados, a partir da categoria dos crimes omissivos, atribuindo-se aos dirigentes, nos casos de crimes perpetrados por seus subordinados, a responsabilidade na modalidade omissiva imprópria ou comissiva por omissão.

Para a efetividade desse propósito, deve-se renunciar a uma perspectiva de Estado Absolutista, de Estado todo poderoso, através de uma percepção clara de que os dois lados da relação econômica (Estado e agentes) podem estar envolvidos em práticas ilícitas plasmadas em atos abusivos de poderes, sendo que um Estado de Direito forte deve atuar em ambas as

¹³SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. 3. ed. rev. e atual. por Therezinha Helena Linhares; pesquisa Adriana Ramos França. São Paulo: LTr Editora, 1994, p. 108-109.

frentes para poder combater, com eficiência e efetividade, toda e qualquer conduta e/ou atividade que resulte em infringência das leis civis, administrativas e criminais.

Neste sentido, a lição de Souza considera que:

Importante, porém, é salientar-se que o tratamento do Abuso do Poder Econômico, nas legislações que dele se ocupam, geralmente volta-se de modo direto para o Poder Econômico Privado. Mantém-se o preconceito do Estado Todo Poderoso, cujos atos não constituem abuso, seja qual for o seu resultado. Já temos repetido em circunstâncias semelhantes que se trata de uma reminiscência do Estado Absolutista. No Estado de Direito, entretanto, o equilíbrio deve ser mantido com a admissão da possibilidade de ser caracterizada a prática de abuso também pelo Poder Econômico Público. Desta forma, quando o Estado legisla, é chamado a definir quais os limites de ação que definem o uso e o abuso, do mesmo modo que na oportunidade de ser chamado a decidir a respeito, estaremos diante de um Estado nas suas funções tradicionais de legislador ou de juiz. Porém, quando se trata de ato de natureza econômica que possa prejudicar os indivíduos ou a coletividade, aos quais se atribui a possibilidade de receber as limitações ao uso ou de serem acoimados de abuso, também o Estado deverá ser submetido às restrições e julgamentos e receber igual tratamento. Mas, de modo especial, não é o que se verifica em termos de prática de política econômica. O particular comete abusos no mercado e é legalmente enquadrado. Entretanto, quando o Estado atua diretamente, com medidas de política econômica, quer nos planos ou programas de maior ou menor amplitude, quer em medidas mais restritas (...) não há como ignorar o caráter abusivo de atos praticados com prejuízos materiais ou político- econômicos impostos à sociedade ou a particulares.¹⁴

Observa-se que grande parte dos ilícitos praticados através da estrutura empresarial estão associados a uma inexistente ou deficiente organização das empresas quanto à implementação de programas de *Compliance*, o que torna imperiosa a necessidade de criação de incentivos às empresas para que estas implementem procedimentos de integridade, nos termos da nova Lei anticorrupção brasileira. Tais procedimentos contribuirão para a formação de uma cultura do *Compliance* e garantia dos objetivos de prevenção geral e especial em relação a possíveis práticas criminosas.

Os Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, estimulam a adoção de medidas preventivas de combate à corrupção empresarial por meio do *due diligence* de suas empresas em suas transações com terceiros, especialmente para assegurar que todas as precauções tenham sido tomadas para evitar a contratação de parceiros inidôneos e que podem levar à violações dos dispositivos da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). O Departamento de Justiça Americano disponibiliza o *Lay Person's Guide* para orientar as empresas e seus parceiros nesse sentido.¹⁵

¹⁴ SOUZA, Op. cit. p. 202.

¹⁵ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Utilização de Terceiros e operações de fusões e aquisições no âmbito do Foreign Corrupt Practices Act. Riscos e necessidades da due dilligence anticorrupção. In: DEBBIO, Alessandra

A legislação norte-americana mencionada, embora editada no longínquo ano de 1977, somente veio a ser aplicada com mais efetividade a partir da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1997, vinte anos depois, que obrigou 41 países a editar legislação punitiva contra a corrupção transnacional. Convém gizar que a FCPA sanciona exclusivamente atos de corrupção praticados no exterior. A corrupção interna nos Estados Unidos está prevista em outros textos legais.

Naquele país, para prevenção de possíveis práticas criminosas que possam configurar atos de corrupção, o Departamento de Justiça Americano (*DOJ*) deixa claro, especialmente em seus acordos de suspensão dos processos, que as empresas devem, entre outras coisas, desenvolver *standards de compliance*, adotando o programa, se inexistente, ou aperfeiçoando o existente, com o emprego de procedimentos internos para reduzir o risco de violações às previsões anticorrupção. O Departamento de Justiça Americano editou, nessa linha, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*,¹⁶ no qual consta, expressamente, que “*programas de Compliance devem ser estruturados de forma a detectar os tipos de condutas ilícitas que são mais prováveis de ocorrer na linha de negócios específicos da empresa [...]*” Nisso, incluem-se os seus programas, códigos de ética e conduta e observância de guias de boas práticas, tudo com o escopo de assegurar que medidas de governança corporativa orientem as atividades empresariais na condução de seus negócios.

Os primeiros ensaios sobre governança corporativa surgiram na década de 80, nos Estados Unidos da América do Norte. Nessa época, o mercado norte-americano tinha como maiores acionistas organizações de fundos de pensões. Com os vários escândalos e conflitos decorrentes da postura dos gestores, os acionistas que não participavam da diretoria passaram a exercer maior poder de fiscalização sobre os executivos, tendo, assim, surgidos os primeiros sinais no mercado da chamada governança corporativa. No Brasil, ela começou com a criação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, em 27 de novembro de 1995, destinado à promoção de cursos, palestras, fóruns e atividades relacionadas às discussões sobre governança corporativa.¹⁷

Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 209.

¹⁶ DOJ.SEC. **A resource guide to us foreign corrupt practices act**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>>. Acesso em 26. mai.2016.

¹⁷ A governança Corporativa pode ser considerada como uma reunião de domínios de governança, exemplo: governança de administração, de gestão de pessoas, industrial, comercial, de tecnologia da informação, entre

A Governança Corporativa propicia a atuação de todos os órgãos de uma empresa de forma integrada e uniforme, definindo uma perfeita sintonia entre empresa e o mercado e constituindo a melhor forma de estruturar os diversos níveis e setores da empresa, estabelecendo claramente as responsabilidades e autoridades de cada nível, o que qualifica o modelo de gestão aplicado pela empresa.

Dentro do chamado *Due Dilligence* empresarial, que se verifica com o mapeamento das situações de risco dentro da atividade na qual a empresa vai operar, com a consequente verificação prévia dos fatos suscetíveis de gerar ilicitudes, tem-se a necessidade de obtenção de informações sobre o empreendimento com a realização de auditorias financeira e legal. A identificação das situações de risco empresarial pode ser feita através de questionários, chamados *dataroom*, através dos quais serão buscadas as principais informações sobre a empresa, em cujo relatório deverá constar a estrutura do *Compliance* da empresa e o histórico de treinamentos das pessoas responsáveis pela condução do programa.¹⁸

As razões para o uso do *Due Dilligence* se acentuam num cenário de economia globalizada, em que as empresas estão, cada vez mais, expandindo seus negócios com o exterior, com outras empresas e governos de diferentes países, o que exige vigilância redobrada, salvaguardando-se contra atividades ilícitas que possam envolver essas atividades, os danos à sua imagem e reputação e os riscos e perigos que integram o mercado econômico internacional.

A este respeito, lecionam Gloeckner e Silva:

O que está por trás das exigências de Compliance é uma abordagem econômica, gerencial ou atuarial do crime, em razão de uma racionalidade econômica. A partir dos estudos de Becker, e fundados na ideia de cultura do controle, desvendada por Garland, os custos do crime e os custos da prevenção e da repressão ao crime são todos calculados, e os números colhidos norteiam as escolhas de política criminal.¹⁹

O prazo para a realização da *Due Diligence* coincide com o prazo de prescrição para

outros, e atua com foco nos princípios da prestação de contas, transparência, equidade, responsabilidade corporativa e na conformidade com as regras (compliance). In: NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas** -Brasília: Editora Senac, 2014. p.26.

¹⁸ ELLIS, Matteson. Gifts and hospitality under the US-Foreign corrupt practices Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Op. cit. pp. 230 e ss.

¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v.1, n.1 jan./jun. 2014. p.162.

o ajuizamento de ações por violações aos dispositivos da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). O prazo é de 5 (cinco) anos. O DOJ pode suspender o prazo prescricional por até 3 (três) anos, caso seja necessária a obtenção de provas para a investigação criminal que estejam fora dos Estados Unidos.²⁰

Como consequência do exposto, pode-se asseverar que, através dos programas de *compliance*, falhas e defeitos podem ser corrigidos no meio empresarial, irregularidades podem ser sanadas, responsabilidades podem ser minimizadas, assim como estas irregularidades encontradas, ainda, a depender da situação, podem ser encaminhadas para a *Security Exchange Commission* (SEC) e ao Departamento de Justiça Americano (DOJ), donde certamente será levado em conta a existência ou não do *compliance* pelas autoridades responsáveis pelo procedimento cabível.

O programa de *Compliance* surge, portanto, com maior ênfase em ambientes de significativo aumento da Governança Corporativa, conforme sustentou-se anteriormente. A própria obrigação das empresas de construir uma política interna de boa governança corporativa, estabelecendo uma política de autorregulação regulada, faz com que se consolide uma noção de responsabilidade social da pessoa jurídica como condição legitimadora da própria responsabilização penal da pessoa jurídica, conforme prefere Feijoo Sánchez.²¹

1.2 EFEITOS DA INCORPORAÇÃO DA LÓGICA DO GERENCIAMENTO DAS SITUAÇÕES DE RISCO.

As empresas que possuem um eficiente e robusto programa de *Compliance*, no qual se inclui a realização do *due diligence* anticorrupção, certamente conseguirão identificar/detectar as principais áreas de risco, envolvendo suas diversas operações, inclusive a fusão e/ou incorporação de empresas, podendo, assim, utilizar inclusive o programa como meio de defesa em eventuais processos que lhe venham a ser movidos pelas autoridades norte-americanas. Acredita-se que esse modelo pode ser implementado no cenário brasileiro, nos casos que envolvem a aplicação da nova lei brasileira de combate à corrupção.

²⁰ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Utilização de terceiros e operações de fusões e aquisições no âmbito do Foreign Corrupt Practices Act: Riscos e necessidade da *due diligence* anticorrupção. In: In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Op. cit. p. 231.

²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal**. Madri: Civitas, 2012, p.108.

Mesmo adotando tais medidas, a empresa não conseguirá eximir-se totalmente de seus deveres, mas, certamente, terá um forte argumento para mitigar a sua responsabilidade civil e criminal por eventuais atos de corrupção ou outros ilícitos que possam ter ocorrido durante a realização de suas operações próprias ou da (s) empresa (s) que eventualmente venha a suceder.

A existência de programas e mecanismos de prevenção à prática de atos de corrupção passa também pela questão do valor ou da captação das empresas no mercado de ações, já que uma empresa que prima pela integridade e pela lisura de seus procedimentos e de seus empregados certamente terá maior valor no mercado financeiro²², destacando-se por sua maior preocupação em evitar o cometimento de crimes que venham a ser perpetrados a partir de sua estrutura ou atividade.²³

Diante disso, grande parte da doutrina sustenta que a existência de um programa de *compliance* efetivamente implantado e em pleno funcionamento poderia eximir ou atenuar as sanções aplicadas às pessoas jurídicas que estiverem envolvidas em violações às leis anticorrupção.

No Brasil, as Leis 12.529/2011, 12.683/2012 e 12.846/2013²⁴ estabelecem deveres empresariais de fiscalização, autoinvestigação e denúncia das infrações que podem levar a atenuação ou mesmo a extinção da responsabilidade dos agentes supostamente envolvidos.

Assim, à guisa de exemplificação, o valor de mercado de uma empresa depende, muitas vezes, de sua reputação e da reputação de suas marcas, de seus sistemas de informação e de suas formas de organização, dos incentivos materiais e imateriais que realizam para adquirir visibilidade e atratividade para aqueles que produzem (bens e/ou serviços), além de depender também dos gastos em pesquisa e desenvolvimento.

Dentro desse cenário macroeconômico, ganha contornos de relevância a adoção de programas de *compliance* pelas empresas, especialmente por aquelas que apresentam riscos maiores de violações legais, o que refletirá indubitavelmente na imagem e valor de mercado dos produtos e serviços prestados por aquela empresa que atua em conformidade com os

²² A repercussão praticamente imediata nos valores das ações da empresa foi observada no recente caso envolvendo o Wal-Mart. Em abril de 2012, imediatamente após a divulgação de possíveis violações de legislações anticorrupção por condutas ocorridas no México, as ações da empresa sofreram queda de aproximadamente 5% nos Estados Unidos.

²³ 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 e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 169.

²⁴ Tratam, respectivamente, de leis de defesa da concorrência, da lavagem de ativos e da prevenção de corrupção de funcionários públicos nacionais e estrangeiros.

deveres legais de proteção da ordem jurídico-legal.

A partir da decantada elaboração científica de *standards* legais, a questão que se coloca é saber se será possível prever e controlar as situações de riscos geradoras de atos ilícitos ou, ao revés, a cientificação potencializará os riscos e as ameaças que emergem de novas relações jurídico-sociais que decorrem da sociedade contemporânea.

O crescimento econômico vem acompanhado de um natural aumento da produção social do risco, com forte impacto nos caracteres sociais, estilos de vida das pessoas, estruturas de poder e novas concepções da realidade. O processo de modernização vem acompanhado de novos desafios e novas ameaças em proporções até então desconhecidas.

Beck,²⁵ bem lembrado por De Carli,²⁶ explica que, assim como a ideia de sociedade de classes corresponde ao ideal de igualdade, a sociedade de risco corresponde ao ideal de segurança. No lugar do sistema axiológico da sociedade desigual aparece, o sistema axiológico da sociedade insegura.

O autor citado faz a nítida distinção entre sociedade de risco de sociedades de classes, enfatizando que os riscos da modernização relativizam as diferenças e os limites sociais. É o que Beck denomina de "efeito bumerangue", já que as ameaças e riscos da modernização se voltam contra todos, ricos e poderosos, pois ninguém está a salvo delas, o que torna o sistema reflexivo, isto é, as ameaças se voltam também contra aqueles que seriam os beneficiários dos avanços e das novas tecnologias advindas do avanço da modernidade.

A sociedade de risco apresenta um novo componente à discussão das causas no próprio processo de industrialização, isto é, o viés político que as discussões passam a assumir frente aos problemas que afligem a cada uma das pessoas. Na esteira do pensamento de Beck, aquilo que há pouco era tido por apolítico, tornou-se político- o combate às causas no próprio processo de industrialização. Dessa forma, exsurge na sociedade de riscos aquilo que o referido autor chama de o potencial político das catástrofes.²⁷

Assim, a prevenção das situações de riscos e ameaças que o desenvolvimento tecnológico e econômico desencadeia exige a adoção de medidas de reorganização do poder e

²⁵ O fator decisivo é saber se a ciência pode contribuir nessa medida para o autocontrole das situações, de seus riscos práticos (...) em que medida, justamente ao lidar com os riscos da modernização, é possível substituir o tratamento dos sintomas por uma eliminação das causas, em que medida as variáveis e causas apontadas fazem com que os tabus práticos em torno dos riscos auto-infligidos em termos civilizatórios sejam cientificamente reproduzidos ou rompidos. BECK, Ulrich. **Sociedade de riscos: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 238-239.

²⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da incriminação e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p.55.

²⁷ BECK, Ulrich. Op. Cit., p. 28.

redefinição de responsabilidades, tanto do Estado quanto do particular, pois, como sustentou-se anteriormente, todos, sem exceção, estão sujeitos aos efeitos do impacto de uma sociedade catastrófica.

Numa sociedade de riscos é que se compreende e ganha importância a discussão em torno da expansão do direito regulador e sua função como instrumento de controle e legitimação para fazer frente à contenção dos novos riscos e ameaças modernas que acompanham o desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, nos dizeres de Feldens:

Parece evidente que o Direito Penal não passaria incólume por essa transformação social. Em uma sociedade passível de crescer e deteriorar-se em rede, não se haveria de esperar pelo dano. A ilegalização do perigo - muito presente nos delitos econômicos, embora não exclusivamente - mostra-se como alternativa. Premido por tais circunstâncias, aliadas a um igualmente crescente reclamo por segurança, o tradicional Direito Penal avançaria suas barreiras, representando-se, agora, sob a feição de um Direito Penal da prevenção, abrindo espaços a novas áreas de intervenção: o Direito Penal Clássico se faria acompanhar do Direito Penal Econômico[...] Por essa razão, o Direito Penal, ao interpenetrar o ambiente econômico-financeiro, parece não haver como prescindir dos motivos determinantes da regulação do específico setor, considerando sua lógica de funcionamento, os riscos que lhe são inerentes e as ameaças que os cercam, um passo absolutamente necessário ao dimensionamento da zona de (i)licitude penal.²⁸

Nesse contexto, criam-se novas necessidades originárias da própria situação de risco criada inicialmente. Assim, desenvolvem-se novos espaços, novos interstícios, novas formas e aspectos diferentes de convívios sociais. O direito penal, por consequência, passa a conviver com essa nova dinâmica que emerge de uma sociedade de risco ou do risco mundial, conforme alteração proposta por Beck,²⁹ em um contexto no qual o anseio por segurança assume proeminência, inclusive perante demandas de liberdade e igualdade.

Oportunas, nesse sentido, as palavras de Frederico Valdez Pereira:

A questão será como racionalizar as demandas de reforço e qualificação dos mecanismos penais de modo a manter em equilíbrio a equação liberdade-segurança, preservando-se, quando da introdução de novos instrumentos reativos de investigação e punição, os direitos fundamentais e os limites intransponíveis da resposta penalística aos novos riscos, preservando-se as características inerentes e legitimadoras da ciência penal: ofensividade, necessidade e culpabilidade.³⁰

²⁸ FELDENS, Luciano. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos (ou a inabilidade no manejo da interdisciplinaridade). In: POZZOBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 239.

²⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial em busca de la seguridad perdida**. Barcelona: Paidós, 2008. p. 26 e ss.

³⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p.

Trazendo a discussão para o campo do direito empresarial, mais especificadamente para o direito penal econômico, a ideia de sociedade de riscos apresentaria o seguinte paradoxo: se a sociedade de riscos foi gestada com a promessa de segurança, a expansão do direito penal decorrente da tutela de novos bens jurídicos e consequente criação de novos tipos penais não geraria efeito inverso? Não se estaria aumentando as áreas de incerteza e insegurança social, contrapondo-se essa ideia àquela de segurança, própria da sociedade de riscos?

Tais questionamentos foram trazidos à baila a partir da doutrina do crime como um risco inerente à sociedade moderna de Sgubbi, o qual sustenta, em resumidíssima síntese, que poder-se-ia dizer que a responsabilidade penal aumentaria em razão da posição socioeconômica do agente e da maior ou menor regulação estatal das atividades relacionadas a essas posições.³¹

Para refutar a aparente contradição, anteriormente suscitada, aqui se vale do pensamento de De Carli:

Por mais sedutora que possa parecer, não comungamos com essa teoria, por vários motivos. Em primeiro lugar, em sua obra Sgubbi não trata de risco na acepção que lhe confere a teoria sociológica desenvolvida por Beck. Além disso, o autor trabalha com a estrutura de uma sociedade de classes, o que é desmentido pela própria ideia de sociedade de risco. Finalmente, conduz seus argumentos na linha de um direito penal do autor, quando o que se defende e utiliza é o direito penal do fato.³²

A tendência mundial caminha a passos largos para a expansão, ao lado do risco econômico, para o risco de responsabilidades jurídicas ou normativas, sob a rubrica de *Compliance* ou de *Haftungsvermeidung im unternehmen*, ou seja, a não prevenção de riscos por não cumprimento das regulações legais como forma de estabelecer a responsabilidade da empresa. No âmbito dessa atividade preventiva, se verifica a prática de atividades que se dirigem tanto à conformidade com as leis quanto aos regulamentos administrativos, aplicáveis em relação às atividades empresariais. Nisso se estabelece o ponto de contato do *Compliance* em relação aos diferentes níveis de responsabilização: civil, administrativa e criminal, este último a partir da ideia do *criminal compliance*.

Em relação ao tema de *criminal compliance* e dos crimes praticados no exercício da

35.

³¹ SGUBBI, Filippo. Il reato como rischio social: ricerche sulle scritte di allocazione dell'illealtà penale. *Apud* DE CARLI, Carla Verissimo. Op. Cit., p. 56.

³² DE CARLI, Carla Verissimo. Op. cit. p.56.

atividade econômica considera mister distinguir as seguintes situações: a) criminalidade na empresa; b) criminalidade de empresa; c) empresa ilícita.³³

A primeira constituir-se-ia daqueles crimes cometidos por colaboradores de uma empresa contra ela própria, não se referindo, assim, diretamente ao assunto que aqui cabe enfrentar. A segunda, a criminalidade de empresa, caracteriza-se pela "inserção de condutas ilícitas no contexto de uma actividade e de uma política de empresa no restante lícita", crimes que se cometem através de uma atuação que se desenvolve no interesse de uma empresa. A última, a empresa ilícita, é entendida como empresa heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida, com claras características de organização criminoso, ou seja, quando a empresa tenha sido constituída com a finalidade de obtenção de lucro através de meios ilícitos.

Para a responsabilização criminal impõe-se, no caso concreto, a existência de uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, através da verificação de um dano ou perigo de dano ao objeto de proteção da norma penal. Contudo, não basta meramente a presença do bem jurídico para o reconhecimento da legitimidade do tipo penal, é necessário também a ofensa a esse bem por meio de uma conduta (comissiva ou omissiva) que traga consigo um dano ou um perigo de dano concretamente considerados.³⁴

Alude-se, criticamente, nesse ponto, a uma administrativização do Direito Penal, de sorte a reivindicar-se uma diferenciação qualitativa para a regulação penal, com nítida diferenciação da intervenção estatal que se expressa na legislação administrativa, por exemplo. Sobre o ponto em questão, assim leciona Silva Sánchez:

Com efeito, o decisivo da referida diferenciação não é (somente) a configuração do injusto, senão os critérios sobre os quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diversos signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo. A esse respeito, é evidente que a sujeição a um juiz é uma diferença qualitativa, como o é a impossibilidade de que a administração imponha sanções privativas de liberdade. Tais garantias especiais que rodeiam o

³³ Análise feita por Inês Fernandes Godinho na primeira parte de seu artigo. *A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou do outro lado do espelho*. In: COSTA, José de Faria (Coord.). *Temas de direito penal económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 203-249. Apud ESTELITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminoso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 25.

³⁴ Nesse ponto, é lapidar a lição de D'Ávila: Para a legitimidade do ilícito-típico não basta a constatação de um bem jurídico penal como objeto de tutela da norma. É igualmente necessário um segundo momento, muitas vezes descuidado pela doutrina, em que se busca averiguar a existência de ofensividade, através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico, e que à luz dos diferentes graus de afetação, faz surgir, igualmente, diferentes técnicas de tutela. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença*. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, n. 60. São Paulo: RT, 2006. p.23 e ss.

penal e que têm a ver com a repercussão comunicativo-simbólica da afirmação de que concorre uma infração penal, convergem favoravelmente à ideia de que procede introduzir uma perspectiva de diferenciação qualitativa que há de ter reflexo, sobretudo, na forma de entender a lesividade de uma e outra classe de infrações e nos critérios utilizados para sua imputação.³⁵

Assim, a tipificação penal de determinadas infrações administrativas, ainda que se pretenda cumprir uma função social, especialmente dentro de uma perspectiva macroeconômica ou macrosocial, acaba por conduzir, não raras vezes, à tipificação de condutas que nem de perigo abstrato são. Tais condutas constituem-se, raramente, de perigo global, estatístico, ou até mesmo de perigo presumido, o que se revela inadmissível e contribui para a própria disfuncionalidade do sistema. Isso ocorre, pois, além de se afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito Administrativo Sancionador,³⁶ e a partir daí, se converteria também em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas de índole social.

Neste sentido, os métodos tradicionais de previsão da ocorrência de crimes, baseados na periculosidade do agente, foram substituídos por outros de natureza atuarial (*actuarial justice*), de sorte que o delito passa a ser abordado com as mesmas probabilidades técnicas aplicadas no âmbito dos seguros, por exemplo, utilizados para o gerenciamento de situações de riscos.

Essa nova abordagem passou a ser conhecida como Criminologia Administrativa ou, mais simplesmente, nova penalogia, na qual seus idealizadores procuram implementar políticas de controle social do crime que foram designadas para o gerenciamento eficiente das condutas criminosas.

Assim, defende-se a posição de que, para o enfrentamento dessa nova problemática, não se pode perder de vista a natureza fragmentária do direito penal, o qual deve ser manter como a última *ratio* da repressão estatal, tendo de ocupar-se de condutas que sejam realmente ofensivas aos bens e interesses tutelados pela norma penal. Isso passa pela necessidade de

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit. p. 150.

³⁶ Para De Carli: na segunda metade do século XX, desenvolveu-se na maior parte dos países europeus um direito administrativo sancionador *droit administratif-pénal*. As sanções administrativas são consideradas punições em sentido amplo, inclusive pela Corte Europeia de Direitos Humanos, e por isso, sujeitas à aplicação de princípios e garantias penais. DE CARLI, Carla Veríssimo. "ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE: A INCAPACIDADE DA LEI 12846/2013 PARA MOTIVAR AS EMPRESAS BRASILEIRAS À ADOÇÃO DE PROGRAMAS E MEDIDAS DE COMPLIANCE". Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e para a obtenção do grau de Doctora, pelo Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global da Facultad de Derecho da Universidad de Salamanca, em decorrência da Convenção de Cotutela, firmada entre as duas Universidades.

evitar a formulação de tipos-ilícitos meramente formais, nos quais a violação do dever ³⁷ passa a ocupar o espaço tradicionalmente reservado à ofensividade. Por isso, entende-se que a edição pura e simples de mais leis penais não será capaz de atuar de forma eficiente na prevenção dos crimes. Braithwaite³⁸ propõe como medida alternativa um modelo de responsabilização, já em uso na Austrália (*common law*), que concilia a justiça criminal estatal com a justiça privada da empresa. Segundo o nominado autor, as corporações teriam capacidade de prestar contas à justiça, mas falta-lhes vontade de fazê-lo; de outra banda, os Estados teriam vontade, porém, falta-lhes essa capacidade.

Não se está, com isso, defendendo uma fuga do Direito Penal, especialmente nos espaços/zonas em que sua atuação seja necessária como forma de recomposição da ordem jurídica violada. Deve-se registrar a lição de Feldens nesse sentido: se o princípio da intervenção mínima se contrapõe à denominada fuga ao Direito Penal, tampouco a fuga do Direito Penal revela-se como solução, não se mostrando aceitável a afirmação de que Direito Penal não pode ou não deve intervir onde não exista um bem jurídico individual e clássico³⁹. Nessa hipótese, destacam-se bens ou interesses de vital importância para a sociedade, a ponto de ganharem envergadura constitucional que legitimaria sua tutela penal. Nessa categoria, incluem-se conceitos como ordem econômica, ordem tributária, regularidade do sistema financeiro, por exemplo, sendo interesse de todos os agentes sociais a prevenção da higidez dessas estruturas.

1.3 A IMPORTÂNCIA DO *COMPLIANCE* NO CONCEITO CONSTRUTIVISTA DE CULPABILIDADE/RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA, DE CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

Evoluindo na construção dessas concepções sobre a culpabilidade empresarial, Carlos Gómez-Jara Díez elaborou o conceito construtivista de culpabilidade, segundo o qual, além da falha ou defeito de organização, acrescenta-se a ideia de descumprimento dos deveres organizacionais para fundamentar a culpabilidade empresarial. Uma hipótese de exculpação

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente**: um quarto de século depois: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, v. 1. p. 380.

³⁸ BRAITHWAITE, John. Enforcement self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80. n.7, p. 1486, 1981/1982.

³⁹ FELDENS, Luciano. Op. cit. pp. 57-58.

seria a exigência de atendimento a programas de *compliance*.⁴⁰

Para o referido autor, a primeira questão a ser levada em conta para fundamentar a teoria construtivista, a partir de uma perspectiva operativa-construtivista, são os vários sistemas que gozam de uma especial autorreferencialidade; em concreto, da capacidade de se reproduzirem autopoieticamente, isto é, de reproduzirem-se a si mesmos a partir de seus próprios produtos (poiesis=produção). No que seja relevante para a responsabilidade empresarial, pode observar-se tanto a organização empresarial como o ser humano e o Direito; em poucas palavras, estes três sistemas: organização empresarial, ser humano e Direito se consideram sistemas autopoieticos. Agora, o fato de os três serem sistemas autopoieticos não significa que a autopoiese se desenvolva da mesma maneira em cada um deles; com efeito, ocorrem diferentes modos de reprodução autopoietica.⁴¹

Nesse diapasão, Carlos Gómez-Jara Díez,⁴² ao examinar a nova responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha, de tradição jurídica própria do *civil law*, afirma que o Estado, em vista de suas próprias deficiências regulativas, por carência de recursos e de conhecimento, permite a autorregulação das empresas em troca de que elas se façam responsáveis pelas consequências decorrentes dessa autorregulação. O referido autor considera a responsabilidade penal da pessoa jurídica como um indicativo da posição que os sujeitos ocupam na sociedade. Ao atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, no âmbito do *civil law*, se inaugura uma nova era de colaboração entre as organizações empresariais e o Estado, no momento de exercer o *jus puniendi*.

Assim, na situação em que um indivíduo conseguiu driblar todos os passos razoáveis adotados pela companhia na prevenção de condutas criminosas, a culpabilidade da companhia não existe. O contrário ocorre quando a companhia tenha tolerado ou até encorajado as práticas criminosas, seja de seus empregados ou de terceiros a ela relacionados. Assim, mesmo tendo a existência comprovada de efetivos programas de *Compliance*, o encorajamento à criminalidade ou a cegueira deliberada dos gerentes em relação às práticas criminosas pode levar à responsabilidade empresarial dos gestores e da própria pessoa jurídica. Em tais casos, a companhia deveria ser responsabilizada pela conduta de seus empregados porque não adotou os necessários passos para prevenir ou deter tais crimes.

Contudo, existem limitações a essa responsabilidade empresarial, pois a empresa não

⁴⁰ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madri: Marcial Pons, 2005. p. 201.

⁴¹ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara.. Op. Cit p. 211 y ss.

⁴² DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española**. Montevideo: IBdeF, 2010. p. 495 e 511.

pode ter o controle absoluto de todas as ações e condutas de seus empregados. Assim, num contexto de responsabilidade corporativa, vem sendo desenvolvida a tendência de construção de uma moderna teoria da insanidade defensiva. Pela mencionada teoria, um indivíduo não pode ser responsabilizado por seus atos se ficar demonstrado que tais atos decorreram de uma doença mental incontrolável ou produto de um defeito da mente que lhe impediu, no momento da prática do ato, de ter o necessário discernimento do que seja certo ou errado. Ele não tinha, ao tempo de sua ação ou omissão, como resultado de uma doença mental ou defeito de consciência para apreciar devidamente o caráter criminoso de seu ato para conformar-se ou não de acordo/conformidade com a lei.

Desse modo defende Carlos Gómez-Jara Díez, que os sistemas organizativos de uma empresa, *mutatis mutandis* do que se passava com os sistemas psíquicos, precisam alcançar determinado nível de complexidade interna para que possam se tornar destinatários das imputações jurídico-penais.

Assim, a teoria construtiva da culpabilidade empresarial de Carlos Gómez-Jara Díez tem suas referências teóricas, de um lado, na evolução experimentada pela concepção de bom cidadão (*corporate citizenship*) corporativo, que se define como sendo aquela corporação que é fiel ao Direito e, por outro lado, em certas posições doutrinárias que apelam para características da organização empresarial, como cultura empresarial, *ethos* empresarial, política empresarial, identidade corporativa, etc.

Em definitivo, o conceito de cidadão corporativo fiel ao direito somente pretende plasmar para o direito penal empresarial aquilo que resulta válido e eficaz para o direito penal individual. Isto implica que somente a quem se reconhece a capacidade de um questionamento legítimo da norma penal se reconhece uma capacidade de culpabilidade quando se questiona a violação de uma norma mediante a prática de um fato delituoso.

Dessa maneira, partindo-se de certos pressupostos teóricos construtivistas e de determinadas posições das modernas doutrinas, se logra trasladar a questão da capacidade de ação para a capacidade de organização para, ao fim e ao cabo, se afirmar a capacidade de auto-organização da empresa. Em segundo lugar, na hora de se estabelecer a responsabilidade penal empresarial, a saber, a culpabilidade empresarial se alude a uma figura metodológica própria do construtivismo operativo: o equivalente funcional.

Nesse aspecto, cabe destacar a posição de Heine no tocante ao domínio da organização como critério definidor da responsabilidade empresarial, em especial por

assimilá-lo ao domínio do fato do Direito penal individual⁴³. Como consequência desse fundamento, a empresa adquire uma decisiva posição de garante, a qual já havido sido admitida em certa medida por outros autores.⁴⁴

Para explicar o que se entende por culpabilidade empresarial pelo conceito construtivista, vale-se dos ensinamentos do seu mentor, Carlos Gómez-Jara Díez, quando este afirma que:

Por tanto, el concepto constructivista de culpabilidad empresarial establece que la culpabilidad individual y la culpabilidad empresarial no son iguales, pero que funcionalmente equivalentes. Como consecuencia do anterior, se distinguirá entre organizaciones empresarias con capacidad de culpabilidad -imputables-y sin capacidad de culpabilidad -inimputables-. Solo de esta manera puede afirmar la existencia de una verdadera responsabilidad penal empresarial.⁴⁵

Gómez-Jara Díez giza que o modelo de responsabilidade da pessoa jurídica é próprio, ou seja, busca uma culpabilidade jurídico-penal que não seja derivada de uma pessoa física, mas sim de uma culpabilidade originária da própria pessoa jurídica, alicerçada na ideia de autorregulação.⁴⁶ Recente inovação legislativa trazida pela Lei Orgânica nº01/2015, no sistema espanhol, trouxe a possibilidade de extinção expressa de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela introdução dos programas de integridade, que fixa os requisitos mínimos que devem possuir esse modelo de integridade, para que possam afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, condicionados, de um modo geral, às dimensões de cada corporação.

Esse também tem sido o posicionamento do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) em reconhecer que a empresa não pode ser responsabilizada por todas as ações de seus empregados e, conseqüentemente, não pode ser sempre responsável por tais ações.⁴⁷ Evidentemente que, a depender das circunstâncias do caso concreto, quando houver falhas no programa de *compliance* a empresa poderá vir responder (civil ou criminalmente- a depender do sistema de que se trata) pela conduta desviante de seus oficiais, diretores, empregados e/ou agentes, conforme mais adiante veremos ao tratar do Manual dos Procudores Americanos.

⁴³ HEINE, Günther. Modelos de responsabilidade jurídico-penal originaria da la empresa. In: Díez, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **Modelos de autoresponsabilidade penal empresarial**: propuestas globales contemporáneas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. p. 25-27.

⁴⁴ VEASE, entre outros, GOETZELER, **Die nationalen Grundlagen des Steverstrafrechts**, 1934, pp 207 y ss; WEBER, Über die Strafbarkeit juristischer Personen. Bernerkungen Zum Berliner.

⁴⁵ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **El modelo construtivista de responsabilidad penal empresarial**. Madri: Marcial Pons, 2010. p 27.

⁴⁶ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008. p. 30.

⁴⁷ WEISMANN, Andrew, p. 1329. Apud. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **El modelo constructivista de responsabilidad penal empresarial**. Op. cit.

Segundo Lampe, uma pessoa social pode bem realizar sua capacidade de ação ou capacidade de organização, ou não realizá-las, ou tê-las realizado defeituosamente - em um entorno social que exige a sua realização. Em definitivo, da mesma forma que propôs Lampe,⁴⁸ quanto à possibilidade das empresas realizarem injustos típicos, Bottke⁴⁹ entende que estas podem organizar contatos sociais, devendo em ambos os casos atribuir-lhes certa organização para dita produção.

O marco definitivo, em termos de discussão, sobre responsabilidade empresarial, radica em que tanto o sistema psíquico como o sistema organizativo devem desenvolver determinada complexidade interna suficiente para que sejam consideradas como pessoas de Direito Penal. Para o Brasil, em face do modelo de responsabilidade administrativa e civil, a reflexão valeria em termos de viabilizar propostas legislativas de criminalização dos atos de corrupção praticados pela pessoa jurídica.

Uma nova dimensão de direitos assume a empresa frente a sua própria capacidade de auto-organização, uma vez que esta deixa de ser um mero ator econômico para se tornar um sujeito ativo de direitos, abandonando a lógica dos custos/benefícios para a de direitos/deveres, constituindo-se em um autêntico cidadão fiel ao direito.

A Suprema Corte norte-americana reconheceu, expressamente, no caso *First National Bank of Boston vs. Bellotti*,⁵⁰ o direito das corporações de se expressarem a partir do reconhecimento desse direito como indispensável para o fortalecimento da democracia.

A Corte americana declarou expressamente que se tratava de expressão ou discurso que resulta indispensável para a tomada de decisões na democracia, e ele não é menos certo para o fato de que a expressão provenha de uma corporação em lugar de um indivíduo.

Conforme visto anteriormente, o modelo construtivista de responsabilidade empresarial estabelece uma estreita relação entre os conceitos de culpabilidade e pena. Nesse sentido, a culpabilidade se fundamenta em uma determinada concepção da conhecida prevenção geral positiva em concreto: a retribuição comunicativa.

⁴⁸ LAMPE. Zur ontologischen struktur des strafbaren Unrechts. In: WEIGEND/KÜPPER (Eds.). Festschrift. Für Hans Joachim Hirsch, 1999, pp. 86 y ss., 90 y ss. Apud: 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 Cesar (Coords.); DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p.50.

⁴⁹ BOTTKE, Wistra, 1997, p. 249: El otorgamiento inicial de un poder de cuya utilización se plasma en la organización de contactos conforme a la norma o en contra de la norma constituye una causa real suficiente para considerar que el colectivo es competente por las infracciones de la norma. Sobre el sentido de este tipo de atribución de competencia por los contactos sociales véase Bottke. Apud. DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Op. cit. pp. 233 y ss.

⁵⁰ 435 U.S. 765 (1978). Disponível em: <<http://www.en.m.wikipedia.org>>. Acesso em 27.mar.2017.

Pela retribuição comunicativa, a pena cumpriria a função de contribuir para o reconhecimento comunicativo da norma, decorrendo disso a ideia de reforço ao cumprimento do direito. Para essa função respectiva, a pena se impõe tanto para um indivíduo quanto para uma corporação com mesma função restauradora da vigência da norma.

A culpabilidade pelo fato, tanto em Direito penal individual quanto em Direito penal empresarial se define como a configuração de um âmbito organizativo determinado, sendo que desta configuração se produz a sua capacidade de auto-organização, o que fundamenta sua capacidade organizativa e justifica sua responsabilidade empresarial, em caso de culpabilidade devidamente comprovada.

1.4 SIGNIFICÂNCIA DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

Dentro da lógica de mercado e da necessidade de competitividade e obtenção de lucro no setor financeiro, é notório o interesse da (s) companhia (s) em evitar o enfrentamento de um processo, já que as consequências podem consistir em uma verdadeira pena de morte para os seus empreendimentos, em especial pelas perdas econômicas que possam vir a decorrer de eventual pecha de cumplicidade ou associação a atividades criminosas.

Esta nova concepção social das corporações, dentro de uma lógica de *good citizens corporations*, na qual a empresa dispõe de condições para expressar sua lógica e firmar sua posição perante a sociedade, é algo que deve ser levado em consideração quando da imposição de eventual sanção decorrente de sua responsabilidade pelo ilícito empresarial praticado em seu benefício e sem que sua autorregulação tenha sido suficiente para preveni-lo.

Segundo Friedman:

Uma empresa, desse modo, pode ser considerada como assemelhada a um indivíduo, para os propósitos de expressiva racionalidade, se ela (empresa) tem uma identidade com a comunidade e expressivo potencial - ou seja, se a empresa objetivamente pode ser vista como tendo uma identidade própria, apartada de seus proprietários, gerentes e empregados, para que sua conduta possa ser tão considerada quanto a desses. A moderna empresa também pode ser substancialmente distinta de seus proprietários, gerentes e empregados pela sua capacidade de expressar julgamentos morais próprios, em um discurso de enquadramento público e assim participar no processo de criação e definição social de normas.⁵¹ (tradução livre).

⁵¹ Corporation thus can be considered as similarly situated to an individual for purposes of the expressive rationale if it has a discrete identity within a community and expressive potential-that is if...a corporation objectively can be viewed as having an identity apart from its owners, managers, and employees to which

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal discutiu, pela primeira vez o tema no bojo da Ação Penal 470 - conhecida como caso Mensalão, utilizando-se de institutos da *common law*, como a ideia da cegueira deliberada ou do *criminal compliance* para definição de responsabilidade das pessoas que figuraram como acusados no referido processo.⁵²

A doutrina da cegueira deliberada foi uma criação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte e é conhecida no meio jurídico como *Wilfull Blindness*, sendo aplicada nos casos e nas hipóteses em que um agente finge não enxergar a ilicitude da procedência de bens, direitos e valores, com o intuito de auferir vantagens, tendo ou devendo ter o agente a elevada possibilidade de conhecimento de que tais valores sejam provenientes de crimes, atuando de modo indiferente em relação a esse conhecimento. Em apertada síntese, a teoria em tela busca punir o agente que se coloca, intencionalmente, em estado de ignorância ou desconhecimento das ilicitudes, quando circunstâncias fáticas robustas sinalizam sua ocorrência.

Destaca-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator da mencionada ação penal 470, sobre o seu entendimento acerca do *compliance*:

(...) 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, que no caso era a área bancária, financeira.

No acórdão em tela, ponderou-se que a instituição financeira, no que se denominou núcleo financeiro, dispunha de um setor de *Compliance*, o qual já havia detectado irregularidades em várias operações e noticiado os fatos aos órgãos de direção da instituição, que optaram por ignorar os riscos apontados pelo referido setor, situação que foi fundamental para sustentar a condenação de seus dirigentes por crimes de lavagem de dinheiro.

O objetivo principal desse programa é o planejamento das atividades empresariais, com a revisão de políticas internas, código de ética e conduta de gestão de riscos, com o propósito de obter uma difusão da cultura de integridade no âmbito da atividade empresarial

expressive conduct can be ascribed...The modern corporation also can be substantively distinguished from its owners, managers and employees by its capacity to express independent moral judgments in the disclose of this public square and so participle in the process of creating and defining social norms. FRIEDMAN, Lawrence. In defense of corporate criminal liability, 23 Harvard J.L & Pub. Policy, 2000, p. 833, 846, 848. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Corporate criminal liability in the twenty-first century**: are all corporations equally capable of wrongdoing? LLM.: Universidad Autónoma de Madrid, 2011. p. 49.

⁵² AP. 470/STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 15/08/2012, cf. Ata nº 21, divulgada em 29/08/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>. Acesso em 29 abr.2016.

como um todo, não só no referido setor que, em algumas vezes, pode nem mesmo fazer parte da empresa. *Compliance* vem do verbo *to comply*, do idioma inglês, que significa o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal.

⁵³

As atividades são reguladas de forma permanente em todas as áreas organizacionais da empresa, em relação às quais o setor de *Compliance* atua preventivamente na análise e controle de riscos, objetivando que todas as áreas cumpram fielmente as normas e regulamentos, conforme instituído pela alta administração.

Tal percepção acabou por sustentar, assim, que a quebra dos deveres de *Compliance* acarretou a imputação a título de autoria dos dirigentes da instituição financeira.

Nesta mesma linha, a nova lei de lavagem de dinheiro, a Lei n. 12.683, de 09 de julho de 2012,⁵⁴ embora tenha aprimorado a técnica legislativa no que concerne às formas acessórias de possível responsabilidade criminal pelo crime de lavagem de dinheiro, ainda assim apresenta sérias deficiências em termos de responsabilização por quebra dos deveres de *Compliance*; isso porque não há nenhuma menção expressa à obediência a tais regras no novo texto legal, nem tampouco alusão à observância dos deveres correlatos como instrumentos de prevenção à lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, é oportuno trazer à baila os ensinamentos de Silveira:

Ao se estabelecer um sistema de responsabilidade próprio (penal ou administrativo) às pessoas jurídicas, por outro lado, verifica-se, sim que o fenômeno da autorregulação acaba por gerar novas obrigações às pessoas físicas e jurídicas, que se autovigiam em atenção às responsabilidades que podem surgir, entendidas, verdadeiramente, como um papel preventivo geral. O papel da autorregulação, portanto, não se mostra como um instrumento aditivo do dever de garantia, mas de fundamentação da responsabilidade da pessoa jurídica, ainda que de forma não necessariamente penal. Nada disso foi mencionado, muito menos o caráter restritivo da imputação determinado pela lei nacional. O que se teve, sinteticamente, foi a utilização do preceito do *compliance program* para o incremento de imputação, mesmo havendo déficit legislativo para tanto.⁵⁵

Recentemente a Lei 12.846, de 2 de Agosto de 2013, que responsabiliza as pessoas jurídicas por atos de corrupção e outros lesivos contra a Administração Pública Nacional ou

⁵³ MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008. p. 15.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012**: altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.legis.senado.gov.br/mate-pdf>>. Acesso em: 29. abr. 2016.

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

Estrangeira, apresenta dispositivo expresso acerca dos Programas de *Compliance*, como fator determinante na aplicação das sanções cabíveis.

Art. 7º- Levar-se-á em conta na aplicação das sanções:

(...) omissis

VIII- a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos e ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Conforme o parágrafo único do art. 7º, os parâmetros de avaliação dos mecanismos de integridade dependem de regulamentação do Poder Executivo, o que somente ocorreu por intermédio do Decreto Federal n. 8.420, de março de 2015.⁵⁶

Assim, de acordo com o referido dispositivo da Lei Anticorrupção brasileira, a existência de programas de *Compliance* efetivos e robustos no âmbito das empresas, ao lado de outros fatores elencados pela lei em epígrafe, deverão ser sopesados pela autoridade administrativa competente no momento da aplicação das sanções cabíveis.⁵⁷

A grande discussão que se impõe é: quais os parâmetros legais que são considerados para que um programa desta natureza seja reconhecido como efetivo e robusto? No momento ainda não há uma resposta precisa, uma vez que tudo vai depender do ramo de atividade da empresa considerada, das peculiaridades específicas de seus negócios e do âmbito de suas operações, enfim, de sua própria estrutura empresarial e do seu objeto de atividade.⁵⁸

Com relação aos custos e benefícios do *Compliance* para o setor empresarial, destaca-se a experiência norte-americana no tema, em que observa-se um efetivo proveito para as empresas que se filiam à sua lógica, adotando uma postura de ética e conformidade com o direito na condução de seus negócios.

A esse propósito, a Lei americana de proteção ao consumidor, *Dodd-Franck Act*, estabeleceu um novo programa federal de informantes ou *whistleblowers*, acrescentando uma nova Seção 21F ao *Exchange Act*, de 1934, ao incentivar as empresas a auxiliar a *Securities*

⁵⁶ Conforme preceitua o artigo 41 Caput, do Decreto n. 8.420/2015: "Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à dinâmica de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivos de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira".

⁵⁷ Uma das críticas que se pode fazer à lei anticorrupção é justamente o fato de que o *compliance* não tem influência na responsabilidade civil, já que o art. 7º da lei de regência, ao referir-se à influência dos mecanismos e procedimentos internos de integridade na aplicação das sanções, diz tão somente respeito às sanções administrativas.

⁵⁸ Nesse sentido, o parágrafo único do art. 41 do Decreto n. 8.420/2015 dispõe: "O programa de integridade deve ser estruturado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade".

Exchange Comission (SEC), na identificação de responsáveis e no processamento de ações por crimes empresariais, assegurando prêmios de até 30% do total recuperado em danos econômicos decorrentes de ações criminosas ao delator que, voluntariamente, proveja as autoridades de informações que levem ao sucesso de ações que resultem na imposição de sanções monetárias excedentes a um milhão de dólares. O programa em questão também assegura ao *whistleblowers* garantias e proteção contra ações de retaliação que possam advir de suas informações.

Sob a influência dessa perspectiva americana, os programas de *Compliance* a serem implementados no sistema brasileiro, a partir das inovações legislativas recentes, devem dispor de canais internos de recebimento de denúncias, através dos quais sejam asseguradas pela empresa, aos informantes, a confidencialidade das informações e garantidas medidas de proteção contra eventuais retaliações que possam aqueles sofrer como forma de inibi-los e constrangê-los a denunciar fatos que possam comprometer/implicar os dirigentes das organizações ou pessoas influentes com eles relacionadas.

Como a SEC começou a pagar prêmios e bonificações para os delatores, muitos empregados de empresas americanas estabelecidas em países estrangeiros começaram a reportar à SEC violações à legislação americana, fazendo com que as operações das empresas americanas da área de seguros tenham aumentado consideravelmente nos países estrangeiros.

Como consequência, as empresas têm reavaliado seus programas de *Compliance* para reduzir o risco de violações/infrações e encorajar potenciais *whistleblowers* a fazer uso de canais internos de denúncias, a serem instalados nas empresas, ao invés de se reportarem primeiramente às autoridades governamentais.

De outra banda, resta saber como se dará esta certificação dos programas de *Compliance* no âmbito empresarial. A esse propósito, interessante a adoção de formatação do programa adotado pelo Chile. Naquele País, a Lei n. 20.393, de 14 de dezembro de 2009, introduziu uma modalidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de quaisquer crimes, utilizando-se, para tanto, de uma responsabilidade mista.⁵⁹

Por um lado, se pune os diretores ou gestores que tenham, em seu benefício, deixado de agir conforme os comandos normativos; de outro, há a responsabilidade da própria pessoa jurídica, sendo que esta poderá ficar imune quando implementar, de forma certificada pelo Estado, o devido *Compliance program*.⁶⁰

⁵⁹ CHILE, Ley 20392, de 14 de dezembro de 2009. Disponible en: <[http://www.leychile. CL/Consulta](http://www.leychile.cl/Consulta)>. Acesso em: 31 mai.2016.

⁶⁰ US ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO,

2 REGULAÇÃO EMPRESARIAL E COMPLIANCE: MODELOS, PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Observa-se, no cenário econômico-jurídico atual, uma tendência à imposição de deveres de colaboração junto aos cidadãos para com os órgãos da Administração Pública,⁶¹ atribuindo-lhes responsabilidades de garantia da regularidade/normalidade da ordem jurídica atual. O descumprimento de tais deveres poderá acarretar-lhes severas consequências em relação a seus atos.⁶²

Vale lembrar que a visão convencional da atuação reguladora enfatiza dois modelos políticos contrapostos no campo econômico: Liberalismo X Estatismo. Isso talvez explique a mudança da posição do Estado na descentralização de muitas atividades, tendo como ponto de partida esta tendência mundial ao incentivo da autorregulação empresarial, afastando-se de um modelo centralizador em que o Estado concentra em suas mãos todas as funções. Entre essa situação e o liberalismo puro que, de acordo com a teoria da mão invisível de Adam Smith⁶³, restringiria a função do Estado a esperar que as empresas adquiram autonomia suficiente no mercado econômico, existem sistemas intermediários que buscam conciliar os interesses empresariais com os interesses da sociedade.

Dentro dessa lógica, o processo de autorregulação empresarial reflete a constituição dos chamados sistemas autopoieticos de alta ordem ou autorreferenciais, dentro dos quais se possa obter um marco idôneo para que os entes privados sejam dotados de condições autossuficientes para que possam se autorregulamentar.

Com tais sistemas, se permite atingir um determinado nível de autorregulação interna

Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.) **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 145.

⁶¹ Noutro giro, fazendo um paralelo entre o déficit de autorregulação no âmbito empresarial e a ausência de regulação estatal diante do avanço da cibervigilância e da espionagem digital, através da utilização da *internet* e de outros recursos advindos do avanço das tecnologias digitais é oportuna a colocação de Woloszyn a esse respeito que assevera: "*o paradoxo em todo esse esforço é que, se por um lado, há fomento em relação à inclusão digital e à necessidade de proteção de dados pessoais, por outro, dá-se pouca atenção ao direito à autodeterminação informativa*". (...) *A Comissão Europeia também se manifesta, a exemplo da ONUA, sobre a necessidade de uma reforma geral na governança da rede, entendendo que a internet tem por objetivo servir às liberdades fundamentais e aos direitos humanos que devem ser protegidos no ambiente on-line com maior transparência e responsabilidade*". In: WOLOSZYN, André Luis. **Vigilância & espionagem digital: a legislação internacional e o contexto brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2016. pp. 33-34.

⁶² Isso tudo dentro de uma lógica da atividade empresarial própria de um contexto de risco permitido.

⁶³ SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Livro I. Tradução de Maria Teresa de Lemos Lima. Juruá, Curitiba, 2006.

de tal monta que torna a empresa sujeita à lei penal, de sorte a assumir posição de entidade potencialmente infratora da lei penal, ou seja, como possível sujeito ativo de crimes ocorridos no meio empresarial.

A empresa, portanto, pode ser vista como tendo a sua própria identidade, a qual difere dos seus sócios, diretores e empregados, o que faz com que sua atuação possa ser considerada e valorada para fins de autoria ou participação em atos ofensivos aos bens e interesses tutelados penalmente.

Nesse mesmo sentido, observa Faria Costa que:

Nesta óptica, poderá dizer-se que a empresa foi "descoberta" pelo direito penal e pela criminologia com um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas actividades ilícitas. Assim, podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: a) uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, d) a criminalidade que se projecta a partir da empresa.⁶⁴

É importante mencionar, também, os esforços legitimadores dos fenômenos da autorregulação a partir da teoria do direito reflexivo, baseado na teoria dos sistemas de Luhmann,⁶⁵ dando ensejo à criação de subsistemas económicos autorreguladores, como decorrência da perda do poder regulador central do Estado nesse setor. Dessarte, a ausência dessa cultura empresarial de atuação em conformidade com o Direito importa violação dos deveres do bom cidadão, gerando, como consequência, a responsabilidade jurídico-penal empresarial.

Corroborá para esse entendimento a lição de Enrique Bacigalupo:

El modelo de la culpabilidad de organización que requiere para la legitimación de las sanciones penales a las personas jurídicas la comprobación de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito de los órganos, equivalente a la culpabilidad de las personas individuales en la forma de una culpabilidad de organización. El concepto de culpabilidad de organización guarda cierta relación con el de buen ciudadano corporativo del derecho norteamericano, entendido como corporación que cumple con el derecho, es decir, que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el derecho.⁶⁶

Na regulação empresarial, toda e qualquer distribuição de deveres deverá passar por

⁶⁴FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos. **Revista Portuguesa de Direito Penal**, Coimbra, ano 2, fasc. 4, out-dez. 1992. p. 543.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

⁶⁶BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Thonsom Reuteurs, 2011. p.86.

profunda análise dos aspectos quantitativos e qualitativos, sob pena de se comprometer a eficácia e qualidade dessa transferência do gerenciamento dos riscos, o que aumentará a sensação de insegurança e incerteza que permeiam esse cenário.

Essa distribuição de funções ganha importância em uma sociedade de corporações, na qual as grandes e poderosas empresas assumem um papel importante na prestação de serviços e atividades públicas (v.g., contratos de concessão, permissão e outros celebrados entre particulares e o Poder Público).

Como exemplo de prática criminosa decorrente dos riscos emergentes de uma sociedade globalizada, bem como da delegação de tarefas aos particulares por parte do Estado, tem-se o crime de lavagem de dinheiro, que, pela sua própria tipologia, abrange uma intrincada cadeia de fases e etapas, visando o distanciamento do dinheiro obtido ilícitamente de sua fonte até a sua conversão em ativos financeiros de natureza lícita e reinserção no mercado financeiro como se lícitamente tivessem sido obtidos.

Em nível internacional, a Força Tarefa de Ação Financeira, da sigla em inglês FATF, ao lado da Organização para o Comércio e Desenvolvimento Econômico, da sigla em inglês OEDC, vêm implementando medidas visando coibir e reprimir a prática de crimes transnacionais, especialmente os crimes de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, perpetrados a partir de sistemas financeiros de países que são tidos como não-colaboradores, com padrões e parâmetros de avaliação internacional.

Nesse aspecto, são oportunas as avaliações de Bruce Zagaris:

O Tesouro Nacional expediu instruções e alertas para instituições financeiras americanas para implementar a iniciativa da FATF contra países não colaboradores. Realmente, a Seção 311 da Lei Patriota dos Estados Unidos requer que o Poder Executivo Americano monitore e tome medidas regulamentais e de aplicação da lei contra tais transações, instituições financeiras e países (...). A Rec. 2 estabelece que a intenção e o conhecimento requeridos para provar o crime de lavagem de dinheiro devem ser coerentes com os padrões estabelecidos nas Convenções de Viena e Palermo, incluindo o fato de que o estado mental possa ser deduzido a partir de circunstâncias factuais objetivas (assim uma pessoa pode ser condenada por deliberadamente não enxergar um fato ou qualquer que seja o conceito legal equivalente a uma jurisdição). Responsabilidade criminal e/ou cível, ou administrativa, deve se aplicar a pessoas legais e não deve impedir procedimentos paralelos criminais, civis ou administrativos em relação a pessoas legais em países nos quais tais formas e responsabilidade se aplicam a pessoas legais.⁶⁷

No Brasil, recentemente, a Lei nº 12.683, de 09 de julho de /2012, ampliou o rol dos

⁶⁷ ZAGARIS, Bruce. Questões éticas e legais no planejamento de offshore. In: SICA, Leonardo; RUIZ FILHO, Antonio(Orgs.) **Responsabilidade penal na atividade econômica empresarial: doutrina e jurisprudência comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p 111.

obrigados a prestar informações ao Conselho de Controle de atividades Financeiras (COAF), constante no art. 9º, a fim de lograr um maior êxito no combate e prevenção à lavagem de dinheiro. Ademais, esta legislação alterou o art. 10 da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, obrigando pessoas e entidades listadas no art. 9º a adotar políticas, procedimentos e controles internos.⁶⁸

Cabe destacar que a aprovação da Lei de Combate ao Terrorismo⁶⁹ ocorreu por pressões internacionais do GAFI, no sentido da necessidade da tipificação do crime, o que permitiria uma atuação estatal mais ampla com a adoção de penas acessórias como confisco de bens e ativos financeiros destinados a seu financiamento.

Diante do que foi exposto acima, definida a importância do papel das empresas em sua capacidade de se autorregular, passar-se-á a expor a seguir os tipos (modelos) de regulação.

2.1 MODELOS DE REGULAÇÃO EMPRESARIAL.

Segundo doutrina de Silva Sánchez, três são os modelos reconhecidos: 1. autorregulação pura ou voluntária; 2. meta-regulação; 3. autorregulação regulada.

A autorregulação pura ou voluntária caracteriza-se como o resultado da capacidade das empresas de se autosubmeter a determinadas regras. Diante da inafastável transferência de forças do Estado para os setores privados, observa-se, nos últimos anos, uma crescente onda de privatizações, concessões e permissões, nas quais atividades tipicamente estatais são transferidas para o particular, principalmente no tocante à economia e à sociedade. Nesse sentido, assevera Silva Sánchez que: *los contratos, convenios colectivos o estatutos, así como todos aquellas normas internas de sujetos y organizaciones privadas serían el resultado de procesos de autorregulación.*⁷⁰

Pelo modelo de autorregulação pura, as empresas teriam liberdade de regular-se da forma mais conveniente aos seus interesses, conduzindo como melhor lhes aprouver a direção de seus negócios, sem sofrer ingerências de agentes externos, sem que houvesse influência alguma dos setores públicos no sentido de fomentar, impor ou complementar a

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 10.mai.2016.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 23 jan.2017.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013. p.48.

autorregulação interna.

Na autorregulação pura ou voluntária, destacam-se duas espécies.

Por um lado, ela serve para resolver aquelas questões que mais frequentemente preocupam o seu setor específico de atividade, agilizando assim o funcionamento interno.

De outro lado, um segundo grupo de corpos normativos constituem os Códigos de Ética ou a autorregulação normativa voluntária de natureza ética, numa clara demonstração à sociedade de que a empresa aceita sua responsabilidade social e se compromete a submeter-se às regras e princípios que regem toda a sua atividade. Esse modelo afigura-se vantajoso para as empresas, na medida em que a imagem e a reputação são importantes ativos empresariais, consagração do comprometimento da organização com a ética e a legalidade.

A metarregulação, segundo modelo possível, consiste no fenômeno normativo da determinação ou condicionamento, seja antes ou depois, pelo Estado, da atividade de autorregulação privada. Aqui, o Estado condiciona a normatização interna, seja estabelecendo previamente uma série de pautas ou princípios, com base nos quais a empresa disporá normativamente sobre a própria atividade empresarial, seja incentivando medidas de autorregulação.

Na metarregulação, o papel do Estado não seria de impor parâmetros concretos de autorregulação interna, mas sim de despertar o interesse das empresas em se autorregular, oferecendo-lhes incentivo para tanto. Nesse comprometimento, abranger-se-iam recompensas para as empresas se autorregular, como até mesmo a concessão de vantagens quando do julgamento e sancionamento, em casos de descumprimento normativo.

Segundo leciona Silva Sánchez, é possível que o Estado não se limite apenas a dar somente incentivos para as empresas se autorregular, senão que, também, haverá de orientá-las, minimamente, sobre o conteúdo da normativa da própria configuração.⁷¹

Por fim, na regulação estatal, terceiro modelo, o Estado fixa todas as decisões determinantes que devem ser adotadas pela empresa, não dando margem ao exercício do discricionarismo empresarial, já que a política empresarial deve obrigatoriamente ajustar-se à política estatal e seguir o modelo de Estado adotado pelo país onde se situa/localiza a empresa, mesmo que esta tenha negócio no estrangeiro.

⁷¹ SILVA SANCHEZ, Jeus Maria. **Criminalidad de empresa y compliance:** prevención y reacciones corporativas. Op. cit. p. 50.

No mesmo sentido é a diferenciação procedida por Ulrich Sieber:

[m]ientras que la autorregulación en sentido estricto deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la co-regulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por esta razón, la con-regulación se denomina autorregulación regulada, una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción.⁷²

Na opinião do autor deste trabalho, esse último modelo de autorregulação regulada se afigura bastante interessante, pois apresenta uma proposta híbrida entre a regulação pura - com ampla margem de liberdade na autorregulação - e a regulação estatal propriamente dita - na qual o Estado cercearia o desenvolvimento da atividade privada.

Esse modelo de combinação de interesses público/privados também garantiria a efetividade de um Programa de *Compliance* como instrumento de gerenciamento de riscos, pois, ao mesmo tempo em que incentiva/estimula a atividade privada da autorregulação, fica o Estado com o poder/dever de exigir a observância das diretrizes legais e regulamentares que garantem a legitimidade das medidas adotadas pelo programa no cerne da atividade autorregulatória.

O exercício da atividade autorregulatória do setor privado está intimamente subordinado aos fins de interesse público predeterminados pelo Estado. Nesse modelo, o Estado recorre às empresas para que estas colaborem com a elaboração de seus estatutos normativos. No tocante aos limites da autorregulação empresarial, observa-se que, mesmo o Estado permitindo medidas de autogerenciamento das atividades empresariais e até mesmo as estimulando, em alguns casos, este reserva para si o controle dessa própria atividade autorregulatória das empresas, podendo revisar, supervisionar e sancionar descumprimentos no exercício do seu poder (*the enforcement*).

O Estado pode, ainda, transferir a faculdade de regulação, supervisão e sanção, mantendo, porém, o poder de revisar as normativas adotadas e de alterar a forma como foi realizado o enforcement. Também é possível a corregulação propriamente dita ou cooperative self-regulation, na qual o Estado trabalha em comunhão de esforços com as empresas na elaboração de sistemas específicos e individualizados de regulação. Um bom exemplo desse modelo foi a elaboração do Corporate Government Kodex, na Alemanha, o qual foi

⁷² SIEBER, Ulrich. Programas de "compliance" en 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. 77.

reconhecido legalmente em § 161 AKtG 34, gerando consequências jurídico-penais em caso de sua violação.

Nesse sentido, assevera Paulo Roberto Galvão de Carvalho:

Com isso, pretende-se aliar o rigor da intervenção estatal aos benefícios da autorregulação. E, de fato, ao incentivar que as empresas elejam quais procedimentos e medidas para o combate à corrupção são necessários e razoáveis em seu próprio seio, essas legislações reconhecem que as próprias empresas têm a expertise necessária para impor condutas internas de forma mais eficaz.⁷³

A própria obrigação das empresas de construir uma política interna de boa governança corporativa, estabelecendo uma política de autorregulação regulada, faz com que se consolide uma noção de responsabilidade social da pessoa jurídica como condição legitimadora da própria responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como prefere Feijoo Sánchez.⁷⁴

Vale destacar que os programas de *compliance* referem-se a uma ideia de autorregulação regulada, com o objeto precípua de evitar o cometimento de crimes no meio econômico empresarial, estabelecendo o que Sieber denomina de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, a partir da imposição voluntária de *standards* de conduta por parte dos organizadores e dos próprios indivíduos.⁷⁵ Programas de *compliance* seriam, nesse diapasão, medidas pelos quais as empresas visariam assegurar que fossem cumpridas as regras vigentes para elas e para seus funcionários, bem como eventuais infrações sejam descobertas ou noticiadas, com a punição dos seus autores e partícipes.

Nessa linha de princípios, que para Sieber, são novos conceitos de gestão empresarial, o *compliance programs, risk management, value management, corporate governance, business ethics, integrity codes, codes of conduct, corporate social responsibility*, fez com que ganhassem destaque, no cenário jurídico internacional, várias leis anticorrupção, sendo as mais efetivas a FCPA⁷⁶ dos Estados Unidos da América do Norte, a partir de sua vigência em 1977, servindo para punição de grandes escândalos de corrupção

⁷³ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act Norte-Americano e o Bribery Act do Reino Unido. p. 40. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). **Lei anticorrupção**. Salvador/BA: Editora JusPODIVM, 2015. p. 40.

⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**: adaptado a la Ley 3/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización processual. Madrid: Civitas, 2012. p. 50 e s.

⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. Op. cit. pág.114.

⁷⁶ Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 28 mar.2017.

internacional, e o *UK Bribery Act*, Britânico, de 2010,⁷⁷ sem falar da normativa de auditoria para sistemas de gestão de *compliance* (IDW 980) da Alemanha, ainda que esta última em campo rotuladamente administrativo.

A implementação segura e eficiente de novos mecanismos de prevenção às condutas criminosas, através de procedimentos e mecanismos internos nas empresas, seja através da adoção de medidas eficientes de *due diligence* contra a corrupção, antevendo medidas que possam evitar a ocorrência de crimes, seja pelo incremento e robustecimento de Programas de *Compliance* com esse escopo, constituir-se-ão em medidas eficazes no combate à corrupção, mal esse que se apresenta como fruto de um capitalismo desorganizado e globalizado.

2.2 PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EFETIVO: REQUISITOS E MECANISMOS CONCRETOS.

Para a obtenção de um sistema efetivo de *compliance* necessária a observância de determinados requisitos, bem sintetizados por Maeda⁷⁸: a) é mister que a empresa disponha de um sistema rígido de controle das pessoas que integram o programa, seja na contratação, seja durante o desempenho de suas atividades, para que somente façam parte do programa pessoas comprometidas com a ética e a integridade; b) na própria avaliação do desempenho da performance dos empregados, é importante a eleição de critérios relacionados ao *Compliance* como forma de incentivar e fornecer o suporte necessário ao bom funcionamento do programa dentro da empresa; c) medidas devem ser tomadas no propósito de assegurar um ambiente de integridade e de governança corporativa para o bom funcionamento das estratégias estabelecidas.

Com base nos elementos comuns contidos nos principais documentos internacionais acerca dos aspectos centrais de um Programa de *Compliance* efetivo em termos de matéria anticorrupção, Maeda destaca os seguintes pontos: 1) Suporte da Administração e Liderança; 2) Mapeamento e Análise de Riscos; 3) Políticas, Controles e Procedimentos; 4) Comunicação e Treinamento; 5) Monitoramento, Auditoria e Remediação.⁷⁹

Imprescindível também a interface da regulação privada com o controle público,

⁷⁷ *U.K Bribery Act*. Disponível em: <http:,>. Acesso em: 01 dez.2016. www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents

⁷⁸ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de compliance e anticorrupção**: importância e elementos essenciais: In: Temas de Anticorrupção e Compliance, (Org.) DEL DEBBIO, Alessandra, MAEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique da Silva, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010. p. 181.

⁷⁹ Ibidem. p.181.

inclusive dos agentes públicos. Essa importância se maximiza na medida em que muitas das condutas infratoras envolvem funcionários e agentes de Estado, seja do país sede da empresa, seja de governos estrangeiros, como é o caso das multinacionais. Ao atuar mediante descumprimento de seus deveres funcionais, estes, muitas vezes, corrompem-se com o recebimento de vantagens e proveitos indevidos que lhes são alcançados por empresas ou pessoas que agem em representação delas.

O controle interno e monitoramento das atividades de risco nas atividades com terceiros deve sempre levar em conta a percepção da corrupção no país em que o terceiro está localizado. Para esse propósito, além de fatores específicos a serem observados, a *Transparency International* (TI), organização não governamental, sediada em Berlim, publica anualmente um relatório com o Índice de Percepções de Corrupção (IPL), no qual os países são ordenados em função do grau em que a corrupção é percebida entre os funcionários públicos e políticos.⁸⁰ O Brasil ocupava a 76ª posição no ranking de 2015, tendo caído sete posições em relação ao ano anterior.⁸¹ Contudo, em recente estudo feito pela Transparência internacional, que analisa a percepção da população dos países sobre a corrupção, o país caiu mais três posições, ficando em 79º lugar entre 176 países.⁸²

Como se destacou, o sistema de *Compliance* precisa estar integrado com todos setores da empresa, interagindo com as diversas estruturas, para que possa funcionar a contento e atingir os seus objetivos. No entanto, sem embargo da estrutura empresarial existente, necessário se falar em uma estrutura autônoma e independente do setor de *Compliance*, centrada em uma ou mais pessoas que assumam a responsabilidade de vigilância das condutas potencialmente causadores de ilícitos, sob a forma de delegação dos órgãos de direção da empresa.

Segundo Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho de Araújo:

Ter-se-ia que a estrutura responderá pelo setor de *compliance* empresarial, seja centrada em uma pessoa, em um conjunto de pessoas ou ainda em um representante externo, não definirão as decisões a serem tomadas por esta companhia. Ela é apenas o alerta sobre os riscos evidentes e inerentes às decisões.⁸³

⁸⁰ Segundo Carlos Henrique da Silva Ayres: Esta ferramenta é bastante utilizada por profissionais que atuam na área de anticorrupção e compliance e reconhecida pelo próprio Departamento de Justiça Americano (DOJ). AYRES, Carlos Henrique da Silva. Op. cit. p. 211.

⁸¹ Ver EBC Agência Brasil. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.ebc.com.br>>. Acesso em: 28 mai.2016.

⁸² Transparência Internacional. Disponível em: <g1.globo.com/mundo/noticia/brasile-esta-em-79-lugar-entre-176-paises-aponta-ranking-da-corrupcao-de-2016.ghtml>. Acesso em: 22 mai.2017.

⁸³ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Criminal compliance**. São Paulo,

Para tanto, as empresas devem designar um *compliance officer*, com responsabilidade primeira e autoridade plena para tomada de decisões sobre a área de *compliance* da empresa. Ademais, as regras de polícia da empresa devem ser claras e de fácil entendimento para que o departamento de *compliance* empresarial possa cumprir a contento sua função, de sorte que se gaste menos tempo debatendo se esta ou aquela atividade é apropriada ou não, e possa, assim, focar sua atuação em assuntos mais complexos das áreas de risco da empresa.

A atuação do *Compliance* também assume um aspecto corretivo de eventuais falhas ou irregularidades que tenham ocorrido no exercício da atividade empresarial, das quais possa, eventualmente, resultar o envolvimento da empresa e de seus dirigentes em processos, de natureza cível e/ou criminal, hábeis a ocasionar sérios comprometimentos à imagem e credibilidade da empresa, processada ou investigada, no cenário econômico.

A partir das dificuldades impostas por uma estrutura empresarial hierarquizada, com várias divisões e subdivisões de tarefas e atribuições, o que dificulta sobremaneira a investigação e efetividade da responsabilização individual dos reais e verdadeiros autores dos ilícitos cometidos no âmbito empresarial, verifica-se a eficácia do *compliance* nos planos material e processual. O primeiro está na descoberta dos autores/partícipes dos ilícitos para fins de efetivação da responsabilização; o segundo está até mesmo na exclusão dessa (responsabilidade) quando os padrões impostos pelos programas da área foram fielmente observados pela empresa em questão.

Na Alemanha, a partir de grandes escândalos de suborno e corrupção, com especial ênfase para o caso *Siemens*, formaram-se as bases para uma nova ética empresarial. É o caso da empresa Siemens, do setor de informática e tecnologia que, juntamente com outras multinacionais da França, teriam formado cartel para manipular os preços de uma licitação pública e pago propina a autoridades estaduais do Governo de São Paulo para construção do metrô da cidade, em período que se estendeu por mais de uma década. A companhia já havia sido alvo de um dos maiores escândalos corporativos ocorridos na Alemanha, em prática assemelhada àquela ocorrida no Brasil. Uma investigação nos Estados Unidos revelou que, entre 2001 e 2007, a companhia pagou quase US\$ 1,5 bilhão em propina para autoridades públicas de diversos países em troca de contratos públicos. Devido a esse escândalo, a companhia alemã, que representa o maior conglomerado industrial da Europa, amargou o

Saraiva, 2009, p. 223.

pagamento de uma das maiores multas já aplicadas no mundo corporativo: total de US\$ 1,6 bilhões.⁸⁴

Os atos corruptos foram praticados por simples empregados da empresa na Nigéria. O Escritório de Munique não supervisionou adequadamente esses empregados e, portanto, deixou de evitar os crimes. A Siemens foi responsabilizada, então, não pelos atos corruptos dos empregados, mas pela falha na organização central, em Munique, da empresa, que não cumpriu com seus deveres de prevenção da corrupção.⁸⁵

A par desse caso e de outros envolvendo grandes empresas alemãs,⁸⁶ é forte o debate naquele país acerca do *criminal compliance*. No âmbito das discussões, destaca-se o palpitante tema dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *compliances officers* e de sua responsabilidade criminal. Recentemente, o BGH (Bundesgerichtshof) condenou um *compliance officer* por entender que, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o responsável assume também uma posição de garante e, por isso, deve ser punido criminalmente⁸⁷ por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância.⁸⁸

Em âmbito nacional, a empresa Odebrecht S/A fechou acordo de leniência com a força-tarefa da Operação Lava-Jato, em que se comprometeu a pagar US\$ 2,6 bilhões pelos danos materiais e imateriais causados por crimes praticados em contratos públicos dos governos federal, estaduais e municipais. Segundo a cláusula 7ª do acordo, o valor global a ser pago será dividido entre Brasil, Estados Unidos e Suíça, países que integram o acordo de leniência, numa proporção de 80%, 10% e 10% para cada, respectivamente.⁸⁹

A petroquímica Braskem, empresa controlada pela Odebrecht, também fechou acordo de leniência com o Ministério Público Federal que foi homologado em junho do

⁸⁴ Maior valor já pago nos Estados Unidos e na Alemanha. Disponível em: ><http://www.bbc.com.br>>. Acesso em 09 jun.2016.

⁸⁵ ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability and *compliance* in Germany. In: CORPORATE **criminal liability and compliance programs**: first colloquium. Napole: Jovene, 2012a. p. 178 a 184.

⁸⁶ Outro caso rumoroso na Alemanha ocorreu com a empresa Imhausen Chemie, envolvida no planejamento e na construção de uma fábrica de gás venenoso, em Rabita/Líbia, sob o nome de Projeto Pharma 150. O escândalo Rabita ainda é considerado hoje um dos mais flagrantes casos de violação da Lei de Comércio Exterior na Alemanha. Disponível em: <https://de.Wikipedia.org/Wiki/Imhausen-Chemie>. Acesso em 27 jan.2017.

⁸⁷ Lembrando que, na Alemanha, a exemplo do que ocorre no Brasil, não há responsabilidade criminal da pessoa jurídica por atos de corrupção.

⁸⁸ A decisão referida é a BGU Entscheidung von 17.7.2009-5 StR 394/08. In: SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre o *criminal compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-12, 2011.

⁸⁹ Termo de Acordo de Leniência. Disponível em: www.politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/01/Leniencia-Odebrecht.pdf. Acesso em 28.ago.2017.

corrente ano pela Justiça Federal de Curitiba/PR. A decisão em questão sacramentou a etapa que faltava para a homologação do acordo global firmado pela Braskem, onde a companhia se comprometera a pagar cerca de US\$ 960 milhões para autoridades do Brasil, Estados Unidos e Suíça.⁹⁰

Para evitar escândalos desse porte, é necessário investir na construção de um novo paradigma de cidadania corporativa. Esse novo cidadão identificar-se-ia com a empresa que cumpre idealmente a cultura corporativa de respeito ao Direito, o que, na prática, se traduz em medidas de controle interno, externo, limitação e equilíbrio de poder, novas oportunidades de negócios, dentre outras.⁹¹

Observa-se, ainda, que grande parte do arcabouço jurídico das normas de compliance empresarial está inserido no âmbito da *soft law*, na medida em que a OCDE o regulamenta, em diversos de seus instrumentos, como, por exemplo, em 2010, através de seu *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*.

A regulação da matéria também é objeto de diversas convenções. Além da Convenção da OCDE sobre o suborno transnacional, que exige que os Estados responsabilizem as pessoas jurídicas por sua participação nos delitos de corrupção, impondo sanções que sejam eficazes, proporcionais e dissuasórias, deixando aos países a fixação do regime de responsabilização, há as três Convenções da ONU (Palermo,⁹² art. 10; Mérida, art. 26; e a Convenção para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, art. 5^a) que também prevêm diretrizes no mesmo sentido.

Os compromissos assumidos pelo Brasil, de combate à corrupção, em nível internacional, incluem também os atos praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública estrangeira, conforme consta expressamente destacado na exposição de motivos do anteprojeto⁹³ da Lei anticorrupção brasileira.

⁹⁰ Após Lava-Jato, Braskem tenta um recomeço. Disponível em: www.exame.abril.com.br. Acesso em 18. set. 2017.

⁹¹ SANAGUSTÍN FONS, Maria Victoria. **Valores y ética empresarial**: um enfoque sociológico. Madri: Trotta, 2011. p.19 e s.

⁹² Advirta-se logo que a Convenção de Palermo não define direitos e garantias fundamentais de qualquer ordem, nem trata de direitos humanos (art. 5º, §§2º e 3º, CF). Ao contrário, a Convenção estabelece deveres de limitação ou negação de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente processuais, dos implicados. In: ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.63.

⁹³ O anteprojeto inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Exposição de Motivos EMI 00011 2009- CGC/MJ/AGU, datada de 23.10.2009.

O Brasil deve demonstrar às autoridades estrangeiras que suas leis são capazes de gerar implemento às convenções anticorrupção, especialmente após a divulgação do relatório da OCDE (Organization for Economic Cooperation and Development), no qual, na fase 3, há expressa referência à preocupação da organização com a capacidade de a lei brasileira alcançar os objetivos firmados.⁹⁴ De outra banda, as empresas e as autoridades (administrativas e judiciais) incumbidas de aplicar as sanções, em caso de violação dos dispositivos da LACE, precisam ter segurança jurídica: as primeiras, para que seus programas de *compliance* possam trazer-lhes os benefícios previstos em lei; as segundas, para poder bem avaliar a efetividade dos mecanismos de *compliance* das empresas no momento de aplicação das sanções administrativas e civis.

Sobre o funcionamento e avaliação dos programas de *compliance*, de acordo com o Decreto 8.420/15, que regulamentou a lei anticorrupção empresarial brasileira, a empresa deve dispor de procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução dos contratos administrativos ou em qualquer interação com o poder público, ainda que intermediada por terceiros; dispor de canais internos de denúncias de irregularidades abertos a funcionários e terceiros; medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade (*compliance*), além do monitoramento contínuo do programa de integridade, visando o seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos à administração pública. Além disso, o §2º do art. 42 do referido decreto prevê que o programa de integridade será avaliado quanto à sua existência e aplicação, para que possa ser considerado na dosimetria da pena de multa a ser aplicada.

⁹⁴ Brazil: Phase 3 Report on implementing the OECD Anti-Barbery Convention. October 2014. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/anti-barbery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em 04 abr.2017.

2.3 RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA ADOÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

A teoria que preconiza que a empresa pode tornar-se responsável pelos atos de seus empregados alicerça seus pressupostos dogmáticos na responsabilidade criminal vicariante, ou seja, a possibilidade de alguém ser responsabilizado por ato(s) de outrem com os quais guarda alguma relação jurídica e de subordinação (no caso em testilha, as empresas tornar-se-iam responsáveis em razão dos atos de seus empregados).

As cortes americanas, por exemplo, têm sustentado esta responsabilidade baseada nesse princípio. Não se pode deixar de registrar que, no sistema do *common law*, a responsabilidade depende da presença de dois elementos: o elemento externo ou material, traduzido na conduta ou ação (*actus reus*) e o elemento interno ou subjetivo, que representa a intenção ou estado mental (*mens rea*). Ocorre que, mesmo nesse sistema, reconhecer ação e intenção a um ente abstrato, como são as pessoas jurídicas, não é um problema fácil de solucionar. Decorre disto a necessidade de construção de novos critérios de imputação das pessoas jurídicas que atendam às suas especificidades, como é o caso da responsabilidade vicariante.

Por outro lado, sob o enfoque da doutrina em causa, não é necessário que o empregado tenha como único propósito beneficiar a companhia a qual pertence, porque as cortes têm decidido que, muitas vezes, os empregados agem em seu próprio proveito/benefício,⁹⁵ não importando o lugar que ocupam na estrutura hierárquica da empresa. Sob o enfoque da responsabilidade criminal empresarial, até mesmo a conduta do mais simples empregado de uma empresa pode ensejar a responsabilidade desta, desde que tenha sido demonstrada alguma falha ou descuido na estrutura da empresa que poderia ter evitado/prevenido a prática da conduta criminosa de seu empregado.

Nesta senda, na semelhança entre o programa de *compliance* e a implementação de medidas de controle interno, dentro da atividade de autorregulação empresarial, está o fio condutor que levará à utilidade factual do programa sob o ponto de vista penal. Nesta linha, Bock chega a afirmar que não se exige uma configuração especial em relação às medidas de *compliance*, uma vez que este diz respeito ao implemento de uma autorregulação regulada por

⁹⁵ HAN, Hywean; WAGNER, Nelson. Twentieth survey of white-collar crime: corporate criminal liability. *Am. Crim L. Rev.*, n. 44, p. 337-342-43, 2007. *United States v. Automated Med. Labs. Inc.*, 770F2d399, 407 (4th Cir.1985); and *United States vs. Bainbridge Mgmt.L.P.*, Nos 01 CR 469-1, 01 CR 469-6, 2002, WL 31006135 at *4 (N.D III. Sept. 5,2002).

parte das empresas.⁹⁶

É nesse cenário de aferição da responsabilidade da pessoa jurídica que entra a importância do *Compliance* como uma das maneiras de atenuar, ou até mesmo excluir, a responsabilidade da pessoa jurídica, através de programas efetivos e capazes de prevenir e evitar no futuro a ocorrência de delitos. Contudo, a pura e simples existência do *Compliance* na empresa- sem o preenchimento de todos os requisitos exigíveis- não possui o condão de imunizá-la de responsabilidades quando os empregados, agindo no âmbito de suas atribuições, violarem a lei.

No sistema norte-americano, o manual dos procuradores federais se alinha a esse entendimento, afirmando categoricamente que a existência do programa de *Compliance* não justifica a decisão de deixar de responsabilizar a empresa pela conduta criminosa de seus agentes: *However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and itself, to justify not changing a corporation for criminal misconduct undertaken by its officers, directors, employees or agents.*⁹⁷

A evolução da responsabilidade empresarial e os debates travados ao longo das últimas décadas experimentaram três estágios de desenvolvimento que foram fundamentais para a construção teórica do conceito de responsabilidade corporativa. Observa Weismann: 1) O conceito de responsabilidade empresarial foi consolidado não apenas como marco teórico, mas como um importante aspecto prático a ter grande peso para determinação das sanções impostas as empresas; 2) Estabeleceu-se um *link* entre a relevância política do debate e a possibilidade de imposição de sanções às empresas; 3) Os conceitos tradicionais de responsabilidade individual foram adaptados para a responsabilidade criminal empresarial, especialmente diante do significado social das empresas.⁹⁸

Para a redefinição da responsabilidade empresarial, em especial a responsabilidade vicariante,⁹⁹ é importante a definição de *standards* legais de responsabilidade. A grande questão a ser colocada é a seguinte: o que a empresa poderia razoavelmente fazer para prevenir e deter a conduta criminosa de seus empregados? A empresa tomou todas as medidas

⁹⁶ BOCK, Dennis. *Compliance*. Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo-Saad. Op. cit. p.113.

⁹⁷ Entretanto, a existência de um programa de *compliance* não é suficiente, isoladamente, para justificar uma decisão de não acusar criminalmente uma corporação pela conduta criminosa de seus oficiais, diretores, empregados ou agentes. Tradução livre.

⁹⁸ WEISMANN, Andrew. A new approach to corporate criminal liability. Indiana/EUA: **Law Journal**, Indiana, p. 411-427, 2007.

⁹⁹ O direito civil brasileiro reconhece a responsabilidade vicariante. Nesse sentido, o art. 932 do Código Civil prevê a obrigação de reparação de danos por atos ilícitos praticados por outrem.

razoáveis necessárias para evitar a conduta criminosa de seus empregados? A empresa foi diligente nos seus deveres/responsabilidades de monitoração interna?

A adoção ou não de programas de *Compliance* e a responsabilidade da pessoa jurídica estão ligadas por critérios de íntima correlação. Nesse diapasão, além da criação de situações de risco gerado pela própria atividade da pessoa jurídica e da permissibilidade ou não do incremento da situação geradora da maior possibilidade de ocorrência de práticas ilícitas, deve-se enfrentar a questão da causalidade determinadora dessa situação, antes mesmo de se falar em níveis de responsabilidade. Isto implica indagar: a falta de um programa de *Compliance* efetivo e eficiente contribuiu de alguma forma para a produção do resultado jurídico?

Nesse diapasão, também pra os delitos de perigo, ocorre uma modificação do mundo exterior, pois há algo novo que não se exigia antes, que é justamente a própria situação de perigo gerada, ou seja, a probabilidade de que ocorra em razão dela a produção de um resultado danoso. Nesse sentido, são oportunas as observações de Hernando Avelado:

En el plano estrictamente lógico y cual, la única teoría correcta, la única admisible, es la teoría da equivalencia de condiciones o la condicio sine qua non. Si suprimimos mentalmente la conducta considerada y comprobamos que, con tal supresión, el resultado queda también eliminado, hacemos acreditado la existencia del vinculo causal entre la conducta y el resultado(...) No se debe confundir la relación de causalidad con la responsabilidad penal. La relación causal es condición necesaria, mas no suficiente de la responsabilidad penal.¹⁰⁰

Outra discussão paralela gira em torno da aplicabilidade ou não do princípio *nemo tenetur se detegere* e de outras garantias fundamentais do Direito Penal liberal, nos casos de responsabilidade empresarial. A questão que se coloca é a seguinte: Se as empresas processadas criminalmente podem invocar o referido princípio para deixar de colaborar na descoberta da verdade dos fatos?

Nos Estados Unidos da América do Norte, as pessoas jurídicas não estão amparadas pela Quinta Emenda, isto é, elas não têm o direito a não se auto-incriminar. Em hipótese de ser-lhes exigido um documento ou informação pertinente à investigação, seja pelo Ministério Público norte-americano, seja pelo Departamento de Justiça (*U.S. Justice Department*), não é permitido à pessoa jurídica furtar-se a exibir a documentação exigida, mesmo que isso possa vir a incriminá-la posteriormente.¹⁰¹

¹⁰⁰ AVELEDO, Herando Gresonti. Op. cit. p.101.

¹⁰¹ GARRET, Brandon L. **Too big to jail**: how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 92.

Entende-se que o princípio da não-autoincriminação não pode ser invocado por empresas processadas pela prática de atos de corrupção para eximir-se de atender a uma requisição/notificação dos órgãos persecutórios.

Ademais, tanto o DOJ (*Department of Justice of the EUA*), como a SEC (*Securities Exchange Commission*) não adotam uma posição radical, ou seja, no sentido de que a simples conduta ilícita de um empregado seria suficiente para garantir a responsabilidade da empresa. Reconheceram a possibilidade de atenuação/exclusão da responsabilidade da empresa em decorrência de um efetivo programa de *Compliance*, em importantes casos ocorridos nos E.U.A.

O DOJ reconhece que é inadequada a responsabilidade criminal empresarial quando a empresa realiza todas as medidas razoáveis para controlar a conduta criminoso de seus empregados, não havendo sentido na responsabilização criminal no caso de haver um efetivo programa de prevenção que pode razoavelmente deter ou prevenir as condutas criminosas, pois o objetivo preventivo estará satisfeito. O mesmo ocorre no caso da companhia ter adotado, ao tempo da prática da conduta criminoso, uma séria de medidas que, no sistema americano, tenham sido consideradas satisfatórias, demonstrando a empresa estar absolutamente comprometida com os propósitos da lei penal.

A importância da existência de programas de *Compliance* como um fator mitigador de responsabilidade também tem sido levado em conta pela SEC, que possui, conjuntamente com a DOJ, competência para processar atos de corrupção no campo não criminal, aplicando sanções civis por violações ao *Foreign Corrupt Practices Act* (ou FCPA) com relação às empresas emissoras. São consideradas como empresas emissoras aquelas que tenham ações ou que tenham de apresentar relatórios perante a SEC.

A restituição e ressarcimento das vítimas dos crimes também tem sido considerados propósitos firmes tanto do *Congress Statues quanto da U.S Sentencing Guidelines*.¹⁰² As *Guidelines* deixaram de ter aplicação obrigatória após o julgamento do caso *U.S v. Booker* (Suprema Corte dos Estados Unidos, 543 U.S., 220,2005), mas seus critérios continuaram sendo observados na determinação das multas negociadas pelo Departamento de Justiça norte-americano nos acordos em DPAs (*Deferred Prosecution Agreements*) e NPAs (*Non Prosecution Agreements*).

No contexto norte-americano, a Suprema Corte vem discutindo os parâmetros a

¹⁰² 18. U.S.C § 3553 (a). In: WEISSMANN, Andrew. *A New Approach to Corporate Criminal Liability*. Article appeared in the *Indiana Law Journal as Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82. IND., 2007, L.J 411-427.

serem adotados para consagração da responsabilidade corporativa e, conseqüentemente, determinando os princípios aplicáveis. Dentre tais *standards*, destaca-se a análise sobre a intenção da conduta do empregado autor do ilícito. Se a conduta objetivou beneficiar a empresa, o foco de responsabilização pode ser direcionado para a empresa, não importando o seu tamanho, tampouco a hierarquia do empregado na estrutura empresarial. Porém, esse critério do proveito/benefício para a empresa com o cometimento da conduta ilícita de seu empregado *de per se* não é suficiente para a caracterização da responsabilidade empresarial.

Dessa maneira, a responsabilidade somente será estabelecida se o empregador incentivar/estimular a conduta ilícita de seu (s) empregador (es), e/ou compactuar com a conduta deste (s), nada fazendo para preveni-la ou evitá-la. Obviamente que o ônus probatório de demonstrar a ocorrência dessas situações caberá ao órgão de acusação, a quem caberá provar a ocorrência da verificação dessas situações, apoiado em fatos concretos que confirmam lastro probatório às acusações.

Assim, para se alcançar a reconstrução histórica dos fatos, em especial de fatos criminosos, poder-se-á falar em um processo de determinação da verdade empírica dos fatos¹⁰³, alcançada com os mesmos meios cognoscitivos e argumentos racionais.

Ainda, no âmbito de um programa de *compliance* empresarial, uma questão interessante a ser analisada é a possibilidade ou não do reconhecimento da posição de garante dos dirigentes e/ou do *compliance officer* (responsável pelo programa de *compliance* da empresa), o qual atua por delegação de funções/atribuições do titular da empresa. Ainda, a responsabilidade de um tem o condão de implicar na exclusão da responsabilidade do outro ou existe a possibilidade de responsabilidade concorrente? Isso leva a tratar de forma autônoma e independente as responsabilidades dos autores diretos da infração, dos responsáveis pela direção e daqueles que administram o programa de *compliance*.

À luz do direito pátrio, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro),¹⁰⁴ apresenta algumas disposições aplicadas na resolução dos casos da responsabilidade por omissão.

¹⁰³ Não confundir com a chamada verdade real dos fatos, invocada inúmeras vezes no processo por juízes e promotores para justificar a adoção de medidas pouco ou sem qualquer comprometimento com as garantias fundamentais decorrentes das regras do devido processo legal. É o mito da verdade real que afasta o regramento convencional, constitucional e ordinário do juiz para fundamentar a produção de provas *ex officio*, mesmo antes de deduzida a acusação. In: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158.

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 29.mar.2016.

Com efeito, o art. 13, §2º, assim prevê:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. E mais. Estabelece que o dever de agir incumbe a quem tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou que com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Evidentemente que o *compliance officer* não pode e não deve assumir todas as responsabilidades da empresa, senão ele próprio seria o principal executivo da companhia. As responsabilidades serão somente aquelas que lhes foram transferidas por delegação dos órgãos diretivos da empresa, na esfera de suas atribuições, em especial a responsabilidade de vigilância pelas áreas de risco e de condutas limites da empresa, passando as informações necessárias para o órgão delegante, ao qual caberá, ao fim e ao cabo, definir as políticas de atuação no mercado empresarial da pessoa jurídica.

Assim, a magnitude das funções do *compliance officer*, dentro de um programa de *Compliance* empresarial, pode ensejar consequências jurídicas administrativas, cíveis e penais, no limite de suas atribuições, na função de garante.

Pode ocorrer a atribuição de responsabilidade a um *senior officer* de uma companhia em co-autoria com um empregado ou outra pessoa ligada de qualquer forma à empresa, por atos por estes últimos cometidos, sem a participação direta daquele. Nesse sentido, o artigo 130 da *Ordnungswidrigkeiten*¹⁰⁵ estabelece a omissão de controle, de organização e de vigilância como infração específica, obrigando o titular de uma empresa a vigiar os controladores, de maneira que ele não se exonera por completo do dever de vigilância.

Na prática, o grau de contato ou controle do *senior officer* serão fatores determinantes na avaliação de sua eventual responsabilidade pessoal. É possível sua responsabilidade por omissão, nos casos em que tenha deixado de agir para evitar a ocorrência do resultado, ou devendo ter conhecimento do ato ou talvez suspeitando que alguém esteja corrompendo órgãos públicos, por meio da empresa, deixou de adotar as medidas necessárias para evitar/impedir que o resultado ilícito se concretizasse.

Na condição de *senior officer*, incluem-se, dentre outros, os diretores, gerentes, secretário-geral ou outra pessoa com responsabilidade dentro do corpo empresarial. Os diretores de fato também podem estar incluídos nessa categoria. As condutas acessórias são

¹⁰⁵ Lei de Contravenções da Alemanha. Disponível em: <https://www.bussgeldkatalog.org>. Acesso em 02.ago.2017.

praticadas geralmente nas modalidades de auxílio, ajuda, conselho ou participação no cometimento de algum crime praticado. O crime de corrupção, seja na forma ativa ou passiva, pode levar a esse tipo de responsabilidade ¹⁰⁶. Se a empresa foi beneficiada com o ato de corrupção de seu empregado e não havia programa de *compliance* no seu âmbito ou esse foi ineficiente na prevenção do ato criminoso, a responsabilidade empresarial estará configurada.

De outra banda, representando o contexto norte-americano, para que uma empresa atuasse no mercado imobiliário americano seria necessário que os seus executivos *Chief Executive Officer* (CEO) e *Chief Financial Officer* (CFO) assinassem documentação hábil e demonstrassem seu reconhecimento em face das imposições a que ficam, então, submetidos. Assim sendo, assumindo tal responsabilidade, tornam-se responsáveis, mesmo penalmente, por ilegalidades ali verificadas. A mensagem era clara: *If you want to get access to our capital market you are kindly invited. Its regulation and the sanctions in case of noncompliance are decided by us.*¹⁰⁷

Em outras palavras, respondendo às provocações iniciais, conclui-se parcialmente que: a) o *compliance officer* tem o dever de garante delegado, devendo, portanto, responder por eventuais omissões, nos limites de suas funções; b) isso não implica dizer que o delegante excluir-se-á de suas próprias atribuições, ao revés, ele continua com suas faculdades, dentre elas, a de fiscalizar, na medida do possível, o papel desempenhado pelo delegado nas suas respectivas funções.

Para que a responsabilidade por atos de terceiros (responsabilidade vicariante/vicarial) ocorra, é necessário que o ato de corrupção tenha sido autorizado pela empresa beneficiada ou tenha ciência de que tal ato seja ou seria realizado. As autoridades norte-americanas têm considerado, para esse propósito, a ignorância deliberada pela empresa diante de uma situação na qual haja uma alta probabilidade da prática ou cometimento de um ato de corrupção, também como critério aferidor para definição de responsabilidades.

É a chamada cegueira deliberada ou *Wilfull blindness*, postura também conhecida como *stick the head in the sand*. Pela teoria em questão, o agente deveria supor que a conduta infratora tinha alta probabilidade de ocorrer. Mesmo assim, nada fez para evitá-la, quando podia e devia ter agido para impedir a ocorrência do resultado. *Mutatis mutandis*, a situação se assemelha ao nosso dolo eventual. Neste, o agente prevê o resultado como provável ou

¹⁰⁶ FISCHER, Q. C. Jonathan. Overview of the UK Bribery Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 138.

¹⁰⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo-Saad. Op. Cit. p. 249.

possível, mas, apesar de prevê-lo, age, aceitando o risco de produzi-lo. O Código brasileiro reúne as duas modalidades sob a mesma definição do crime doloso.¹⁰⁸

Ponderando sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira, Bottini objeta a utilização do conceito comissivo por omissão, mencionando que:

(...) nos crimes de lavagem de dinheiro, nota-se uma progressiva utilização da omissão como forma de atribuir aos dirigentes de instituições financeiras e empresas a responsabilidade penal pela prática do delito. A presunção de um dever de garantia, muitas vezes, é usada muitas vezes como instrumento de superação das dificuldades probatórias da participação efetiva e ativa dos dirigentes em atos de lavagem. E tal uso - em alguns casos - em especial se considerado suficiente o dolo eventual ou a cegueira deliberada para a tipicidade - aproxima-se da responsabilidade objetiva, uma vez que permite punir por lavagem de dinheiro o diretor de uma entidade apenas pelo fato de não impedir que funcionários pratiquem atos, dos quais, muitas vezes, sequer tenham conhecimento direto ou efetivo. Por isso necessária cautela no reconhecimento da omissão imprópria, cuja aplicação se dá apenas nas hipóteses legais (...).¹⁰⁹

Nos Estados Unidos da América do Norte, o precedente do caso Bourke¹¹⁰ ajuda a compreender e entender como as autoridades norte-americanas interpretam o conceito de ciência à luz da teoria do *Wilfull blindness*, considerando, também, a percepção de corrupção no local onde o negócio foi ou seria realizado e também a reputação daquele com quem se faz o negócio.

Quanto à responsabilidade própria ou por atos de terceiros, no Continente Europeu a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça da União Europeia e alguns julgados da Corte Superior Regional dos Apelos Administrativos reconhecem que as pessoas jurídicas têm deveres próprios de agir de acordo com as leis e regulamentos, e, assim, de conhecer o direito em vigor. O mesmo é verdadeiro, *mutatis mutandis*, para a responsabilidade por negligência.¹¹¹

A jurisprudência do *Common Law* construiu, a seu turno, a teoria de uma culpa empresarial reativa (*reactive corporate full*), baseada na reação da pessoa jurídica após o cometimento de um fato criminoso por parte de um dos seus empregados.¹¹²

¹⁰⁸ Art. 18. Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo.

¹⁰⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos legais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

¹¹⁰ O caso envolvendo Frederic Bourke Jr. e outras pessoas físicas e jurídicas refere-se ao pagamento de propina a oficiais do governo do Azerbaijão a fim de que a privatização da SOCAR (empresa estatal do setor do petróleo) fosse realizada e que eles pudessem participar desse processo de privatização que, no final da década de 1990, o então presidente daquele país, Heydar Aliyev, estava empreendendo.

¹¹¹ Portal Europeu da Justiça. Jurisprudência da UE. Disponível em https://europa.eu/cort-justice_pt. Acesso realizado durante os meses de junho e julho de 2017.

¹¹² FISSE, Brent. *Reconstructing Corporate Criminal Law: deterrence, retribution, fault and sanctions*, 56. S. Cal. L. Rev. n. 1141, 1982/1983, pp. 1196-1197.

Os modelos de responsabilidade empresarial podem ser assim divididos:

a) Responsabilidade por ato próprio. No caso específico do setor empresarial, essa responsabilidade, em regra, decorre das ações das pessoas do alto escalão da empresa, os chamados "*senior officers*".

b) Responsabilidade por atos de terceiros. Obriga as empresas pelos atos de cada um dos indivíduos que agem em seu nome, sendo seu fundamento teórico o conceito de responsabilidade vicarial.

Em ambos os modelos acima referidos, a organização empresarial defeituosa é o ponto principal que fundamenta e justifica a responsabilidade, ligada que à ideia de vigilância.

113

Desta forma, a eficácia de um programa de *compliance* dependerá da avaliação judicial no caso concreto, para se saber se naquela situação específica de descumprimento normativo a prévia existência do *compliance program* foi capaz de evitar e/ou prevenir a prática do delito, a demonstrar que a empresa foi diligente e vigilante em relação às situações de possíveis violações das leis, a torná-la, por tal razão, merecedora de isenção e/ou abrandamento da sanção a ser-lhe imposta.

2.4 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS NA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

Considerando a intervenção cada vez maior do Estado, tem-se que essa intervenção somente se legitima se estiver acompanhada da racionalidade e justiça da própria intervenção, *de per se*, e que perpassasse necessariamente pela elaboração de uma teoria geral do garantismo, tendo como pressuposto metodológico a separação entre o Direito e a Moral e, de maneira geral, entre o ser e o dever ser.

Como explica Ferrajoli, a doutrina da separação entre o Direito e a Moral reflete o processo de secularização do Direito e da cultura jurídica, particularmente penal, que se desenvolveu paralelamente ao nascimento do Estado Moderno.

Conforme as palavras do autor:

La doctrina de la separación entre el derecho y la moral, tal y como resulta del conjunto de proposiciones asertivas y prescriptivas analizadas hasta el momento,

¹¹³ GARCÍA, Severo Percy. **Derecho penal económico**: parte *general*. Lima: Griley, 2007. p. 652.

refleja el proceso de secularización del derecho y de la cultura jurídica, particularmente penal, que se desarrolló paralelamente al nacimiento del estado moderno. Ha servido para promover, en tanto que doctrina teórica, el desarrollo de una ciencia penal iuspositivista basada en el principio de legalidad y, en tanto que doctrina normativa- unida a la igualmente normativa de los derechos naturales-, la elaboración de gran parte de las garantías de libertad del ciudadano y en general de las formas del moderno estado del derecho, como sistema político sometido a reglas, límites y controles. Al mismo tiempo, la separación metacientífica entre punto de vista interno y punto de vista externo a las instituciones jurídicas y la carga de su justificación impuesta por su concepción utilitarista generaron, en la cultura liberal ilustrada, una actitud política reformadora respecto al derecho positivo vigente, permitiendo su crítica desacralizada y exenta de prejuicios, liberada de la reverencia moral o religiosa al orden constituido.¹¹⁴

Em seguida, propõe o autor um novo modelo de justificação do Direito Penal e das penas aplicáveis para violações das proibições.

[...] En primer lugar, al orientar el derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa- de las penas (informales) así como de los delitos- excluye la confusión del derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas y a las de la prevención positiva, y por consiguiente excluye su autolegitimación moralista, naturalista o sistémicamente autorreferente. En segundo lugar, responde tanto a la pregunta por qué prohibir?, como la pregunta por qué castigar?, imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes, que son respectivamente el máximo bienestar posible de los no desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de unos y otros, de la limitación de la arbitrariedad y la minimización de la violencia en la sociedad.¹¹⁵

Segundo compreende-se das conclusões do autor, isso não significa um critério de justificação das proibições penais e/ou da qualidade e quantidade das penas respectivas, mas sim, visa o garantismo proposto por Ferrajoli oferecer critérios de justificação e de orientação da própria política criminal estatal de seleção dos interesses e bens a proteger e da disciplina das reações em caso de sua lesão.

Ademais, para assegurar da efetiva supremacia dos direitos fundamentais e de seus princípios garantidores, expressos em declarações internacionais de direitos e reconhecidos por constituições democráticas, não se pode desprezar o direito do acusado ao devido processo legal e à observância do contraditório e da ampla defesa, como condições fundamentais para a legalidade/legitimidade das sanções que possam ser-lhe infligidas.

Falando-se em responsabilidade, não se pode desprezar a necessidade de observar a necessária preservação de um sistema de garantias dos direitos fundamentais dos envolvidos,

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 8ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Afonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rócio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 225.

¹¹⁵ Ibidem. p. 336.

especialmente em um cenário de criminal *compliance* decorrente da apuração de violações à lei penal, sendo que uma coisa são as garantias constitucionais e outra são os direitos que estas garantias visam tutelar.

Para Ferrajoli, o sistema de garantias é estruturado numa relação biunívoca. São dois sistemas de garantias, entre os quais há uma íntima relação, tanto no plano estrutural como funcional, na medida em que as garantias penais só conseguem ser efetivas quando forem objeto de um juízo e/ou processo criminal no qual restam asseguradas *al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control*.¹¹⁶

Nesse ponto, pode-se fazer uma distinção entre as garantias penais substanciais e garantias processuais instrumentais. Nas primeiras, incluem-se questões da conduta, ofensividade, culpabilidade, estrutura dos tipos penais, etc. Dentre essas últimas, destaca-se a jurisdicionalidade como a principal garantia e que constitui o pressuposto de todas as demais, expressa no brocado latino *nulla pena sine iudicio*, possuindo uma garantia correlata, qual seja, a própria legalidade.

*El nexo entre sistemas de garantías penales y sistemas de garantías procesales, que ya se ha puesto de relieve, se manifiesta además en la perfecta correspondencia de la alternativa entre garantizo y substancialismo- ilustrada en los capítulos precedentes a propósito de la concepción de la lesión, la conducta, la culpabilidad y la estructura de las leyes penales- con la alternativa entre los dos modelos de proceso penal a que ahora se ha hecho referencia: el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, que puede llamarse cognoscitivo, y el substancialista o de mera jurisdiccionalidad, que puede llamarse decisionista.*¹¹⁷

Ferrajoli ensina ainda que *la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal*.¹¹⁸

Dessa maneira, o sistema que parece mais justo de responsabilidade empresarial é aquele focado na responsabilidade individual de cada qual por seus atos, ou seja, uma construção encadeada no foco do cumprimento normativo. No caso da pessoa jurídica, o foco de sua responsabilidade, seria a falta ou deficiência de adoção de medidas eficazes para prevenir a ocorrência desse delito (culpa pela organização).

De outro giro, não se pode desprezar o direito do réu (seja pessoa física ou jurídica) à plena e ampla defesa, com a observância intransigente dos princípios da presunção de inocência e do contraditório durante todas as etapas da fase investigativa.¹¹⁹ Nesse diapasão,

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 537.

¹¹⁷ Ibidem. p. 540.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Op. cit., p.538

¹¹⁹ A rejeição à presunção de inocência e o enfraquecimento do direito do réu à defesa atingem frontalmente a

ampla defesa e contraditório não se confundem, constituindo cada qual partes funções dentro de um mesmo gênero, o devido processo legal, o que legitima e garante a legalidade da punição imposta, desde que provadas a culpabilidade e responsabilidade do réu pela prática do ato criminoso.

O sintoma dessa relativização é enfrentado por Pellegrini Grinover aludindo a diferença entre o princípio do contraditório e a ampla defesa, não como sinônimos, mas como pressupostos de reflexão e sentidos interligados: para exercer o meu direito de defesa, precisa-se do contraditório, uma vez que também se manifesta por este e é por esse garantida. A defesa, assim garante o contraditório, mas por este se manifesta e é garantida.

Segundo os ensinamentos da referida autora:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Esta é a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.¹²⁰

A Constituição Federal brasileira de 88 consagrou, no seu artigo 5º, inciso LV, a integração do contraditório e da ampla defesa como garantias dos acusados em geral, tanto em processo judicial como administrativo, assegurando-lhe a integralidade dos meios e recursos a ela inerentes.

Correlato ao dever de vigilância que o Estado impõe, mesmo que implicitamente à empresa, por intermédio da estruturação de um adequado e eficiente programa de *compliance*, não pode menosprezar os direitos fundamentais envolvidos nessa seara. Konrad Hesse conclui que direitos fundamentais não podem existir sem deveres e que a vontade de Constituição impõe renunciarmos a alguns benefícios ou vantagens justas".¹²¹

3. MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO CENÁRIO INTERNACIONAL, COM ÊNFASE NA JUSTIÇA AMERICANA E

cláusula do devido processo legal e diversos princípios garantidores dela derivados, como a própria garantia do contraditório. KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.399.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 63.

¹²¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre:: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. pág.21.

BRASILEIRA

3.1 ASPECTOS GERAIS

O exame do direito estrangeiro revela-se de vital importância para a compreensão do tema do *compliance*, em particular do *compliance* anticorrupção, porque a lei brasileira, como visto, foi editada para atender as obrigações assumidas no plano internacional com as convenções internacionais. A esse respeito, o Relatório da Fase 3,¹²² da implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE fornece, de antemão uma avaliação internacional da legislação brasileira anticorrupção.

Os documentos e diplomas legais internacionais oriundos dos Estados Unidos da América do Norte e do Reino Unido, assim como as Boas Práticas da OCDE, exsurgem, assim, como importantes *standards* normativos que poderão dar o contributo necessário na interpretação e aplicação dos programas de *Compliance* de que trata a nova lei brasileira anticorrupção, tanto no aspecto preventivo, mediante o fornecimento de parâmetros na formatação e estruturação dos programas, quanto no aspecto repressivo, ao traçar diretrizes úteis na aplicação das sanções cabíveis em casos de violações.

*A U.S Sentencing Guidelines*¹²³ assim como também a *Good Practices on Internal Controls, Ethics and Compliance*, mencionam expressamente que, para se ter um Programa de *Compliance* efetivo, é necessário um comprometimento e suporte da alta administração da empresa aos controles internos e aos Programas de *Compliance*, levando a existência de tal programa a todos os níveis de organização da empresa.¹²⁴

A par dos preceitos gerais que são apresentados pelo Departamento de Justiça Americano (DOJ), há que se fazer referência também ao *Thompson Memorandum 125* com

¹²² BRAZIL, *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, October 2014*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em: 10 mai.2017.

¹²³ No Capítulo VII, ao tratar das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas, são previstas duas atenuantes. Uma reside no fato da empresa possuir um efetivo programa de *compliance* por ocasião da prática criminosa. Outra, consiste na pessoa jurídica confessar e cooperar com as investigações levadas a efeito pelas autoridades públicas norte-americanas. *United States Sentencing Commission*. Disponível em: <<http://www.usse.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

¹²⁴ São diretrizes produto da *Sentencing Commission* dos Estados Unidos, que foi criado pela Lei da Reforma das Penas de 1984. Disponível em: <http://www.wikipedia.org/wiki/United_States-Federal-Sentencing-Guideless>. Acesso em: 08 jun.2016.

¹²⁵ MEMORANDUM AMERICAN BAR ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.americanbar.org/content/dam/oba/migrated/polav/priorities/privilewaiver/2003>>

parâmetros usuais que são utilizados no contexto norte-americano para a determinação dos atributos que o governo acredita que sejam apropriados na avaliação de um programa de *compliance*, ou seja, para considerar que aquele determinado programa pode ou não pode ser considerado com um instrumento efetivo de prevenção e combate ao cometimento de ilícitos.

No mesmo sentido, a análise de riscos é um dos pilares centrais dos Procedimentos Adequados do *UK Bribery Act* Britânico,¹²⁶ assim como das Boas Práticas da OCDE,¹²⁷ servindo como fatores determinantes do estabelecimento de prioridades e alocação de recursos para prevenção de violações. A experiência do direito norte-americano é rica e seu contributo está em demonstrar às empresas que devem fazer algo, e como fazê-lo, para prevenir a prática de ilícitos empresariais. Ainda, de que maneira um programa de *compliance* deve estar minimamente estruturado, como a empresa deve proceder na realização de uma investigação interna e de que forma esses elementos serão avaliados pelas autoridades competentes.

Nesse sentido, observam Feldens e Dietrich:

A experiência americana, por exemplo, já possui respostas para esses questionamentos. O *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, memorando emitido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos a todos os procuradores federais, em sua redação originária (Holder Memo), já condicionava o reconhecimento da cooperação com as investigações à voluntariedade, tempestividade e relevância dos elementos de prova cedidos pela empresa (timely and voluntary disclosure of wrongdoing [...]. Provide relevant information [...] identify relevant actors). As redações subsequentes do memorando acrescentariam os requisitos da completude do compartilhamento (the complementeness of its disclosure- Thompson Memo), e, na sua mais recente revisão, a da identificação dos indivíduos responsáveis pelos atos ilícitos (completely disclosure to the Department all relevant facts about individual misconduct) (Yates Memo).¹²⁸

Como registrado acima, os *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, memorando emitido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos a todos

jan.privwaiv.dojthengeautcheckdam.pdf> Acesso em 24 mai.2016.

¹²⁶ O Bribery Act do Reino Unido, editado no ano 2010, é o considerado o mais rígido diploma legal em vigor sobre corrupção no mundo.

¹²⁷ Good Practices Guidance foram criadas pelo Conselho da OECD, como parte integrante das Recomendações da Convenção para o combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais. A Convenção citada é de 26 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://www.oeca.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>>. Acesso em 07 dez.2016 OECD: *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in international business transaction*.

¹²⁸ FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano, ESTELITA, Heloísa, WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.) **Direito penal econômico e empresarial**: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito/ SP. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. pp. 51-52.

os procuradores federais,¹²⁹ apresenta alguns *standards* a serem levados em conta pelos promotores americanos no momento de decidir se processam a empresa, ou somente seus agentes e empregados:¹³⁰

[...] determinar se o programa de Compliance da empresa é meramente um "programa de papel" ou se foi construído e implementado de forma efetiva. Além disso, os promotores devem determinar se a empresa disponibilizou pessoal suficiente para analisar, documentar, analisar e utilizar os resultados dos esforços de Compliance da empresa. Ademais, os promotores devem verificar se os empregados da empresa estão adequadamente informados sobre o programa de Compliance e convencidos do comprometimento da empresa em relação a ele. Isso permitirá que o procurador tome uma decisão informada sobre se a empresa adotou e implementou um programa de Compliance verdadeiramente efetivo, o qual, quando consistente com outras políticas federais de aplicação da lei, podem resultar em uma decisão de processar apenas os empregados e agentes da empresa.¹³¹

A importância desses institutos internacionais, oriundos principalmente da experiência norte-americana, para o sistema brasileiro de medidas anticorrupção advindas com a lei da empresa limpa (LACE) decorre justamente da ausência de dispositivos claros e precisos no sistema jurídico local, tanto na Lei 12846/13, quanto no seu Decreto Regulamentador (Decreto nº 8420/15).

O mesmo ocorre em relação às investigações internas privadamente desencadeadas pelas empresas, em que a ausência de elementos mínimos sobre o que deve constar na aludida investigação, como esta será conduzida, os limites investigatórios e sobre o que as autoridades competentes considerarão relevantes nos processos oficiais desencadeados contra as empresas, remete a um cenário de ausência de parâmetros legais, a gerar angústia e incerteza

¹²⁹ A redação originária do memorando data de 1999. Sua finalidade é a padronização dos requisitos para o oferecimento de denúncias em desfavor de empresas. WILKINSON, B. The principles of federal prosecution of business organizations: a ten-year anniversary perspective. *NYSBA Inside*, v. 27, n. 2, p. 8, 2009.

¹³⁰ *O Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, editados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem como prioridade traçar as diretrizes para o processamento e atuação em crimes corporativos. No título 9-28.800 há referência aos programas de *Compliance* corporativos (*Corporate Compliance Programs*), constando que os *Programas de Compliance* são estabelecidos pelas corporações no gerenciamento da prevenção e detenção de ilicitudes e para assegurar que as atividades da corporação sejam conduzidas em conformidade com as leis civis e criminais, com os regulamentos e com as regras aplicáveis. Disponível em: <<http://www.justice.gov>>. Acesso em: 10 jun.2016.

¹³¹ UNITED STATES DE PARTAMENT OF JUSTICE. **Principles of federal prosecution of business organizations.** Seção VII-B (tradução livre). Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/08/28/corp.-charging-guidelines.pdf>>. Acesso em 31 jan.2016.

para o empresariado nacional.

Nos Estados Unidos da América do Norte, o documento denominado *U.S Sentencing Guidelines* fornece *standards* interessantes às autoridades americanas no tocante à aplicação de sanções a serem impostas às empresas infratoras das leis anticorrupção, estabelecendo os montantes de redução da pena em função da existência de programas de *compliance*, bem como oferece uma relação mínima de elementos que os referidos programas devem apresentar para que possam ser considerados efetivos, quando da fixação da pena pelas sentenças prolatadas pelos juízes americanos nos casos envolvendo organizações empresariais.

A versão atualizada da *U.S Sentencing Guidelines*¹³² também inclui a análise de risco como um dos elementos essenciais em programas de *compliance*, prevendo que as empresas devem conduzir avaliações de risco, periodicamente, adotando as medidas adequadas para o fim de estruturar, implementar e modificar cada elemento de seus programas, de molde a reduzir os riscos de violações.¹³³

No *U.S Sentencing Guidelines*, em 2010, foi incluído o item da obrigação da alta administração apresentar suporte adequado para a efetividade do programa de *compliance*, enfatizando a importância de fornecer aos responsáveis acesso direto aos órgãos de governança da empresa, reportando assuntos que envolvam a prática de ilícitos.

As alterações promovidas na *U.S Sentencing Guidelines* também inseriram menção expressa à importância de que os profissionais responsáveis pelo programa reportem, periodicamente, aos órgãos de governança corporativa, quaisquer questões relacionadas às práticas ilícitas (v.g., investigações internas em andamento, discussões acerca da evolução ou mudanças na legislação anticorrupção, e outros assuntos correlatos).^{134 135}

¹³² *The original version of the Guidelines contained provisions for sentencing organizations convicted of antitrust violations. Ver em: U.S SENTENCING GUIDELINES MANUAL, § 2R1. (0) (1987); 52 FED REG. 18046, 18,049 (May, 3, 1987). Although promulgated on May, 1, 1987, the original guidelines became effective on November 1, 1987, See U.S.C. § 994(p). 1994.*

¹³³ A versão original do *US Sentencing Guidelines*, de 1991, não continha item especificamente relacionado à realização da análise de risco como um dos elementos essenciais em programas de *Compliance*. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 187.

¹³⁴ Em 2003, o Congresso Americano aprovou a *Emenda Feeney à LEI PROTECT*. Essa alteração teria totalmente reescrito a *Sentencing Guidelines*. Em decisão de 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos em *United State v. Booker* considerou que as orientações violam a Sexta Emenda (julgamento pelo Júri). Assim os juízes federais não estão mais obrigados a emitir sentenças no âmbito das orientações. Elas agora são apenas consultivas.

¹³⁵ MURPHY, D.E. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a decade of promoting compliance and ethics. **Iowa Law Review**, Iowa, v. 87, n.2, 2002. p. 699. Diana E. Murphy busca analisar como as *Guidelines* organizacionais previram incentivos para a realização de programas de *compliance* e auxiliaram as organizações na construção de um efetivo programa de *compliance* hábil a promover um comportamento ético-empresarial. As *guidelines* organizacionais não apenas incentivam a mudança de comportamentos

Não obstante tenham perdido sua eficácia vinculante para as decisões dos juízes federais, a partir do caso *US v. Booker*,¹³⁶ é indiscutível a influência das *guidelines* especialmente na celebração de acordos pelos DOJ (Departamento de Justiça norte-americano) e na forma/maneira como os promotores americanos vêm conduzido as negociações dos DPAs - *Deferred Prosecution Agreements* e NPAS - *Non Prosecution Agreements* com as empresas envolvidas em atos de corrupção por violação do FCPA e/ou práticas de outras condutas ilícitas.

Passar-se-á, no presente capítulo, a relacionar a legislação brasileira, com suas características, às normas americanas, buscando a solução de questões pátrias, bem como o desenvolvimento e questionamento de institutos comuns aos cenários jurídicos confrontados.

3.2 A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Assim chamada Lei Anticorrupção Empresarial (LACE), a Lei nº 12.486, de 01 de agosto de 2013, regulamentada pelo Decreto 8420, de 18 de março de 2015, tem por finalidade responsabilizar as pessoas jurídicas, devidamente constituídas pela lei civil, de maneira objetiva, pela prática de atos de corrupção junto ao Poderes Públicos, abrangendo as esferas diretas e indiretas do Executivo, Legislativo e Judiciários, nas três instâncias da Federação.

A Lei 12.846/2013 optou pela responsabilização administrativa de empresas e administradores por atos de corrupção contra a Administração Pública Nacional e Estrangeira, sob o argumento de que esta via é mais célere e efetiva do que a esfera criminal.¹³⁷ A lei prevê, de forma cumulativa, a responsabilização civil, com o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário.

Nosso diploma normativo inovou em diferentes aspectos: a) no esforço em recuperar ao erário aquilo que foi indevidamente apropriado pelas pessoas física e jurídica, através da previsão da dupla responsabilidade administrativa e civil;¹³⁸ b) incentiva as empresas a adotar

organizacionais, mas também buscam atingir os principais objetivos do Ato de Reforma (Sentencing Reform Act).

¹³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States, U.S v. Booker* (543, U.S., 220), 2005.

¹³⁷ Exposição de Motivos da Lei 12.846/2013, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.ago.2017.

¹³⁸ Os arts. 6º ao 15 da Lei 12846/13 vão tratar da responsabilização na esfera administrativa. A responsabilização judicial é prevista nos arts. 18 a 21

mecanismos e procedimentos de integridade, os chamados sistemas de *compliance*; c) adota sanções severas a serem impostas aos agentes econômicos; d) assim como também mostra-se inclinada a negociar as sanções nas hipóteses em que haja uma verdadeira possibilidade de identificação de outros agentes envolvidos em atos de corrupção, fortalecendo a luta contra a corrupção no Brasil, através do acordo de leniência.¹³⁹

Carvalhosa, discorrendo sobre os objetivos da presente lei, assim assevera:

Tem, outrossim, o Diploma, por finalidade estabelecer normas regulamentares (artigo 7º, parágrafo único) de conformidade (*compliance*) no seio das pessoas jurídicas, através da adoção de códigos de ética; processos de análise de riscos de desconformidade; de treinamento e auditoria interna com os poderes de verificação do mérito das transações praticadas ou por praticar e, ainda, serviços de prevenção (inteligência), tudo visando o combate da corrupção junto ao Poder Público.¹⁴⁰

Com efeito, a lei em epígrafe veio a suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro, especialmente para os fins de atender aos propósitos/compromissos firmados pelo Brasil, em nível internacional, para prevenção/punição de atos de corrupção pública. Inclusive, veio consolidar a ratificação dos seguintes mecanismos internacionais: (i) a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico- OCDE, de 1997 (ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 3.678, de 2000), expressamente remida no art. 9º da presente Lei; (ii) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (ratificada pelo Decreto n. 4.410, de 2002); e (iii) a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003 (Decreto n. 5.687, de 2006).

Cabe destacar que no Brasil, a aprovação da Lei de Combate ao Terrorismo¹⁴¹ ocorreu por pressões internacionais do GAFI, no sentido da necessidade da tipificação do crime, o que permitiria uma atuação estatal mais ampla com a adoção de penas acessórias, como confisco de bens e ativos financeiros destinados a seu financiamento.

Por outro lado, não se desconhece a existência prévia de leis no ordenamento jurídico brasileiro que já estabeleciam sanções aplicadas às pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos de corrupção, especialmente através das práticas de atos e contratos com

¹³⁹ A esse respeito importante destacar o artigo de ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do Processo de responsabilização através do acordo de leniência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4, n.1, pp. 170-203, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 30.jan.2017.

¹⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846 de 2013 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

¹⁴¹ BRASIL. *Lei nº13.260, de 16 de março de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 23 jan.2017.

setores do poder público.

A esse respeito, havia ações legais simultâneas e independentes para as pessoas jurídicas, com base em diferentes legislações¹⁴² constituindo-se em um microsistema legislativo de diplomas legais dos quais poder-se-ia lançar mão o intérprete e aplicador do direito para a defesa e proteção da moralidade da Administração Pública Brasileira. Observa-se que muitos dos dispositivos do artigo 5º da Lei 12846/13, de caráter civil, aproximam-se dos crimes praticados por particular contra a administração pública - como é o caso da corrupção ativa - e também dos tipos penais previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993).

A recente Lei Anticorrupção apresenta caráter inovador no sistema jurídico nacional na medida em que adota a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas em razão da prática de atos de corrupção contra a administração pública nacional e estrangeira (art. 1º). Assim a autoridade julgadora apreciará a atuação/comissão pura ou a eventual omissão/comissão omissiva diante da possibilidade de ser evitado o fato corruptivo, prescindindo de qualquer juízo de índole subjetiva da pessoa jurídica envolvida no ato.

Nesse sentido, Carvalhosa leciona o seguinte:

Na teoria da imputação objetiva, o que caracteriza o delito é a verificação de como deveria a pessoa jurídica ter se comportado diante das circunstâncias concretas de seu relacionamento com o Poder Público em cada caso particular, cuja antijuridicidade está elencada no artigo 5º. Assim, o que a autoridade administrativa julgadora aprecia é a proatividade (comissão pura) ou a evitabilidade (comissão omissiva) no que diz respeito aos fatos corruptivos apurados, no caso concreto. Destaca-se, portanto, o caráter subjetivo da intenção dolosa. Julga-se pelo dano que a conduta corruptiva ativa ou omissiva da pessoa jurídica produziu ao bem jurídico, ou seja, ao Estado e, via de consequência, à sociedade, à coletividade.¹⁴³

A atuação comissiva ou omissiva da pessoa jurídica à luz da Lei Anticorrupção, é dirigida unicamente à consecução de seu objeto social, previsto em estatuto ou contrato social, para cuja execução não entram em consideração aspectos psicológicos, próprios do universo/natureza das pessoas físicas.

Por esta razão, as condutas das pessoas jurídicas no cumprimento de sua finalidade

¹⁴² BRASIL, Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429 de 1992), Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613 de 1998), Lei de Parceria Público-Privado (Lei 11.079, de 2004), Lei Antitruste (Lei n. 12.529, de 2011), Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei n.8.078, de 1990), na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 2000), na Lei Complementar sobre o Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar n. 105, de 2000), na Lei do Mercado de Capitais (Leis n.728, de 19 4 65 e n. 6.385 de 1976).

¹⁴³ CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. pp. 37/38.

social/estatutária são sempre objetivas, não havendo que se falar em livre arbítrio ou impulsos psicológicos na realização ou não realização de suas ações/atos que, eventualmente, venham a caracterizar violações aos dispositivos da Lei. Estes podem ser caracterizados também como delitos contra a Administração Pública, em seu sentido amplo, pois, além da pessoa jurídica corruptora, envolvem, na grande maioria dos casos, agentes públicos que integram os quadros políticos, judiciários e administrativos das diversas esferas de poder.

Embora sejam próprias, autônomas e independentes, as responsabilidades da pessoa jurídica e dos agentes públicos corrompidos, não raras vezes o delito de um é correspondente a um delito similar em relação ao outro, já que ambos procuram extrair benefícios espúrios dos órgãos da Administração Pública, seja nacional ou estrangeira.

Assim pontifica Carvalhosa:

(...) Ao delito corruptivo praticado pela pessoa jurídica, conforme a tipologia instituída na presente Lei (art. 5^a), corresponde o delito criminal da parte do agente público que, utilizando os meios próprios do Poder Público, incorre nos tipos de crimes colecionados no Código Penal. Em consequência desse paralelismo, à ação criminosa do agente público na prática de atos de corrupção deve corresponder uma ação igualmente delituosa da pessoa jurídica que, tanto quanto aquele, procura benefício ilícito no seio dos entes do Estado.¹⁴⁴

Contra-pondo-se à consagração da responsabilidade objetiva de Carvalhosa, Justen Filho, com suporte na doutrina de Franck Moderne, enfatiza:

(...) Um Estado Democrático de Direito abomina o sancionamento punitivo dissociado da comprovação da culpabilidade (...) Não se pode admitir a punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se porque alguém agiu mal, de modo reprovável, em termos antissociais. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição de penalidade, ainda quando se possa pretender a objetivação da culpabilidade em determinados casos.¹⁴⁵

Em idêntico sentido, apresenta-se a lição de Eduardo Bim sustenta:

(...) a corrente que admite a responsabilidade objetiva confunde o papel do direito administrativo sancionador ambiental com a responsabilidade civil ambiental, afirmando que o princípio da culpabilidade é também princípio do direito administrativo sancionador.¹⁴⁶

Em que pese a autoridade dos que advogam em sentido contrário, a nova Lei

¹⁴⁴ CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. pp. 42/43.

¹⁴⁵ MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005. p. 618.

¹⁴⁶ BIM, Eduardo. **O mito da responsabilidade objetiva no direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 153 e ss.

Anticorrupção consagrou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção contra a Administração pública, seja em razão da magnitude da lesão causada ao bem jurídico tutelado pela lei, seja porque a exigência da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.

Assim, a configuração do delito de corrupção contra a Administração Pública, para os fins da presente lei, prescinde de quaisquer considerações acerca da presença do elemento subjetivo dolo ou culpa.¹⁴⁷

De outra forma, a adoção do critério da responsabilidade objetiva para os julgamentos dos atos de corrupção da pessoa jurídica ocorre no bojo do processo administrativo de responsabilização (PAR), como no âmbito do processo judicial, nos termos dos Capítulos IV e V da lei nacional em vigor.

Embora a natureza exclusivamente cível-administrativa da lei comentada, muitas das condutas previstas no art. 5º tem igualdade ou similaridade com tipos penais previstos em outros diplomas. Assim, o inciso I corresponde ao crime do art. 333 do Código Penal e a alínea “a” do inciso IV corresponde ao art. 90 da Lei 8.666/93. Algumas condutas ainda podem caracterizar atos de improbidade administrativa como, por exemplo, a conduta descrita na primeira parte do inciso VIII da Lei 8.429/92. Em razão disso, um fato pode caracterizar um ilícito civil, administrativo e penal, ao mesmo tempo. Sobre a possibilidade de que esses diferentes graus de responsabilização possam ensejar violação do princípio *ne bis in idem*, esclarece Queiroz: "somente se pode falar em violação ao princípio-garantia do *ne bis in idem* quando o sujeito é punido mais de uma vez, pela mesma conduta, dentro da mesma esfera de responsabilidade."¹⁴⁸

Para uma melhor compreensão das recentes modificações legislativas no cenário brasileiro, produzidas pela edição da Lei Anticorrupção, não se pode olvidar à análise dos precedentes estrangeiros sobre corrupção para fins comparativos e nos casos que envolvam a aplicação (dis) conjunta das legislações de diferentes países.

Nessa discussão, ganha contornos inigualáveis o debate acerca da eficácia dos programas de *compliance*, partindo do pressuposto de ser esta uma prática recorrente entre as grandes empresas multinacionais, sob o viés preventivo e repressivo, em especial, nos casos de aplicação das sanções decorrentes das regras que incidem de forma/maneira

¹⁴⁷ CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p. 51.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 287.

extraterritorial, passíveis de incidência quando o cometimento dos atos de corrupção e outras práticas correlatas teriam ocorrido fora do âmbito de aplicação territorial das leis.

3.3 *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA)*

O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), diploma legislativo anticorrupção norte-americano, foi editado no ano de 1977. Antes, porém, já havia no trato da matéria o *Securities Exchange Act*, de 1934,¹⁴⁹ compilado no Título 15 do *U.S Code* (Compilação de leis federais).

O FCPA resta fundamentado ao redor de dois grandes grupos de infrações próprias e autônomas: de um lado, disposições sobre atos de corrupção propriamente ditos, relacionados a pagamentos e/ou ofertas de pagamentos e vantagens indevidas a funcionários públicos estrangeiros. De outro lado, as disposições destinadas a manter/garantir controles contábeis internos adequados, mediante a criminalização de falhas na contabilização das entradas e saídas de valores.

Assim, se, de um lado, busca-se punir a efetiva oferta e/ou realização de pagamentos a funcionários públicos estrangeiros, de outro lado, também o diploma legal em referência busca punir as empresas que deixam de manter os controles contábeis adequados, apresentando falhas ou defeitos na correta contabilização de entradas e saídas de valores. Na prática, ocorre que os contratos realizados com terceiros, quando se visa a prática de corrupção a funcionários públicos ou outros ilícitos, nem sempre revela a realidade das transações e as disposições dos ativos da empresa que o contratou, o que abre margem para a aplicação dos dispositivos contábeis e de controles internos da FCPA.¹⁵⁰

A violação a dispositivos da FCPA pode acarretar sanções criminais perante o Departamento de Justiça Americano (DOJ), sem prejuízo das sanções civis impostas pela U.S. Securities & Exchange Commission (SEC), quando ocorrerem violações a dispositivos contábeis e de controles internos da FCPA, o que poderá acontecer, inclusive, em decorrência dos atos de sua subsidiária.¹⁵¹

¹⁴⁹ US. *Securities Exchange Act*, de 1934. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>. Acesso em: 11.out.2016

¹⁵⁰ Nesse sentido, constitui-se em ilícito a dedutibilidade contábil de "surbonos" pagos no estrangeiro. SOUZA, SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*, Tese (Concurso Público Professor Titular de Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 70.

¹⁵¹ Na década de 1990, a subsidiária da International Business Machines (IBM), assinou um contrato milionário

A legislação anticorrupção norte-americana aplica-se apenas a atos cometidos/praticados no exterior, tendo sido os Estados Unidos da América do Norte o primeiro país a adotar, de forma isolada, legislação punitiva da corrupção praticada no exterior.

Sem sombra de dúvidas, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) foi a legislação pioneira da criminalização e repressão de atos de corrupção praticados no exterior. Ela decorre da necessidade de adoção de medidas após uma série de escândalos envolvendo diversas empresas poderosas, como a *Word-Com* e a *Enron*, com o escopo de conter e deter os crimes empresariais. No contexto concorrencial, a descoberta de pagamentos indevidos efetuados por empresas americanas a funcionários públicos estrangeiros, no conhecido escândalo de Watergate¹⁵², impulsionou os Estados Unidos da América do Norte a adotar uma política anticorrupção internacional, com a edição, em 1977, do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), o que tornou este país pioneiro no combate à corrupção transfronteiriça.¹⁵³

Ainda no âmbito do Direito norte-americano, cabe destacar a lei *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 que, após os escândalos referidos, buscou restabelecer a confiança dos investidores no mercado financeiro americano. A lei em questão visou proteger os acionistas com a imposição aos dirigentes de "deveres gerais e especiais de organização", para todas as empresas, sediadas ou não nos EUA, desde que tenham registradas ações junto à *U.S Securities and Exchange Commission* (SEC).¹⁵⁴

A situação, a princípio, representou para as empresas norte-americanas uma perda de competitividade de mercado em relação às empresas europeias e asiáticas com as quais concorriam na disputa de contratos estrangeiros. Estas poderiam obter tais contratos com

com o Banco de La Nación Argentina (BNA), para implantação de um sistema de informática. Em paralelo, a IBN_Argentina subcontratou a empresa CCR para prestação de serviços referentes a contrato com a BNA, Parte dos valores pagos à subcontratada foram transferidos para as contas de diversos diretores da BNA e a IBM-Argentina os contabilizou como despesas com subcontratado. A SEC considerou os registros ilegais, aplicando à matriz americana severas penas por descumprimento a dispositivos da FCPA, (SEC V. International Business Machines Corporation 00-Civ 3040 (D.D.C Dec. 21, 2000).

¹⁵² Na década de 70, quando da investigação da origem do financiamento de campanhas políticas, descobriu-se que empresas transnacionais americanas mantinham fundos escusos para subornar governos e funcionários públicos estrangeiros para a obtenção de proveito em seus negócios.

¹⁵³ Na ocasião, já se tinha a percepção de que o aumento da corrupção nas relações comerciais decorria da debilidade dos controles de fiscalização por parte das agências públicas da generalidade dos países, agregado ao poder das empresas multinacionais, cuja capacidade econômica era - e ainda é- maior do que o PIB de muitos países. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Coord.). **Direito penal internacional estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

¹⁵⁴ *A guide to the Sarbanes-Oxley Act*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com>>. Acesso em: 30 abr.2017.

governos estrangeiros, mediante o expediente da corrupção às autoridades locais, o que passou a ser vedada para as empresas norte-americanas.

Exemplo significativo ocorrido no Brasil foi o caso SIVAM. O Projeto Sivam, Sistema de Vigilância da Amazônia, foi concluído pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, em agosto de 1993, e destinava-se à preservação do meio ambiente na Amazônia, no combate ao narcotráfico, à melhoria das condições de segurança da navegação aérea e fluvial, fiscalização das reservas indígenas, guarda das fronteiras e apoio a outras atividades governamentais.

O Governo brasileiro, porém, não abriu licitação, alegando sigilo de dados relativos à aquisição de tecnologia e equipamentos de comunicação. Depois da dispensa de licitação, o Governo firmou um contrato no valor de US\$ 1,4 bilhão de dólares com o consórcio liderado pela *Raytheon Company*, uma empresa americana, o qual teve a participação direta de Bill Clinton, então presidente dos Estados Unidos, e de Ronald Brow, então Secretário de Comércio daquele país. Em seguida o grupo Esca-Engenharia de Sistemas de Controle e Automação S/A, de São Paulo se associou à Raytheon.¹⁵⁵

Isso demonstra o poder das empresas norte-americanas para celebração de contratos com órgão públicos estrangeiros, mesmo estando sujeitas à rígida fiscalização e controle por meio de uma das mais rigorosas legislações de combate à corrupção internacional.

Como resultado desse cenário de política econômica internacional, os Estados Unidos passaram a pressionar a comunidade internacional, especialmente a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para negociar um tratado que obrigasse os demais países do ocidente a adotar legislação anticorrupção similar à norte-americana. Isso teve como consequência a promulgação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Nessa época, o Senado Federal, em sessão extraordinária, aprovou um projeto autorizando o Governo Federal a contrair um empréstimo no valor de US\$ 1,4 bilhão, destinado à implantação do SIVAM. A empresa ESCA participou de uma concorrência pública da EMBRATEL usando uma certidão falsa de quitação com a Previdência Social. Esse mesmo documento foi utilizado pela empresa para assinar contratos com o Ministério da Aeronáutica. Restou comprovado, um esquema de tráfico de influência e pagamento de propina utilizado para favorecer a escolha da empresa Raytheon. Sem a aprovação da CPI para investigar o escândalo, os trabalhos foram encerrados com a alegação de insuficiência de provas materiais de prática de corrupção no caso Sivam. Disponível em: <cartamaior.com.br/?/Opinião/Escândalos não investigados do governo FHC-I-O Caso Sivam/26884>. Acesso em: 11 out.2016.

¹⁵⁶ A Convenção da OCDE, atualmente, obriga 41 países. No Brasil, a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Outro dos fundamentos utilizados pelo Governo norte-americano foi um discurso afinado relacionando práticas de corrupção ao déficit democrático e ao subdesenvolvimento, o qual está inserido na agenda atual das grandes organizações internacionais de vários países. Nessa senda, a Organização das Nações Unidas (ONU) também adotou uma convenção internacional contra a corrupção, editada em 2003 e vigente desde 2005.¹⁵⁷

Vale destacar que as diversas legislações ao redor do mundo têm em comum o fato de que, para o combate efetivo ao mal da corrupção, é necessário dotar os órgãos estatais de meios e recursos que possam garantir sua efetividade e o rigor das punições como forma de evitar a impunidade e ineficácia das leis.

Para tanto, urge a evolução dos métodos estatais de investigações dessa espécie de crimes, os chamados *white collar crimes*, *crimes de cuello blanco*, ou crimes do colarinho branco, que em muito diferem da criminalidade comum. A isso, soma-se a criminalização de atos indicativos de corrupção, inclusive a punição de atos preparatórios, conforme indicado nas Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, além da responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, bem como difusão de mecanismos especiais de obtenção de provas, como os acordos de colaboração premiada e de leniência.

Essas medidas visam não só a cessação das atividades corruptas como, principalmente, contribuir para a identificação dos autores, coautores e/ou partícipes dos atos criminosos praticados dentro da chamada criminalidade de empresa.¹⁵⁸

Os ilícitos previstos na FCPA apresentam natureza dúplice: tanto podem ter repercussão criminal quanto cível. Conforme já visto anteriormente, as violações podem ser tanto a disposições anticorrupção quanto a disposições contábeis, constituindo, cada uma delas, violações próprias, autônomas e independentes, com sanções próprias e específicas.

A violação a esses dispositivos anticorrupção pode acarretar a aplicação de sanções criminais tanto às pessoas físicas, quanto às pessoas jurídicas. Para as pessoas jurídicas, a multa chega a um valor máximo de US\$ 2 milhões, enquanto para as pessoas físicas esta poderá atingir até US\$ 250 mil, além da pena complementar de prisão de até 05 (cinco) anos.

¹⁵⁷ No Brasil, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

¹⁵⁸ Oportuna observação no cenário jurídico brasileiro é a de Heloisa Estellita, para quem: O que se tem visto com desconcertante frequência, todavia, é a identificação automática da criminalidade de empresa com a empresa ilícita, com a imputação automática do crime de quadrilha ou bando sempre que se denunciem mais de três responsáveis, sócios, diretores, gerentes, administradores, etc, por crime praticado na atuação empresarial ou criminalidade de empresa. In: ESTELITA, Heloisa. Op. cit. p. 27.

No que concerne às infrações a disposições contábeis, as penas aumentam em até US\$ 25 milhões para as pessoas jurídicas. Com relação às pessoas físicas, atinge até US\$ 5 milhões, além da pena complementar de prisão de até 20 (vinte) anos.

É importante destacar que essas multas ainda podem ser aumentadas até o dobro do montante do benefício obtido pelo ofensor com a prática de sua transação financeira ilícita, ou seja, a multa será ainda aumentada do dobro em razão do seu ato corrupto. Isso acontece quando, de acordo com a *Alternative Fines Act*,¹⁵⁹ a transação ilícita do ofensor é apoiada por provas e o ofensor se declara culpado ou for provada sua culpa para além de dúvida razoável (Tradução livre).

Constam no dispositivo legal também as penas acessórias, previstas em legislações extravagantes, como a suspensão do direito de contratar com o Poder Público, do recebimento de incentivos e benefícios de bancos multilaterais de desenvolvimento e a revogação de privilégios de exportação.¹⁶⁰

Com relação às condutas puníveis, na redação original da FCPA, puniam-se as condutas de fazer uso de correios ou qualquer outro meio de comércio interestadual, de maneira corrupta, para promover/efetuar uma oferta, um pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de dinheiro ou qualquer outra coisa de valor, com o propósito de influenciar a prática de um ato oficial de um funcionário público estrangeiro ou assegurar vantagem para obter ou manter negócios.

Conforme já mencionado, a legislação da FCPA foi emendada no ano de 1998 para atender aos fins/propósitos da Convenção Anticorrupção da OCDE, quando passou-se também a punir todo e qualquer ato praticado fora dos Estados Unidos para promover uma oferta, um pagamento, uma promessa de pagamento ou autorização de pagamento, em dinheiro ou qualquer outro valor que possa influenciar uma decisão oficial de um funcionário público estrangeiro.¹⁶¹

Exsurge do referido texto legal a necessidade de que o pagamento, a promessa e oferta sejam feitos com o propósito de obter ou manter negócios. Para tanto, aplica-se o chamado *Business purpose test*,¹⁶² o qual implica em verificar até que ponto o ato está

¹⁵⁹ Under the Alternative Fines Act, 18. U.S.C. 3571(d), up to twice the amount the offender stood to gain through his or her illicit financial transaction, if the fine increase is supported by evidence and the offender pleads guilty or is proven guilty beyond a reasonable doubt.

¹⁶⁰ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 41.

¹⁶¹ FCPA, §§ 78 dd-1 (g) e §§ 78dd-2(i)(1).

¹⁶² Diz respeito à aplicação da teoria da interpretação econômica do direito, ou seja, a análise do fato jurídico sob o ponto de vista econômico.

relacionado à atividade empresarial. Assim, não só o pagamento direto a um funcionário público estrangeiro para obter um ato oficial ou manter um contrato administrativo configuram violações à legislação do FCPA, mas também o ato de ofertar, prometer ou pagar um funcionário público para obter um tratamento tributário diferenciado, licenças de instalação e funcionamento.

Ainda segundo as disposições do FCPA, o pagamento, a oferta e a promessa somente caracterizam atos de corrupção para os fins da presente lei quando forem destinados a funcionários públicos da administração pública estrangeira. Nessa categoria, incluem-se quaisquer funcionários de governos estrangeiros, inclusive seus departamentos e agências.

Também podem ser destinatários da oferta os partidos políticos e candidatos ao exercício de cargos públicos, assim como as organizações internacionais que inserem-se nessas disposições legais.

Segundo magistério de Carvalho:

Uma vez que a FCPA teve por objetivo precipuamente evitar atos praticados por empresas e nacionais americanos no exterior, e dadas as circunstâncias históricas nas quais foi idealizado, optou-se por tratar de tais temas separadamente. Por esta mesma razão, o FCPA não traz qualquer dispositivo a respeito da corrupção passiva; como as infrações dizem respeito apenas à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, não cabe ao FCPA tratar sobre sua punição, matéria esta que compete aos governos locais.¹⁶³

Por outro lado, em se tratando de promessa e oferta de vantagem indevida, para os propósitos do FCPA, tais atos bastam por si próprios, posto que a fórmula utilizada segue a tradição do sistema legal americano se contenta, para fins de punição, com a mera oferta ou promessa de vantagem indevida, sendo desnecessária a efetiva entrega do dinheiro ou bem ao funcionário público oficial destinatário do ato corrupto.

Para o grupo de infrações das disposições contábeis, é criminalizada a omissão ou falha no cumprimento das obrigações contábeis de registro correto das operações. Tais dispositivos visam alcançar as empresas que negociam ações e títulos em bolsa de valores, impondo-lhes a obrigação de criar e manter livros, registros e contas, razoavelmente detalhadas, que necessitam espelhar a veracidade das transações e disposições de bens da empresa.¹⁶⁴

Destarte, o registro contábil falso é crime autônomo e independente em relação às violações decorrentes de infrações às disposições anticorrupção. Assim sendo, se um

¹⁶³ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p.44.

¹⁶⁴ Ver FCPA, §§ 78m (b)(2)(A).

ato de corrupção não ficou cabalmente demonstrado (p. ex., não foi comprovada a prática de um ato dentro dos Estados Unidos, seja de ofertar/prometer/ter), mesmo assim, a empresa responsável por fazer o registro adequado desse ato ainda pode ser responsabilizada por registrar incorretamente o pagamento corrupto nos livros contábeis. Outra obrigação contábil consiste no ato de criar e manter um sistema de controle interno suficiente para assegurar de forma razoável a regularidade das transações.¹⁶⁵

Ao contrário da legislação do FCPA, a nova lei anticorrupção brasileira pune não apenas os atos de corrupção propriamente ditos, mas também toda uma gama de atos que impliquem em violações a regras e princípios da Administração Pública, ainda que não haja a presença do pagamento em dinheiro como ato corruptor do funcionário público.

Desta forma, a lei Anticorrupção brasileira também se aplica às condutas que constituem fraudes e crimes contra as licitações e os contratos públicos, reproduzindo muitas das condutas já tipificadas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seus artigos 89, 90, 91, 92,93,94, 95, 96, 97 e 98, que preveem os crimes e as penas contra as licitações e contratos da Administração Pública.¹⁶⁶

Ademais, não exige, diferentemente do que ocorre com a FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) e a legislação britânica do *UK Bribery Act*, a presença de um funcionário público, podendo os atos serem praticados exclusivamente por empresas. Inova, ainda, ao estabelecer modalidades de categorias próprias, assimiladas aos atos de corrupção propriamente ditos, a merecerem o mesmo tratamento legal. A esse respeito, tem-se as condutas de utilizar-se de interpostas pessoas para ocultar seus reais interesses, criar artificialmente pessoa jurídica para participar de licitação, e, destacadamente, dificultar as atividades de fiscalização dos órgãos públicos oficiais de controle.¹⁶⁷

Da mesma forma, também pune o financiamento, o custeio, o patrocínio ou qualquer outro tipo de subvenção à prática dos demais atos previstos na dita lei.¹⁶⁸

3.4 LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO E *COMPLIANCE*

¹⁶⁵ FCPA, §§ 78m (b)(2)(A)

¹⁶⁶ BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 11 out.2016.

¹⁶⁷ **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**, art. 5º, IV,III, IV, “e”, e V, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 02.ago.2017.

¹⁶⁸ CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Op. cit. p. 48.

Na *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), não há menção expressa às exigências de programas de *Compliance* no âmbito empresarial ou aos efeitos e consequências que a existência de tais programas podem vir a ter nas sanções a serem, eventualmente, aplicadas às pessoas jurídicas.

Contudo, pelas características do sistema judicial norte-americano, baseado no *adversary system*, tendo como característica a discricionariedade da persecução penal, não se pode negar a importância da existência dos programas de *compliance* no momento do Promotor decidir se propõe ou não a ação penal no caso concreto.¹⁶⁹

Além do mais, os *standards* legais já vistos no Capítulo 2 são de fundamental importância na decisão de ajuizar uma ação por violação aos dispositivos da FCPA. A esse propósito, no *The Nine Principles of Federal Prosecution of Business Organization*,¹⁷⁰ três deles dizem respeito à existência de mecanismos prévios de *compliance* nas empresas: (i) a cumplicidade ou condescendência da direção da empresa com atos de corrupção; (ii) a existência ou efetividade de programa de *compliance* pré-existente; (iii) as medidas de remediação adotadas pela empresa após a identificação da prática de corrupção, as quais incluem a adoção ou melhoria dos programas de *compliance*.¹⁷¹

No sistema norte-americano, ainda o *U.S Sentencing Guidelines*,¹⁷² atribui relevância a existência de programas de *compliance* no momento de aplicação das sanções cabíveis à empresa responsável pela prática de atos de corrupção, ou, nos casos de suspensão da pena ou do processo, na escolha das condições a serem cumpridas pela empresa beneficiária.

Dentre as diretrizes emitidas pelo Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) destaca-se também, como um dos mais recentes, o "Evaluation of Corporate Compliance Programs",¹⁷³ onde o Departamento avalia a existência ou eficácia de um programa de Compliance pré-existente e os esforços da empresa para implementar a existência de um,

¹⁶⁹ No sistema acusatório brasileiro vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

¹⁷⁰ In U.S Attorney's Manual. Disponível em: <<http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations/>>. Acesso em: 13.out.2016.

¹⁷¹ A expressa referência ao *Compliance no Principles of Federal Prosecution of Business Organization* somente veio a ocorrer no ano 2006, porém, desde então tem incentivado a adoção de mecanismos de *compliance* nas empresas americanas. MAEDA, B. **Programas de Compliance anticorrupção**: importância e elementos essenciais. Op. cit. p. 172.

¹⁷² USSC. Guidelines Manual, § 8B2.1. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2013/2013-8b21>>. Acesso em 23.ago.2016.

¹⁷³ *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em 10.jun.2017.

como condição essencial para determinar se leva adiante uma acusação criminal, pela atuação de seus promotores, ou se negocia a aplicação da pena ou realiza outros acordos.

Pelo referido documento, o programa de *Compliance* deve ser avaliado num específico contexto de investigação criminal que desencadeia a aplicação dos "Filip Factors" (fatores que os promotores devem considerar na condução da investigação criminal de uma empresa) que não são particularmente avaliados pelo Setor de Fraudes do DOJ, de acordo com o perfil de risco das empresas.

Assim, a existência prévia de programa de *compliance* ao cometimento de atos de violação aos dispositivos anticorrupção da FCPA não significa que a empresa estará blindada de responsabilidades por atos de seus empregados e/ou dirigentes. Todavia, se restar comprovado que o ato de corrupção foi algo isolado, completamente alheio aos fins e objetivos da empresa, e que esta fez tudo que estava a seu alcance para evitar a prática do ato, estas circunstâncias, assim como os demais princípios tomados em consideração no momento de decidir, poderá conduzir até mesmo a isenção total de responsabilidades das empresas, coroando sua ação proativa.

Cabe ainda referir, no âmbito do direito comparado, que no sistema inglês a legislação do *UK Bribery Act*, em vigor no Reino Unido desde 1.º de julho de 2011, prevê a responsabilização de empresas por falhas ou defeitos na prevenção de atos de corrupção, praticados por qualquer pessoa associada à organização, sendo aplicável tanto para a prática de atos de corrupção no setor público como no setor privado. O alcance territorial da referida legislação é amplo, abrangendo também empresas não britânicas. Assim, qualquer empresa que tenha negócios no Reino Unido, ainda que não presente fisicamente naquele território e ainda que a prática do ato de corrupção tenha ocorrido fora de seu território e tenha sido praticada por empresa do grupo que não aquela que conduza negócios naquele país, pode sofrer os efeitos da incidência do *UK Bribery Act* para responsabilização de empresas e pessoas a ela vinculadas. Nessa senda, observa-se caso de ultraterritorialidade da lei britânica, ou seja, a aplicação da lei fora dos limites territoriais do seu país de origem, desde que os efeitos do ato tenham-no atingido de alguma maneira, direta ou indiretamente.

Tal norma tem incentivado empresas a reforçar seus programas de *compliance*, implementando procedimentos adequados para prevenção e controle de riscos, atuando como única forma de exercer uma defesa plena e absoluta à luz dos dispositivos normativos do *UK Bribery Act* quando sofrerem uma acusação de violação aos dispositivos do referido diploma legal.

Igual tendência tem se revelado em outros países do continente europeu. Como exemplo recente, tem-se a alteração do Código Penal da Espanha, que passou, desde julho de 2010, a responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção perpetrados por seus empregados que tiverem se valido das falhas e defeitos no dever de controle e prevenção dessas empresas para cometer crimes.¹⁷⁴

Nos últimos anos, observaram-se importantes modificações legislativas na Europa. Apenas para fins de exemplificação, pode-se citar a *Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias*, a *Diretiva 2005/60*, do Parlamento Europeu e do Conselho, ambas com sucessivas atualizações; as modificações do *Code Penal Français*, de 1994 e a edição da Lei n. 1117, de 2013, ambas as legislações na França; o Decreto Legislativo 231, de 2001, na Itália. Em Portugal, os programas de *compliance* têm sido observados em nível de regulação específica, *soft law*, restrita a determinados setores, como o setor financeiro.

Na Alemanha, pode-se observar, nos respectivos sítios da web das principais empresas que figuram no DAX, cada vez mais, pautas empresariais e princípios éticos. Nas páginas da web da *Siemens*, por exemplo, aparecem as diretrizes internas da empresa adotadas para manter a retidão no tráfico comercial, antes e depois de terem vindo à tona os casos de corrupção desvelados em 2007.¹⁷⁵

Esses novos mecanismos político-criminais expandiram-se nos cenários nacional e internacional, visando atender as novas exigências de uma sociedade globalizada, em que novas demandas sociais e comerciais envolvendo o intrincado mundo dos negócios estão exigindo, cada vez mais dos países, que reforcem seus sistemas legais contra a corrupção internacional e outros ilícitos decorrentes das práticas comerciais internacionais.

3.5 SUJEITOS DOS ILÍCITOS PREVISTOS NAS LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO

Levando-se em conta a legislação norte-americana do FCPA, a sujeição ativa, embora não possa ser chamada de imprópria, leva em consideração alguns critérios como, por exemplo, a categoria de infrações, se contábeis ou anticorrupção, se praticada por pessoa

¹⁷⁴ ESPANHA, Reforma LO 5/2010. Disponível em: <http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislación//20121008-02-pdf>. Acesso em 30 mai.2016.

¹⁷⁵ Disponível em: http://siemens.com/Daten/siecom/HQ/CC/Internet/About_Us/WORKAREA/about.ed/templatedata/Deutsch/file/binary/bcg de 1032824.pdf. Acesso em: 13.jun.2017.

jurídica ou pessoas físicas e o local onde foi praticada a infração, se no território norte-americano ou no exterior.

Nessa toada, as condutas tipificadas na FCPA podem ser praticadas pelas seguintes pessoas naturais ou jurídicas.

a) *Issuers*: empresas de capital aberto que tenham ações ou títulos negociados em bolsa de valores nos Estados Unidos. Não é necessário que a sede da empresa seja em território norte-americano, basta que lá tenha seus títulos negociados.¹⁷⁶

Além das *issuers*, também podem praticar infrações as pessoas naturais, ou seja, os gestores, empregados, agentes ou acionistas, que tenham atuado em proveito ou benefício da empresa, assim como os terceiros que sejam partícipes das infrações.

b) *Domestic concerns*: quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, exigindo-se que, no caso das pessoas naturais, sejam cidadãos, nacionais ou residentes nos Estados Unidos. Para as pessoas jurídicas, a exigência é que tenham sido organizadas sob as leis norte-americanas ou com sede no país. Nessa categoria, observa-se que a sujeição ativa é bastante ampla, incluindo não apenas as empresas com interesses comerciais como também associações e organizações não-governamentais;

c) *Foreing nationals or entities*: nessa categoria incluem-se certas pessoas naturais ou jurídicas e entidades estrangeiras, desde de que todos ou alguns dos atos sejam praticados no território norte-americano.

Nas duas primeiras, as infrações dos dispositivos anticorrupção podem ser praticadas tanto por *issuers* quanto por *domestic concerns*, independentemente do local da prática dos atos classificados como de corrupção. A seu turno, quanto à categoria das pessoas ou entidades estrangeiras envolvidas em atos de corrupção, pelo menos uma parte das condutas deve ter sido praticada em território norte-americano.

Quanto às disposições contábeis, aplicam-se apenas aos *issuers* (empresas e seus administradores), já que somente estes se sujeitam à incidência das exigências de registros contábeis feitas pela SEC -*Securities and Exchange Comission*.

O caso SEC versus *International Business Machine* tornou-se emblemático no tocante à responsabilidade por atos de terceiros, já que foi a primeira vez que a matriz, ainda que sem a demonstração do conhecimento dos atos de sua subsidiária, foi sancionada por atos desta.

¹⁷⁶ Nessa categoria, incluem-se cerca de trinta das maiores empresas brasileiras que tenham *ADRs* (*American Depositary Receipts*), negociados em Bolsa de Valores de Nova York.

O Departamento de Justiça Americano (DOJ) tem oferecido guias de segurança *safeguards* para servir de orientação para as empresas quando estas precisarem assegurar despesas de viagens para funcionários públicos estrangeiros em razão do negócio que precisarão realizar em determinado país.

Exemplo: quando um funcionário precisar visitar a sede da empresa, esta deve assegurar que as despesas não sejam excessivas; que não se estendam a membros da família do funcionário; que a empresa realize os pagamentos diretamente aos provedores de serviços e não o faça em *cash*; que as despesas sejam efetuadas mediante a apresentação sempre de recibos e comprovantes dos gastos; a viagem não deve ser custeada se o país onde o negócio for realizado tiver agentes de representação no lugar sede da empresa.¹⁷⁷

Há também guias específicos de como devem ser as atividades de entretenimento para funcionários públicos estrangeiros, de molde a assegurar que a atividade guarde relação com o desenvolvimento dos negócios e seja acompanhada de perto pela pessoa que a está financiando. Além disso, registros detalhados do evento devem conter detalhes específicos, como quem está promovendo o acontecimento, quais as companhias estrangeiras envolvidas e quando e onde o acontecimento está ocorrendo.

Em 1988, o Congresso Americano aprovou emenda à FCPA considerando como *affirmative defense*, razoável e indicativa de boa-fé, o financiamento de viagens e suas despesas para funcionários públicos estrangeiros, desde que tais despesas estejam diretamente relacionadas com a promoção, demonstração, explanação de produtos ou serviços ou para a execução ou performance do contrato com o governo estrangeiro do país do funcionário público beneficiado com a viagem.¹⁷⁸

O Congresso Americano reconhece, por outro lado, que pagamentos feitos visando um tratamento favorecido, tais como a realização de uma ação ou omissão oficial, não serão reconhecidos como *affirmative defense*, ou seja, não terão o condão de isentar o ato de possíveis violações à FCPA. É importante assinalar, outrossim, que recairá sobre a defesa o ônus de provar e demonstrar a *affirmative defense*. Assim, os réus deverão demonstrar que os gastos e despesas foram todos feitos de boa-fé, sem qualquer intento de corromper a atuação funcionar. Caso contrário, a defesa não será aceita e o ato restará caracterizado como violação aos dispositivos da FCPA.

¹⁷⁷ Opinion Procedure Releases. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal-fraud/opinion.procedure-release>>. Acesso em 31.mai.2016.

¹⁷⁸ 15 U.S.C. §§ 78dd-1 (c), 78dd-2 (c)(2). Disponível em www.https://en.Wikipedia.org/Wiki/Foreign-Corrupt-Practices-Act. Acesso em 10 de abril de 2016.

Em outros casos, as despesas com viagem também incluíam pagamentos em dinheiro. É o caso da empresa *Johnson and Johnson*, que disponibilizou mais de \$7 milhões de dólares relacionados às conferências e outros negócios para médicos da rede pública de países estrangeiros, como a Polônia e a Romênia, que aceitaram prescrever seus produtos como medicamentos em seus países.

Também a empresa ABB (acrônimo de *Asea Brown Boveri*) Ltd.,¹⁷⁹ fez diversos pagamentos para funcionários públicos angolanos para viagens aos Estados Unidos para fins de treinamentos. Nesses casos, a SEC considerou que tais pagamentos foram feitos com o propósito de influenciar decisões dessas autoridades, razão pela qual as empresas acabaram por fazer acordo com as autoridades americanas, em que concordaram com o pagamento de pesadas multas com o fim de não virem a ser processadas pelos órgãos de persecução criminal norte-americanos.¹⁸⁰

Outro aspecto importante a ser considerado na interpretação do ato diz respeito à intenção do agente que o praticou. Se a motivação do ato foi corromper um funcionário público estrangeiro, um *quid pro quo* com a específica intenção de obter ou retardar a realização de um negócio ou, por outro lado, exercer indevida influência sob a prática de um ato funcional, a atividade será considerada como violadora da FCPA. Caso a atividade represente ser inocente, intentada para criar ou fomentar relações entre diferentes países, ou construir visibilidade, reputação ou representar benevolência, então a atividade será considerada como apropriada e em conformidade com a lei.

Por serem oportunas, reproduz-se aqui as palavras originais de Matteson Ellis sobre a questão enfrentada:

Estas perguntas permitem que os profissionais cheguem a um entendimento acerca do Compliance. De forma nenhuma, as respostas a estas perguntas dispõem sobre a questão da legalidade. Na verdade, diferentes pessoas podem responder a essas perguntas de diferentes maneiras, dependendo de suas culturas e de suas práticas comerciais comuns. Mas as perguntas ajudarão a destrinchar como a intenção pode ser interpretada pelas autoridades oficiais. Se o motivo aparentar ser de corromper, pretendido como um “quid pro quo”, para o fim de obter ou manter negócios, ou de outra forma influenciar a prática de um ato oficial, então a atividade será considerada como violadora da FCPA. Caso a atividade represente ser inocente, intentada para

¹⁷⁹ O Grupo ABB resulta da fusão de duas empresas em 1988; a sueca Asea e a suíça Brown, Boveri & Cia. A ABB opera em mais de 100 países e empresa aproximadamente 135.000 pessoas. Suas ações estão listadas nas bolsas de valores de SIX Swiss Exchange, Bolsa de Valores de Estocolmo e New York Stock Exchange. Disponível em: <[http://seguro/https://pt.wikipedia.org/wiki/ABB\(empresa\)](http://seguro/https://pt.wikipedia.org/wiki/ABB(empresa))>. Acesso em: 22 mar.2017.

¹⁸⁰ Non-Prosecution Agreements, U.S, Complaint. SEC vs. Johnson & Johnson, 1:11-CV-00686 (D.D. 2011) and SEC vs. ABB Ltd., 1:04-CV 01141 (D.D.C 2004). Disponível em: ><https://www.sec.gov-litigation-litireleases>. Acesso em 04.ago.2017.

criar relacionamentos ou construir visibilidade, então a atividade será considerada como conforme à lei.¹⁸¹

Dessa maneira, a intenção do agente revela-se como elemento determinante para os fins de aplicação da legislação anticorrupção norte-americana o que, muitas vezes, torna-se difícil de decifrar, em face da complexidade dos negócios, exigindo das autoridades persecutórias cautelas redobradas na apreciação das circunstâncias fáticas indicativas da existência ou não da prática do ato intencional.

Na prática da realidade fenomênica observada no âmago da atividade empresarial, a situação apresenta-se muito mais complexa, especialmente quando se trata de responsabilidade por ato de terceiros, pois há que se estabelecer em que situações poder-se-ia afirmar o empresário incidente em omissão. Cabe reforçar ainda que, no sistema brasileiro, não há a possibilidade da pessoa jurídica responder criminalmente pela prática de atos de corrupção, sendo a responsabilidade criminal exclusiva de seus administradores ou de pessoas a eles associadas.

A Lei Anticorrupção brasileira aplica-se tanto às sociedades empresariais ou simples, personalizadas ou não, independentemente da forma de organização ou do modelo societário que tenha sido adotado. As disposições dessa lei aplicam-se também em relação às pessoas jurídicas estrangeiras que tenham sua sede, filial ou representação em território nacional, desde que as infrações tenham em mira bens e interesses jurídicos pertencentes à administração pública nacional.

Quanto às pessoas naturais, a responsabilidade dos dirigentes e demais que tenham participado das ilicitudes como coautores ou partícipes é própria, autônoma e independente da responsabilidade da pessoa jurídica.

Partindo da premissa de que a responsabilização das empresas é de natureza objetiva, não se pode sustentar que a responsabilidade de seus gerentes e administradoras seja da mesma natureza.¹⁸²

¹⁸¹ These questioners allow practitioners to get into the mindset of compliance. By no means are the answers to these questions dispositive on the issue of legality. Indeed, different people might answer these questions in different ways depending on their cultures and their community's customary business practices. But the questions help unpack how the core legal element of intent might be interpreted by enforcement officials. If the motive appears corrupt, intended as a quid pro quo to specifically obtain or retain business or otherwise improperly influencing an official, the activity will be deemed to violate the FCPA. If the activity appears to be innocent, intended to create or enhance relationships or build visibility, reputation, or goodwill, then the activity is more likely to be compliant. ELLIS, Matteson. Gifts and hospitality under the U.S.- Foreign Corrupt Practices Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 246.

¹⁸² BRASIL. **Lei nº 12.846, de 03 de agosto de 2013**. Art. 3º §1º e §2º que trata da responsabilidade da pessoa jurídica e de seus dirigentes ou administradores. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em

Há situações nas quais as disposições anticorrupção somente podem ser aplicadas aos administradores. Seria o caso da desconsideração da pessoa jurídica, quando a entidade tenha sido utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos ilícitos previstos na Lei, ou para promover confusão patrimonial, na esteira do que prevê o artigo 14 da Lei Anticorrupção.

Assim, a caracterização da infração pode ser feita com base no critério da responsabilidade objetiva da empresa. Contudo, na responsabilização dos administradores, será necessário demonstrar sua culpabilidade e que tenham atuado com dolo ou culpa, como condição legítima para a imposição das sanções cabíveis. Desta forma, na desconsideração da personalidade jurídica da empresa, analisar-se-á puramente o aspecto objetivo, sem necessidade de comprovar o dolo ou culpa do administrador pela prática da infração cometida no caso em apreço. Os elementos subjetivos referidos, contudo, deverão ser aferidos quando da avaliação da responsabilidade pessoal dos dirigentes e administradores das corporações envolvidas nestas práticas ilícitas, nos termos do §2º, do artigo 3º, da Lei 12846/13.

Com base nas pesquisas realizadas e estudos de casos onde as legislações anticorrupção dos países analisados foram aplicadas, constatou-se uma indiscutível tendência das empresas e pessoas jurídicas instituírem procedimentos e mecanismos de controle interno de condutas ilícitas. Tal conduta destina-se a evitar a prática de atos de corrupção por parte de seus empregados e dirigentes. Em que pese não haja obrigatoriedade legal, tornou-se praticamente uma exigência às empresas disporem de um eficiente programa de *compliance*, especialmente aquelas que apresentam maior potencialidade de se envolverem em atos de corrupção.¹⁸³

4.6 SANÇÕES PREVISTAS NO SISTEMA ANTICORRUPÇÃO

No Brasil, as sanções cabíveis de aplicação no processo administrativo de responsabilização são: multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao de sua instauração, excluídos os tributos. Dentre os valores mínimo e máximo gizados, estão excluídos os tributos. Quando não for possível mensurar o faturamento bruto da empresa no exercício anterior, aplicar-se-á o valor

02.ago.2017.

¹⁸³ A variação ocorreria em relação ao setor econômico onde a empresa atua, bem como em relação aos países onde exerce seus negócios. V. *Moj. The Bribery Act, 2010 Guidance*, p. 26.

máximo de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), ou, no plano federal, o valor correspondente a três vezes a vantagem pretendida ou auferida, se este for menor que os 20% do faturamento bruto da empresa.

Conforme já mencionado, foi publicado o Decreto 8.420/2015,¹⁸⁴ que regulamentou a [Lei nº 12.846/2013](#), que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

No referido Decreto, foram descritas todas as fases e os prazos do processo administrativo, além de determinar a competência para apurar e julgar o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).

Além de disciplinar o PAR, a grande novidade foi a divulgação dos parâmetros para a dosimetria da multa, que será realizada através de critérios objetivos e não à mercê da autoridade pública. A multa será calculada de acordo com percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR e deverá somar os seguintes percentuais:

- a) 1% a 2,5% havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;
- b) 1% a 2,5% para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;
- c) 1% a 4% no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;
- d) 1% para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Geral (LG) superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;
- e) 5% no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior;
- f) no caso dos contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais em relação aos valores dos contratos: a) 1% acima de R\$ 1,5 milhão; b) 2% acima de R\$ 10 milhões; c) 3% acima de R\$ 50 milhões; d) 4% acima de R\$ 250 milhões; e e) 5% acima de R\$ 1 bilhão.

¹⁸⁴ O Decreto 8.420/2015 considera o dano causado ou a vantagem auferida ou pretendida para definição dos valores mínimo e máximo da multa (inciso I e alínea “a” do inciso II, do art.20). BRASIL. **Decreto 8.420, de 18 de março de 2015**. Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil-003/Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>>. Acesso em: 17 julh.2017.

Do resultado dessa soma, deverão ser descontados os percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR):

- a) 1% no caso de não consumação da infração;
- b) 1,5% no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
- c) 1% a 1,5% para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;
- d) 2% no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
- e) 1% a 4% para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV do decreto.

O valor da multa não poderá ultrapassar 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR e o pagamento deverá ser realizado em até 30 dias após o encerramento do PAR.

No valor das multas aplicadas, é importante considerar o valor do dano causado, já que este é o referencial para a definição dos valores das multas, sem que se possa excluir a pessoa jurídica de sua reparação. Não obstante isso, a reparação do dano não configura sanção, mas simplesmente “mera consequência civil do prejuízo causado a outrem, valendo lembrar que o dever de indenizar decorre inclusiva da prática de atos ilícitos”.¹⁸⁵ Ademais, segundo o disposto no §5º do art. 37 da Constituição Federal/88, as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis¹⁸⁶ e o artigo 927 do Código Civil assegura a obrigação de reparar o dano por atos ilícitos causados.

As sanções da lei são de natureza pecuniária (multa); restritiva de direitos (livre exercício de atividade econômica, do fornecimento de bens e serviços ao poder público, do recebimento de incentivos, subsídios, empréstimos); ou estigmatização do agente infrator (publicação da decisão condenatória).

¹⁸⁵ SOUZA, Jorge Munhoz e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). **Lei anticorrupção**. Editora Jus Podum: Bahia, 2015, p. 155.

¹⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral, fixou a tese de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 669069-MG**. Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Min. Teori Zavaschi. Brasília. 03.02.2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=669069&classe=RE&Origem=AP&recurso=0&tipo.julgamento=M>>. Acesso em: 14 jul.2017.

Concluído o processo administrativo de responsabilização (PAR) e condenada a empresa infratora à pena de multa, em valor quantitativamente definido, a empresa será intimada para pagamento do valor devido. Em não havendo pagamento espontâneo, o valor será inscrito em dívida ativa da fazenda pública e cobrado, no âmbito da União, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que é o órgão competente para efetuar a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa¹⁸⁷ tributário ou não tributários, dos órgãos da administração pública federal.

A fórmula "matemática" mediante a qual é aplicada a sanção administrativa denota profunda semelhança com o sistema norte-americano, conforme se vê dos tópicos e questões que são considerados pelo Departamento de Justiça norte-americano na aplicação e negociação das sanções.

O DOJ, com base no *Evaluation of Corporate Compliance Programs*,¹⁸⁸ considera os seguintes tópicos na análise de um programa de *compliance*: a) análise e remediação de violações; b) a atuação da Administração senior e intermediária; c) autonomia e recursos destinados ao programa de compliance; d) políticas e procedimentos de *compliance*; e) gerenciamento das situações de risco; f) treinamento e comunicações; g) relatórios confidenciais e investigações internas; h) incentivos e medidas disciplinares; i) implemento contínuo, período de observação e revisão; j) gestão de terceiros; k) fusões e aquisições de empresas.

As sanções judiciais, no âmbito brasileiro, são a perda de bens ou valores que representam a vantagem ou o proveito direto ou indiretamente obtidos com a infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. As ações poderão ser propostas pelo Ministério Público, Advocacia Pública ou órgãos de representação judicial dos órgãos lesadas, conforme previsão legal constante do Capítulo VI da Lei 12.846/2013.¹⁸⁹

¹⁸⁷ A Dívida Ativa da União é composta por todos os créditos desse ente, sejam eles de natureza tributária ou não-tributária, regularmente inscritos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão proferida em processo regular. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao>>. Acesso em: 17 jul.2017.

¹⁸⁸ *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>>. Acesso em 10 jun.2017.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 12.846/2013. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 06 jun.2017.

Ademais, o artigo 18 deixa claro que a responsabilização da empresa na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, e o §3º do art. 19 afirma textualmente que as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Havendo omissão da autoridade administrativa na responsabilização da empresa, existe, ainda, a possibilidade de aplicação, via judicial, das sanções administrativas de forma cumulativa (*ex.vi* do art. 20 da Lei 12.846/2013). Nesse caso, a atribuição será exclusiva do Ministério Público e não das Advocacias Públicas ou dos órgãos de representação judicial da Administração.¹⁹⁰

4. JUSTIÇA NEGOCIAL E COMPLIANCE

4.1. A LÓGICA DA JUSTIÇA NEGOCIAL

A responsabilidade empresarial será atenuada caso os envolvidos/processados, dentro da lógica de uma justiça premial, venham a contribuir/colaborar com as autoridades públicas na descoberta dos fatos apurados e/ou de outros correlatos, celebrando acordos de colaboração com o Poder Público para eficácia da persecução, tanto na fase investigatória como instrutória.

Para tal desiderato, é necessário que a colaboração seja voluntária, caracterizada pela espontaneidade das declarações e informações prestadas, comprometimento com a veracidade das informações repassadas e implique reconhecimento da prática ou envolvimento nos ilícitos em apuração.

Neste sentido, precisas são as palavras de Frederico Valdez Pereira:

Entende-se como pressuposto da colaboração processual que o investigado confesse os fatos dos quais tenha participado, abrindo mão de seu direito constitucional ao silêncio, e comparecendo no processo na condição de testemunha/informante, o que os britânicos denominam de *crown witness*; a razão de ser da colaboração processual é a busca de provas internas à estrutura delituosa, em tese rígida e compartimentada, valendo-se de pessoa com conhecimento privilegiado exatamente pela condição de ter atuado na organização ou em fatos delituosos por ela cometidos; portanto, entende-se desbordar da gênese e razão de ser do instituto admitir sua configuração sem que o colaborador confesse os fatos nos quais tenha atuado.¹⁹¹

¹⁹⁰ Nesse caso, preclui a possibilidade de aplicação dessas sanções na esfera administrativa (sob pena de *bis in idem*). A demora injustificada na tramitação do procedimento administrativo já instaurado poderá levar à essa situação.

¹⁹¹ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit. p. 39.

Assim, as medidas voltadas à colaboração processual, como no caso da colaboração premiada, no processo criminal, e os acordos de leniência, em se tratando de processos administrativos instaurados no âmbito do denominado direito administrativo sancionador, observam a dupla face das funções dos institutos de índole premial: de um lado, a dimensão substancial do prêmio, na medida em que implica uma amplitude do fenômeno associativo para outros setores e pessoas mais ou menos relevantes da organização criminosa; de outro, a extensão processual, consistente na necessidade de indicação de provas relevantes para a persecução penal dos fatos investigados e a apuração de responsabilidades em relação aos demais integrantes da organização criminosa.

Destacam-se, a esse propósito, as observações de Frederico Valdez Pereira:

Dito isto, é possível, em linhas gerais, considerar a colaboração processual como uma técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita do envolvimento nos fatos investigados, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior da organização criminosa a partir da confissão do colaborador, sendo que a atitude cooperativa advém, de regra, da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada.¹⁹²

Para fins de concessão do benefício premial ao agente que tenha feito uso dos institutos de colaboração premiada, *mutatis mutandis*, também para os acordos de leniência, entende-se que as informações prestadas devem ser relacionadas com aquelas que constituem o objeto das investigações ou do processo, conforme indicação expressa do artigo 4º da Lei 12850/13,¹⁹³ em que consta que a eficácia da cooperação deve se relacionar com o mesmo contexto de práticas delituosas no qual o colaborador esteja inserido.

A Medida Provisória 703/2015 objetivava alterar os arts. 15 e 16 da lei anticorrupção, determinando que a comissão designada para a apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, daria conhecimento ao Ministério Público de sua existência para a apuração de eventuais infrações penais que possam advir das condutas objeto de avaliação.¹⁹⁴ A alteração do art. 16 da citada lei previa

¹⁹² PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit. pp. 43-44.

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 12850 de 2 agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16.dez.2016.

¹⁹⁴ A Medida Provisória 703/2015 está sendo contestada no Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.466/DF, movida pelo Partido Popular Socialista (PPS). (BRASIL, Supremo

que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podiam celebrar acordo, isoladamente ou em conjunto com o Ministério Público, e condicionava o acordo de leniência à implementação ou melhoria de mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta. Ocorre que a Medida Provisória 703/2015, que modificava as regras para os acordos de leniência entre a administração pública e empresas acusadas de cometer irregularidades, teve o seu prazo de tramitação encerrado em 29 de maio de 2016 e perdeu a validade. O ato declaratório do Congresso Nacional que comunica a perda de validade foi publicado no dia 31 de maio daquele ano.¹⁹⁵

A participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência, como uma das autoridades com legitimidade para celebrá-lo, trará maior segurança para as empresas na hora de fechar os acordos, em especial no tocante a reduzida possibilidade de virem a ser responsabilizadas civilmente, ou seus dirigentes na esfera criminal, se mantiverem o cumprimento das condições estabelecidas na via negocial. Isso sem falar na função de fiscal da observância e aplicação da lei que ao Ministério Público cabe zelar.

Infelizmente, essa tendência não foi observada com a edição da Medida Provisória 784/2017,¹⁹⁶ a qual permite que todos aqueles investigados pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) possam negociar acordos de leniência ou termos de compromisso com as duas autarquias referidas, permitindo que bancos, empresas de capital aberto e investidores firmem acordos de leniência ao alvedrio do Ministério Público. A medida preocupa pela falta de acompanhamento do órgão fiscalizador da lei em tais acordos, bem como pela possibilidade de indevida concessão de imunidade judicial aos negociantes.

No caso do CADE, o órgão ministerial tem assento perante a autarquia. A Lei n. 8884/1994 regula a responsabilidade das empresas e das pessoas físicas pela prática de infrações à ordem econômica, sendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) o órgão competente para decidir sobre a existência de infrações, assim como pela aplicação das penas de multa às empresas e administradores responsáveis pelos atos infracionais, além de outras penas, como a proibição de contratar com a administração,

Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.4. Autor: Partido Popular Socialista (PPS). Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=49204966/DF>. Acesso em 10. mai.2017.

¹⁹⁵ MP dos acordos de leniência perde a validade. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade. Acesso em 28.ago.2017.

¹⁹⁶ A Medida Provisória 784/2017, publicada no Diário Oficial da União em 08 de junho de 2017, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 02.ago.2017.

podendo ainda ordenar a cessação das atividades nocivas à ordem econômica.

Ao se analisar as consequências dos institutos de colaboração premiada, não se pode olvidar a realidade jurídica nacional, atrelada aos sistemas jurídicos continentais, em que os instrumentos se ajustam muito mais ao direito substancial, num modelo de premialidade legal, ao contrário do sistema do *common law*, no qual o centro das tratativas premiais está no próprio processo propriamente dito.

Sobre o aspecto comparativo entre os dois sistemas de direito referidos, destaca-se a percuciente análise feita por Valdez:

Por isso se diz que os instrumentos utilizados pelo sistema norte-americano para estimular as colaborações possuem conotação tipicamente processual, consistindo em modalidades de evitação (*non-prosecution agreements*) ou concessões advindas do próprio processo (*sentence bargaining*), figurando o colaborador no processo penal frente aos seus cúmplices como testemunha. Nos ordenamentos jurídicos continentais, ante os princípios constitucionais e a cultura em torno da jurisdição, o expediente do prêmio é visualizado no plano da apenação, mediante recurso a dispositivos substanciais que concedem benefício em atenção à quantidade da pena aplicada; portanto, no plano substancial, a ser definido pelo juiz mediante decisão jurisdicional, o processo ostenta, assim, mais um aspecto de veículo para o trâmite e reconhecimento da conduta cooperatória tendente à aplicação dos benefícios respectivos, ao contrário do sistema de *common law*, no qual o processo está no centro dessas dinâmicas premiais.¹⁹⁷

No sentido delimitado, verifica-se não ser tão tênue a aproximação entre os institutos de colaboração premiada, nos termos até então compreendidos no âmbito nacional e as práticas de *plea bargaining* do direito norte-americano, já que as consequências penais e processuais que decorrem de um e outro sistema são diversas, consistindo o ponto de contato no incentivo de aproximação entre os órgãos de acusação e o investigado, mediante a concessão de sanções positivas em face da contribuição probatória proveniente do investigado/acusado.

Disso resultam muitos casos em que são realizados acordos com as pessoas e/ou empresas responsáveis pela prática de atos desconformes com a lei e que colocam em evidência a disposição daquelas em garantir a adoção de medidas que podem demonstrar se a corporação e/ou sua direção está, de fato, maximizando suas habilidades na prevenção e detecção de crimes ou não.

É justamente neste aumento/incremento de responsabilidades que avulta a importância da consolidação da responsabilidade da pessoa jurídica, independentemente da

¹⁹⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit. p.51.

paralela responsabilidade individual de seus diretores/gestores. Como exemplo recente de consolidação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tem-se as mudanças no Código Penal Espanhol e na nova lei chilena,¹⁹⁸ que preveem a responsabilização penal dos entes coletivos. Além disso, o sistema espanhol também responsabiliza penalmente as pessoas jurídicas estrangeiras, desde que estas tenham filiais ou centros de produção estabelecidos na Espanha.

Nos Estados Unidos da América do Norte, as *guidelines* oferecem parâmetros, *standards*, que incluem o estabelecimento de um comitê para revisar todas as transações propostas, em particular, direcionadas a específicas áreas de riscos.¹⁹⁹ Estes acordos de suspensão dos processos, as DPAs do direito norte-americano, serviram para afastar eventuais acordos orais que sejam feitos por advogados, contadores ou administradores das empresas em contrariedade ou oposição aos acordos escritos já firmados com o Departamento de Justiça norte-americano.

Porém, os acordos devem trazer um benefício mútuo para os órgãos da persecução penal que conseguirem obter dos indiciados a modelação de suas condutas em conformidade com as imposições legais, bem como para as empresas e seus representantes investigados, que precisam obter do Estado garantias e condições mínimas que tornem o acordo vantajoso para ambas as partes.

Há de haver, portanto, uma reciprocidade de obrigações e direitos para as partes envolvidas. Embora nos Estados Unidos os acordos possam ser considerados unilaterais, eis que em geral as empresas só prestam seu consentimento e se comprometem a colaborar com as investigações, reestruturar seus programas de *compliance*, etc.,²⁰⁰ entende-se que a contrapartida está em o *Prosecutor* se comprometer a retirar a acusação, contanto que a empresa, durante um determinado período de tempo *-probation-*, não venha a descumprir o acordo.

Nesta linha, um acordo em condições desiguais pode estar longe dos ideais de justiça

¹⁹⁸ A lei chilena 20393 institui um modelo de certificação dos programas de *compliance*, que podem ser expedidos por empresas de auditoria externa, sociedades classificadores de riscos ou outras entidades registradas na Superintendência de Valores e Seguros. In: BACIGALUPO, Henrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance", a propósito del proyecto de reformas del Código Penal de 2009. *Diario la Ley*, v. 31, n. 7442, p. 6-10, 9 jul. 2010.

¹⁹⁹ Registra-se, por oportuno, que no contexto dos mencionados "acordos", em geral são exigidas a mencionada reformulação do programa de *compliance*. In GARRET, Brandon L. Op. cit. p. 147 e segs.

²⁰⁰ SOUZA, Artur Brito Gueiros. **Programas de compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica**. Tese (Concurso Público Professor Titular de Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 70.

e fora dos propósitos da própria legislação ao incentivar medidas de autocomposição dos conflitos. À guisa de fundamentação dessa linha de raciocínio, observa-se o pensamento de Michal Sandel:

(...) argumentei até aqui que o consentimento não é condição suficiente para a obrigação moral; um acordo em condições desiguais pode estar tão longe de oferecer benefícios mútuos que nem mesmo seu caráter voluntário pode sustentá-lo. Gostaria agora de oferecer um argumento ainda mais provocativo: o consentimento não é condição necessária da obrigação moral. Se o benefício mútuo foi bastante claro, as reivindicações morais de reciprocidade podem prevalecer, ainda que não haja um ato final de consentimento.²⁰¹

Os acordos também precisam ser de conhecimento de todos os setores da empresa, especialmente daqueles encarregados do seu programa de *compliance*, que devem ter amplos poderes para analisar, avaliar e até vetá-los. Essas reais medidas servem para assegurar que todos os setores das empresas tenham amplo conhecimento de todos os termos daquilo que foi acordado e não tragam desinformações ou informações contraditórias para os demais setores, o que em nada contribui para os ganhos da atividade empresarial.

Nesse diapasão, os acordos firmados a partir de informações que se revelam, *a posteriori*, inverídicas, podem levar à ruptura dos mesmos com a suspensão dos benefícios obtidos e maiores dificuldades na celebração de novos compromissos a partir da quebra da confiança que permeou as tratativas iniciais.

Assim, também a atuação de contadores e advogados vê-se restringida na celebração de acordos paralelos. Há uma restrição, portanto, da atuação dos chamados *gatekeepers and Watchdogs*, que devem ser realizados apenas pelos órgãos de direção da empresa ou pelo setor de *compliance*, com amplo conhecimento de todos os demais setores da empresa.

Finalmente, os acordos determinam uma série de medidas de treinamento sobre como lidar com denúncias anônimas e medidas anti-retaliação às denúncias apresentadas, tudo para assegurar que novos casos sejam efetivamente comunicados aos setores de *compliance* da empresa e integrados ao conhecimento de todos os setores das empresas, para que a realização das devidas medidas de investigações internas possam se concretizar e a responsabilização dos culpados possa se efetivar na prática.

Não se desconhece aqui as críticas que podem ser feitas a um modelo de justiça negociada sob a ótica da violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, na medida em que o judiciário teria uma posição passiva, de mero espectador, ao mesmo tempo em que

²⁰¹ SANDEL. Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Eloisa Matias e Maria Alice Máximo, 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 183.

sobrepular-se-ia o papel discricionário do Ministério Público.²⁰²

Sustenta-se, todavia, que com cautela essa forma de solução dos conflitos deve ser prestigiada no sistema brasileiro, que caminha a passos largos na direção da lógica negocial dos processos e minimização do Direito Penal, a garantir a efetividade e celeridade processual, sem prejuízo de um controle judicial capaz de julgar ilegalidades e arbitrariedades que possam ser praticadas.

4.2 ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO CONTEXTO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA NEGOCIADA (PLEA BARGAINING)

Os parâmetros de flexibilização da responsabilidade empresarial podem ser encontrados em numerosos acordos de suspensão de processos, os chamados DPAs - *Deferred Prosecution Agreements*, ou de não instauração de processos, os *Non-prosecution Agreements*, celebrados entre o Departamento de Justiça norte-americano e as corporações, especialmente após os escândalos envolvendo a empresa Enron, sempre procurando evitar os indiciamentos, ou, em caso de início do processo, o deferimento de sua suspensão.

A influência do modelo processual penal norte-americano alcançou vários ordenamentos processuais europeus, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, quando estes remodelaram seus institutos para adequarem-se à *plea bargaining*, gerando os equivalentes funcionais na Alemanha, Itália, França e Argentina.²⁰³

Neste participar, é conveniente apresentar algumas distinções que são funcionais para a perfeita compreensão das diversas modalidades em que a *plea bargaining* se apresenta no contexto processual norte-americano. Há distinção, assim, entre a *charge bargaining* ou *charge concession*, *sentence bargaining* ou *sentence concession*, ou ainda, entre uma chamada forma mista de negociação.

No primeiro caso, trata-se de negociação acerca da própria acusação ou imputação típica. Por exemplo, em troca da admissão de culpa do acusado, o Ministério Público (MP)

²⁰² Segundo o Prof. Aury Lopes Jr.: A lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atunado mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito. A *negociation* viola desde logo este pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco submete-se aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. In: Lopes Júnior, Aury. Op. cit., p. 139.

²⁰³ Veja a esse respeito o excelente estudo de LANGER, Maximo. Harv. Int'l L.J 45, 2004, p. 1 e ss.

compromete-se a desclassificar a acusação para outra de menor gravidade, punível com uma pena mais branda (p. ex., de *murder* para *manslaughter*,²⁰⁴ de uma *felony* para um *misdeemeanor*; ou até mesmo para um ilícito administrativo).

No segundo caso, trata-se diretamente de negociação da sanção penal. Em troca da declaração de culpa em relação à imputação original, o Ministério Público compromete-se a recomendar ao juiz uma sanção de certa natureza, sempre menos grave do que aquela que seria cabível originalmente, caso não houvesse o acordo, por exemplo, a aplicação de uma pena de multa em vez da pena privativa de liberdade.

Na última hipótese, os critérios se entrecruzam mutuamente: o Ministério Público renuncia ao procedimento de algum(s) crime(s) e, concomitantemente, propõe ao juiz a aplicação de uma determinada sanção alternativa àquela prevista abstratamente no tipo penal. A *plea bargaining*, em sua essência, conforme posição defendida por Pedro Soares de Albergaria, foi uma construção dos atores processuais (Ministério Público, Juízes, acusados e Defensores), para satisfazer seus interesses próprios, antes de qualquer outra coisa.²⁰⁵

Nesse contexto, o Ministério Público foi o principal expoente dos acordos e negociações para aplicação das penas, não só pelo poder de acionar a Justiça como pela ausência de critérios rígidos de fixação e aplicação da pena no sistema norte-americano. Em decorrência, permitiu-se uma ampliação dos poderes discricionários dos promotores para propor acordos com acusados e advogados, visando à obtenção do reconhecimento de culpa dos acusados e de negociação com os demais atores processuais. Dentro dessa lógica de justiça negociada, a *plea bargaining* (com a declaração de culpa- *plea guilty*²⁰⁶-, antes vista como exceção), passou a ser a regra de solução dos processos; de outro lado, o julgamento em si, o *Trial Jury*, tornou-se a exceção.²⁰⁷

²⁰⁴ *Maunslaughter* - Homicídio culposo: Homicídio privilegiado (morte de um ser humano causada por outro ser humano, sem premeditação ou dolo, ou por outro motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção).

²⁰⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Edições Almedina. S.A, 2007. p. 30 e ss.

²⁰⁶ Segundo lição de Luciene Angélica Mendes: O *plea bargaining* não implica, necessariamente, em *guilty plea*, ou seja, na admissão de culpa. Mas quando isso ocorre, o réu abre mão de diversos direitos constitucionais, como a proteção contra a auto-acusação, o julgamento pelo júri, o direito de contrariar as provas da acusação e até mesmo o direito de apelar. Disponível em: <<http://www.wcl.american.edu>>. Acesso em: 11 jun.2017.

²⁰⁷ A expansão da justiça negociada (*plea bargaining*), primeiro nos E.UA e, atualmente, nos países continentais, deve-se muito também a acolhida dessa forma de resolução dos processos pela Suprema Corte Americana. Nesse sentido, a exaltação das virtudes da *negotiated plea*, pode-se observar em *Santobello v. New York* (404 U.S. 257- 1971, Relator Juiz Warren Burger), onde destaca-se: A resolução dos casos criminais por acordo entre procurador e o acusado, por vezes vagamente chamada *plea bargaining*, é um componente essencial da administração da justiça.

Este é o posicionamento de Griffiths, aludindo à concepção do processo penal como batalha entre o Estado e o indivíduo: "(...) um processo penal sem a instituição das *guilty pleas* é aparentemente tão impossível de conceber como uma guerra sem o instituto da rendição".²⁰⁸

Esse poder de barganha do Ministério Público está intimamente ligado à carga probatória das evidências que o promotor dispuser no momento da propositura dos acordos, pois, quando estiver diante de poucos elementos de prova, os chamados casos fracos ou *weak cases*, tenderá a ser generoso nas condições que fazem parte do acordo. Já nos casos fortes ou *strong cases*, a generosidade tende a não estar presente nas propostas feitas pelo Ministério Público.

A esse respeito, complementa o pensamento do processualista italiano Calamandrei²⁰⁹ sobre a construção lógica da sentença, a lição de Aury Lopes Jr., para quem:

Por derradeiro, tanto no jogo como na guerra, importam a estratégia e o bom manuseio das armas disponíveis. Mas, acima de tudo, são atividades de alto risco, envoltos na nuvem de incerteza. Assim deve ser visto o processo, uma relação jurídica dinâmica inserida na lógica do risco. Reina a mais absoluta incerteza até o final. Como boa guerra, é um jogo em que a estratégia e a habilidade são cruciais. Logo, risco multiplicado.²¹⁰

Neste contexto de justiça negociada, a *plea bargaining* pode ser utilizada pelo acusado e seu defensor também como forma de pressionar o Ministério Público, valendo-se do *Speedy Trial Act* de 1974, revisto em 1979, pressão esta que aumenta à medida que se aproxima o termo dos atos peremptórios previstos na lei para cada uma das fases que antecedem o julgamento.²¹¹ Ademais, com o passar do tempo, os promotores sentem-se tentados a ceder a algumas exigências da defesa para evitar os riscos de uma *motion to dismiss*, uma espécie de arquivamento que poderá prejudicar a propositura de nova acusação; isso sem falar na sobrecarga de trabalho, no risco do desaparecimento de testemunhas da acusação e de eventuais manobras dilatórias levadas a efeito pela defesa.

Quanto à participação do Juiz nos acordos entabulados entre a acusação e a defesa,

²⁰⁸ GRIFFITHS, Yale, L. J, 79 (1970), p. 359. Apud DE ALBERGARIA Pedro Soares. Op. Cit., p.64.

²⁰⁹ CALAMANDREI, Pietro. **Introduzione allo Studio Sistematico del Provedimenti Cautelari**. Padova, CEDAM, 1936, p.18.

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 67

²¹¹ O *Speedy Trial Act* (18 U.S.C. §§ 3161-3174) rege o ordenamento federal, mas legislação análoga existe também em vários ordenamentos estatais, referentes a duração das fases processuais, impondo prazos curtíssimos entre a detenção e a acusação (30 dias) e esta e o julgamento (70 dias).

em geral, nos EUA, a participação judicial está juridicamente vedada. Entretanto, diante da coexistência de textos normativos de diferentes níveis, alguns Estados americanos permitem uma participação do juiz, desde que não seja desencadeadora da negociação, como no caso de Illinois, ainda com aqueles que não estabelecem limites a essa participação, como ocorre nos Estados da Florida e da Carolina do Norte. Isso não significa que os acordos realizados entre as partes não tenham de passar pela chancela judicial, podendo ser rejeitada a negociação pelo Tribunal *in exercise of sound judicial discretion*.²¹²

4.3 ACORDOS DE *NON-PROSECUTION AGREEMENTS* E *DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS* E SUA INTERFACE COM EXIGÊNCIAS DE *COMPLIANCE* EFETIVO

Os DPAs (*Deferred Prosecution Agreements*) e os NPAs (*Non Prosecution Agreements*), embora assemelhados, não se enquadram nos conceitos tradicionais de negociação de culpa (*plea-bargaining process*). Por meio dos *agreements* referidos, uma empresa negocia e aceita uma combinação de restituição, sanções monetárias e outras medidas de governança ou reformas estruturais, sem, contudo, declarar-se culpada dos crimes, o que lhe traz benefícios para a sua imagem e negócios.²¹³ Além da empresa se comprometer a pagar multas bem menores das que as que lhe seriam impostas em uma decisão judicial, ainda evita as consequências acessórias de uma condenação criminal, como a proibição de contratar com a administração pública.

Dentre os casos pesquisados, cita-se o acordo realizado em dezembro de 2015, envolvendo o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) e os Bancos *Corner Banca SA* (Corner) e *Bank Coop AG (Bank Coop)*, ambos integrantes do Programa de Bancos Suíços. O mencionado programa foi anunciado em agosto de 2013, quando os bancos elegíveis para ingressarem no mencionado programa foram obrigados a informar ao Departamento de Justiça norte-americano, até 31 de dezembro daquele ano, os motivos que eles teriam para acreditar que praticaram delitos fiscais relacionados com impostos advindos de contas não declaradas nos Estados Unidos.

²¹² Ver Santobello v. New York. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/US/404/257/case.html>>. Acesso em: 31 mai.2016

²¹³ ALEXANDER, Cindy R; COHEN, Mark A. The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution and plea agreements. **American Criminal Law Review**, n. 52, 2015. p. 537.

No âmbito do referido programa, os bancos foram obrigados a uma divulgação completa de suas atividades de fronteira; fornecer informações detalhadas numa base conta-a-conta das contas de interesses de cidadãos americanos; cooperar com as autoridades em pedidos de dados detalhadas de contas; fornecer informações sobre outros bancos que transferiram fundos em contas secretas ou que aceitaram fundos quando essas contas foram fechadas; concordaram em fechar contas de correntistas que não conseguiram cumprir com as obrigações impostas pelo governo americano e pagar as penalidades adequadas.

Conforme os termos do acordo de não acusação criminal, cada um dos bancos concordou em cooperar com todo e qualquer procedimento civil ou criminal das autoridades americanas, além de demonstrar a implementação de medidas de controle para cessar as violações envolvendo contas não declaradas, com cidadãos americanos e pagar a penalidade imposta. Em retribuição, o Departamento de Justiça não processaria aqueles bancos por crimes tributários relacionados aos impostos que incidiriam sobre as operações envolvendo as mencionadas contas.²¹⁴

O Banco *Corner* forneceu a seus clientes a opção de celebrarem contratos de *hod-mail*, o que permitiu que os correntistas americanos continuassem com contas fora dos Estados Unidos, a fim de ocultar ativos e receitas da IRS - Receita Federal dos EUA. O referido banco forneceu contas numeradas e permitiu a correspondência de nome de contas com códigos, o que permitiu que os correntistas americanos mantivessem suas identidades secretas, ocultando ativos e rendas da Receita americana das contas que estavam em nomes de estruturas montadas para ocultar os verdadeiros correntistas, como empresas, *trusts* e fundações.

Dentre os acordos de suspensão do processo - *Deferred Prosecution Agreement* - destaca-se o realizado entre o Departamento de Justiça norte-americano e a montadora de veículos alemã *Daimler AG*, acusada de violação da FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*.²¹⁵

²¹⁴ Under the program, banks are required to: make a complete disclosure of their cross-border activities; provide detailed information on an account-by-account basis for accounts in which U.S. taxpayers have a direct or indirect interest; cooperate in treaty requests for account information; provide detailed information on to other banks that transferred funds into secret accounts or that accepted funds when secret accounts were closed; agree to close accounts of account holders who fail into compliance with U.S. reporting obligations; and pay appropriate penalties. Swiss banks meeting all of the above requirements are eligible for a non-prosecution agreement. According to the terms of the non-prosecution agreements signed, each bank agrees to cooperate in any related criminal or civil proceedings, demonstrate its implementation of controls to stop misconduct involving undeclared U.S. accounts and pay a penalty in return for the department's agreement not to prosecute these banks for tax-related criminal offenses. Disponível em: <<http://www.lib.law.virginia.edu.Garrett/prosecution-Agreements/sites/default/files/press.release/bank-coop.pdf>>. Acesso em: 03 jul.2017.

²¹⁵ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Daimler AG and Three Subsidiaries Resolve Foreign

No acordo foi estabelecido, além da suspensão do processo, a redução do valor da multa original em 20%, após compromisso assumido pela empresa de cooperação com as autoridades americanas e criação de programas de *compliance*. A juízo das autoridades americanas, a *Daimler* conduziu eficiente investigação interna e compartilhou pronta e integralmente os resultados dessa investigação com os órgãos oficiais do DOJ e da SEC.

O Departamento de Justiça norte-americano detalhou os aspectos da investigação interna da *Daimler* que considerou relevantes:

Entre os fatos considerados, estão: a divulgação voluntária e tempestiva ao Departamento de Justiça e à SEC acerca dos fatos investigados internamente pela empresa; a realização de uma investigação interna relacionada a esta e outras irregularidades; o reporte regular de todas as descobertas da investigação interna ao Departamento de Justiça; a cooperação da empresa com as investigações conduzidas pelo Departamento de Justiça e pela SEC e a concordância da empresa em continuar cooperando com as investigações do DOJ de violações da FCPA em que a empresa, seus agentes, consultores e subsidiárias tenham envolvimento.²¹⁶

Dentre os acordos de *Deferred Prosecution Agreements* pesquisados junto ao site da Universidade de Michigan, destaca-se o firmado entre DOJ e GOOGLE. A empresa Google concordou em pagar a quantia de US\$ 500 milhões de dólares em razão de estar envolvida na indevida prescrição/comercialização, por intermédio de farmácias canadenses, de medicamentos de ação controlada e não controlada para consumidores residentes nos E.U.A, conforme anunciado pelo Procurador-Geral James M. Cole; Peter F. Noronha, advogado para o Distrito de Rhoda Island; e Katlen Martins-Weis, Diretor Interino do Escritório de Pesquisa Criminal (FDA/OCI) da Administração de Alimentos e Medicamentos dos E.U.A.

A multa aplicada foi uma das maiores já impostas nos EUA e representa o resultado da realização de propaganda pelas farmácias canadenses através do programa AD WORDS do Google, mais a receita bruta pelas farmácias canadenses, através do programa referido, através do qual foi realizada a venda dos medicamentos para consumidores dos Estados Unidos.

A prescrição e comercialização de drogas por farmácias fora dos EUA a consumidores americanos violava a Lei Federal de Alimentos e Drogas, em caso de prescrição

Corrupt Practices Act Investigation and Agree to Pay \$ 93.6 Million in Criminal Penalties. Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/daimler-ag-and-three-subsidiaries-resolve-foreign-corrupt-practices-act-investigation-and>>. Acesso em: 05 jul.2017.

²¹⁶ UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Deferred Prosecution Agreement between Daimler AG and the United States Department of Justice. 24 mai. 2010. Disponível em: <<http://justiceiroault/files/criminal-fraud/legacy/2011/02/16/03-24-10daimlerag-agree.pdf>>. Acesso em: 05 jul.2017 (tradução livre).

de drogas controladas e não-controladas para os EUA por ou pelo o Canadá e outros países. A importação e prescrição de drogas para consumidores dos EUA é quase sempre ilegal, porque o FDA não pode assegurar a eficácia e segurança da prescrição de drogas que não sejam aprovadas pelo Departamento de Investigações Criminais Anti-Drogas (FDA's), visto que as drogas podem não atender os requisitos da FDA's, podem não ter sido manufaturadas, guardadas/armazenadas ou distribuídas sob condições adequadas e podem, ainda, não estar dentro das prescrições de validade. Enquanto o Canadá tem as suas próprias leis regulatórias para a prescrição de drogas, farmácias canadenses que prescrevem drogas aos residentes dos EUA podem não estar sujeitas às autoridades regulatórias do Canadá. Além disso, muitas dessas drogas vendidas são obtidas de outros países que não dispõem de adequadas regulamentações farmacêuticas.

Esse acordo firmado com o DOJ assegurou que a GOOGLE reformulasse suas práticas de publicidade inadequadas em relação às farmácias, enquanto impôs a elas que pagassem uma das maiores penalidades financeiras já vistas na história do Departamento de Justiça norte-americano.

Em 2009, depois que a GOOGLE teve conhecimento da investigação realizada pelo Escritório de Advogados de Rhode Island e da FDA/OCI, tomou uma série de medidas para evitar a venda ilegal de medicamentos pela internet por farmácias para consumidores dos Estados Unidos. Entre outras coisas, a GOOGLE começou a exigir que os anunciantes de farmácias *online* fossem certificados pela Associação Nacional dos Conselhos de Farmácias de Programas de sites de farmácias, que comumente realiza visitas aos sites.

Também o DOJ passou a exigir que a GOOGLE apresente um rigoroso padrão contra a emissão de prescrições baseadas em simples consultas *online*, e mais, significativamente, não certifique as farmácias canadenses *online*. Além disso, a GOOGLE mantém uma empresa independente para aprimorar técnicas de detenção de publicidade de farmácias que explorem as falhas nos sistemas de triagem da GOOGLE.

Sob os termos do acordo, assinado pela GOOGLE e pelo governo norte-americano, a empresa reconhece que ajudou intencionalmente as farmácias *online* na publicidade de medicamentos proibidos e sua responsabilidade por isso.²¹⁷

Também é possível que os DPAs e NPAs sejam firmados conjuntamente com acordos de *plea-bargaining agreements*. Em 2014, o Departamento de Justiça norte-

²¹⁷ US, DPA. Disponível em: <http://www.lib.law.virginia.edu/Garrett/prosecution-agreements/sites/default/files/pres.release/Google.pdf>. Acesso em: 30 jun.2017.

americano aceitou o *plea agreements da Avon Products (China) Co. Lt.* (subsidiária) e firmou um DPA com a *Avon Products. Inc.* (a empresa mãe) em razão de violações da FCPA. Os *plea-agreements* são mais rigorosos que os DPAs e uma tendência tem sido o que ocorreu neste caso, conceder a empresa principal a suspensão da ação penal e fazer uma transação, com reconhecimento de culpa, com a empresa subsidiária, quando os fatos tenham ocorrido em seu âmbito. No *plea-agreements* não foi determinado nenhum tipo de *probation* (período de acompanhamento e supervisão) porque no DPA a empresa-mãe, a *Avon Products. Inc.*, havia concordado com a exigência de um monitor independente.²¹⁸

No DPA firmado com a *Avon Products. Inc.*, em razão da falta de controles internos adequados que tornem possível o esquema de falsificação de livros e registros na subsidiária chinesa, o Departamento de Justiça incluiu no acordo cláusulas obrigando a empresa a reforçar seu programa de *compliance*, destinado a evitar e detectar violações do FCPA e outras leis anticorrupção em todas as operações, incluindo filiais, agências, subsidiárias e terceirizadas, assim como modificar e adotar novo sistema de auditoria interna que garantisse registros contábeis acurados e um rigoroso código de *compliance* anticorrupção.²¹⁹

A análise dos acordos de DPAs e NPAS do Departamento de Justiça norte-americano, firmado com várias empresas e suas subsidiárias, com sede nos Estados Unidos ou fora do território norte-americano, trazem contribuições para o cenário brasileiro, em especial no tocante as medidas adotadas como requisitos para a celebração e eficácia dos acordos.

4.4 ACORDOS FIRMADOS POR EMPRESAS COM A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU) COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Controladoria Geral da União (CGU) passou recentemente por mudança institucional, passando a integrar o Ministério de Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), por intermédio da Medida Provisória 726,²²⁰ editada pelo presidente em exercício

²¹⁸ O monitor irá reportar ao Conselho de Administração da Avon assim como ao Departamento de Justiça suas conclusões a respeito da implementação do programa de compliance, podendo propor recomendações para aumentar a efetividade do programa. In: DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT. United States v. Avon Products. Inc. Case 1:14-cr-828-GBD Document 4. Disponível em: <<http://www.justice.gov/slides/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/12/30/avon-dpa-file-stamped.pdf>>. Acesso em: 20 jun.2017.

²¹⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Anticorrupção e compliance**: a incapacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de *compliance*. Op. cit.

²²⁰ A MP 726, foi convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, que alterou as Leis nºs. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de

Michel Temer.

Já sob a nova denominação de Ministério de Transparência, Fiscalização e Controle, foi firmado, no dia 10 de julho de 2017, acordo de leniência com a empreiteira UTC, que aceitou pagar a quantia de R\$ 574 milhões para escapar da punição de ficar proibida de contratar com o Poder Público. Segundo a Advocacia Geral da União (AGU), que também participou do acordo, foi o primeiro acordo de leniência firmado pelo governo federal com base na Lei Anticorrupção. Nos termos do acordo, a UTC terá de pagar, em até 22 anos, a quantia acima referida, podendo ser o período reduzido caso venha a quitar antes a dívida. Do total, R\$ 400 milhões são referentes a 70% do lucro obtido pela empresa em contratos ilícitos, mais R\$ 110 milhões que serão desembolsados para o ressarcimento de propinas pagas a agentes públicos e R\$ 64 milhões são de multas impostas.

As penas aplicadas à empresa decorreram de julgamento em processo administrativo de responsabilização administrativa, em que o poder público considerou a empresa responsável por formação de cartel e superfaturamento na construção da parte eletromecânica da usina nuclear Angra 3.²²¹

Ainda o Ministério da Transparência e a Controladoria Geral da União lançou, no último dia 06 (seis) de junho do corrente ano (2017), um sistema que unifica os processos administrativos de responsabilização de empresas no Poder Executivo Federal. O chamado Sistema CGU-PJ, de preenchimento obrigatório para ministérios, autarquias e empresas estatais, visa dar maior celeridade, monitoramento e aperfeiçoamento aos trabalhos na área de fiscalização e julgamento a partir do cadastramento dos processos instaurados contra empresas investigadas por atos de corrupção. Em face disso, o Governo Federal terá um diagnóstico completo da apuração dos casos de corrupção, com a identificação de eventuais melhorias ou aperfeiçoamento na condução dos processos e, ainda, na respectiva legislação.²²²

No Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), constam as

24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.htm>. Acesso em: 11. jul.2017.

²²¹ Três executivos da empresa UTC, inclusive o seu presidente, estão envolvidos na Operação Lava-Jato em razão da participação da empresa em esquemas de corrupção da Petrobrás. Condenado a 08 anos e dois meses de prisão, o presidente Ricardo Pessoa cumpre prisão domiciliar em razão de acordo de delação premiada feito com o Ministério Público Federal, em que delatou um esquema de pagamento de propina a cerca de 20 políticos e servidores públicos. O esquema de corrupção envolveu as empresas Petrobrás, Angra 3 e Eletrobrás.

²²² O Sistema permitirá, ainda, que as sanções aplicadas às empresas sejam diretamente divulgadas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que reúnem a lista de pessoas jurídicas punidas com base na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) e na Lei de Licitações (Lei nº 8666/1993), respectivamente. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 06 jun.2017.

penalidades vigentes aplicadas a 4,3 mil pessoas físicas e 5,3 pessoas jurídicas distintas pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU). Dentre as empresas punidas, seis construtoras estão envolvidas na Operação Lava-Jato. São elas: Mendes Júnior, Skanska, Iesa Óleo e Gás, Jaraguá Equipamentos Industriais, GDK S/A e Alumini Engenharia.

No âmbito da antiga Controladoria Geral da União (CGU), foi lançado o documento intitulado Programa de Integridade - Diretrizes para Empresas Privadas. O objetivo do mencionado documento consiste em esclarecer o conceito de integridade para as empresas, em consonância com a Lei nº 12.846/13 e sua regulamentação pelo Decreto nº 8.420/2015. As diretrizes do documento também buscam auxiliar as empresas a construir e aperfeiçoar políticas e instrumentos destinados à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos à administração pública, tais como suborno de agentes públicos nacionais ou estrangeiros, fraudes em processos licitatórios ou embaraço às atividades de fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos.

Os cinco pilares do Programa de Integridade da CGU são:²²³

1 - Comprometimento e apoio da alta direção.

2 - Instância Responsável pelo Programa de Integridade.

3 - Análise e perfil de riscos.

4 - Estruturação das regras e instrumentos. 4.1 Padrões e ética e de conduta; 4.2 Regras, políticas e procedimentos para mitigar os riscos; 4.3 Comunicação e Treinamento; 4.4. Canais de denúncias; 4.5 Medidas Disciplinares; 4.6 Ações de remediação.

5 - Estratégias e monitoramento contínuo.

O Programa de Integridade²²⁴ tem como foco a adoção de medidas anticorrupção pelas empresas, especialmente aquelas que visam a prevenção, detecção e remediação de atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira, previstos pela Lei nº 12.846/2013. O Programa de Integridade não se confunde com eventuais programas de *compliance* já existentes no âmbito das empresas e deve ser adotado mesmo por aquelas que já dispõem de uma estrutura adequada para o cumprimento das leis em geral. Assim, mesmo empresas que já disponham de seu programa de *compliance* devem adaptar-se às novas exigências da lei

²²³ BRASIL. CGU. PROGRAMA DE INTEGRIDADE E DIRETRIZES PARA EMPRESAS PRIVADAS . Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicações/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 10 jun.2017.

²²⁴ O Decreto nº 8.420/2015, art. 41 define Programa de Integridade: "consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira."

brasileira anticorrupção.

Dentre os pilares acima referidos do programa de integridade, o comprometimento e apoio da alta direção implicam na supervisão, acompanhamento e garantia de meios necessários para serem adotadas as medidas corretivas cabíveis em um programa de integridade. A alta direção deve garantir ainda que os ocupantes de cargos de média gerência tenham ciência do comprometimento da alta administração e os apoiem em suas metas e orientações, a fim de que os funcionários da empresa não se sintam estimulados a burlar as regras.

A instância interna responsável pelo programa de integridade na empresa deve dispor de recursos financeiros, materiais e humanos suficientes, além de autonomia para exercer suas funções, de sorte que sejam concretizadas as ações constantes do programa de integridade instituído pela empresa. Também é de vital importância para o regular funcionamento do programa que a instância interna tenha condições de garantir que indícios de irregularidades sejam apurados da forma mais efetiva possível, ainda que envolvam membros da alta direção da empresa.

A análise de perfil de riscos engloba a análise de informações sobre os setores de mercado em que atua a empresa, seja no Brasil ou no exterior, a estrutura organizacional da empresa (hierarquia interna, processo decisório, principais competências de conselhos, diretorias, departamentos, setores), quantitativo de funcionários e demais colaboradores, nível de interação com órgãos da administração pública e participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada.

Basicamente, a análise de perfil de riscos pelo programa de integridade deve implicar em uma avaliação das características de mercado no qual a empresa atua ou vai atuar na cultura local, nível de regulação estatal, histórico de corrupção, identificação das situações de risco,²²⁵ com a criação de políticas para mitigar os riscos, aumentar o controle sobre as situações de risco e analisar periodicamente as situações de risco e atualizações de políticas.

Na estruturação das regras e instrumentos, tem-se os padrões de ética e de conduta

²²⁵ PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA EMPRESAS PRIVADAS. As principais situações de risco importam em participações em licitações e contratos administrativos, obtenção de licenças, autorizações e permissões, contato com o agente público ao submeter-se a fiscalização, contratação de agentes públicos, contratação de ex-agentes públicos, oferecimento de hospitalidades, brindes, presentes a agentes públicos, estabelecimentos de metas inatingíveis e outras formas de pressão, oferecimento de patrocínios e doações, contratação de terceiros e fusões, aquisições e reestruturações societárias. Cf. previsões do Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicações/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 10 jun.2017.

que representam o compromisso assumido pelos funcionários e gerentes da empresa expresso em um documento denominado código de ética e conduta.²²⁶ Esses padrões devem ser claros, acessíveis ao público, eis que se trata de uma importante ferramenta de comunicação da empresa com a sociedade e com seus funcionários, por meio da qual ela pode explicitar seus valores e os compromissos esperados ou proibidos.

As regras, políticas e procedimentos para prevenir e detectar irregularidades devem ser coordenadas entre si e de fácil aplicação na rotina de trabalho da empresa. As políticas, por exemplo, devem especificar os seus objetivos, procedimentos público-privados, periodicidade, unidades responsáveis e formas de monitoramento. Nisso, deve-se ter o cuidado para que não se criem excessivos níveis de aprovação de relacionamentos com o Poder Público, de modo que a responsabilidade fique pulverizada e não seja possível apontar responsáveis por eventuais irregularidades.

Quanto aos canais de denúncias, as empresas devem garantir o maior espaço possível de recebimento de denúncias de irregularidades, seja para os funcionários, seja para terceiros e ao público externo. Para a garantia da efetividade dos canais de denúncias, é preciso estabelecer medidas de proteção ao denunciante de boa-fé, garantindo o seu anonimato (quando isso se revelar necessário) e a proibição de retaliações e perseguições.

A previsão de normas disciplinares devem integrar o programa de integridade para garantir a sua efetividade. As normas devem ser escritas e especificar quais são as medidas disciplinares previstas e em que situações se aplicam. As punições devem ser proporcionais ao tipo de violação e grau de envolvimento dos responsáveis, devendo ser aplicáveis a todos os envolvidos, independentemente do cargo ocupado na empresa.

Com a presença de indícios da ocorrência de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, as empresas devem adotar ações de remediações que implicam a instauração de procedimentos de investigações internas, através dos quais os normativos internos devem esclarecer questões como: responsáveis pela apuração das denúncias, prazo

²²⁶ Para fins de atendimento aos requisitos da Lei nº 12.846/13, espera-se que o código de ética e de conduta: a) explicita os princípios e valores adotados pela empresa relacionados à questões de ética e integridade; b) mencione as políticas da empresa para evitar fraudes e ilícitos, em especial as que regulem o relacionamento da empresa com o setor público; c) estabeleça vedações expressas: c.1) aos atos de promover, oferecer ou dar, direta ou indiretamente vantagem indevida a agente público, nacional ou estrangeiro, ou à pessoa a ele relacionada; c.2) à prática de fraudes em licitações e contratos com o governo, nacional ou estrangeiro; c.3) ao oferecimento de vantagem indevida a licitante contratante; c.4) ao embaraço à ação de autoridades fiscalizatórias. d) esclareça sobre a existência e a utilização de canais de denúncias e orientações sobre questões de integridade; e) estabeleça a proibição de retaliação a denunciante e os mecanismos para protegê-los; f) contenha previsão de medidas disciplinares para casos de transgressões às normas e às políticas da empresa.

para a conclusão dos trabalhos, identificação da instância ou autoridade para a qual as conclusões deverão ser reportadas e adoção de outras ações, como colaboração com os órgãos da administração pública e reparação dos danos causados, o que poderá beneficiar a empresa em eventual processo administrativo de responsabilização.²²⁷

Por fim, a empresa deve elaborar estratégias de monitoramento contínuo das irregularidades para verificar a efetiva implementação do programa de integridade, para que possa identificar eventuais falhas e desajustes para fins de correções e aprimoramentos. Esse monitoramento pode ser feito mediante a coleta e análise de informações advindas de relatórios regulares sobre as rotinas do Programa de Integridade ou sobre investigações relacionadas, tendências verificadas nas reclamações dos clientes da empresa, informações obtidas do canal de denúncias e relatórios de agências governamentais reguladoras ou fiscalizadoras.²²⁸

Desse quadro, observa-se que ganha importância, no âmbito do Poder Executivo Federal, a implementação ou reforço de programas de *compliance* pelas empresas como condição para eficácia dos acordos de leniência realizados pela pessoa jurídica com os órgãos da administração pública competentes para celebrá-los.

4.4 DA PARTICIPAÇÃO E IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

O Ministério Público como instituição permanente, essencial à administração da justiça e constitucionalmente²²⁹ encarregada da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, vem se notabilizando como uma das instituições fortes e independente no combate à corrupção e defesa do patrimônio público.

Assim, considera-se salutar a iniciativa do projeto de lei 3636/15,²³⁰ que permitiu a

²²⁷ O art. 7º, inciso VII, da Lei 12.846/2013 prevê que as empresas podem ter as sanções diminuídas por cooperar com a apuração das infrações. No caso da assinatura de acordo de leniência, é requisito da cooperação efetiva a identificação dos envolvidos na infração, o fornecimento célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, incisos I e II).

²²⁸ PROGRAMA DE INTEGRIDADE PARA EMPRESAS PRIVADAS. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicações/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 10 jun.2017.

²²⁹ Segundo o art. 127 da CF/88: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

²³⁰ O Projeto de Lei 3636/15, do Senado Federal, permite a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública nos acordos de leniência celebrados por órgãos públicos de controle com empresas responsáveis pela

intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência, tornando-o autoridade legitimada a celebrar estes acordos com as empresas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira para garantia da indisponibilidade do interesse público e resguardo da ordem jurídica.

A importância do papel do Ministério Público só vem a reforçar a utilidade do instrumento em questão, permitindo que haja completa fiscalização sobre os termos e condições do acordo, seja quando os acordos de leniência forem celebrados diretamente com o Ministério Público, seja quando outras instituições o tenham firmado com as empresas envolvidas em corrupção. Nesse último caso, os acordos de leniência deverão passar pelo crivo e chancela ministerial. Essa não foi, contudo, a posição adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (que abrange os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) ao não reconhecer legitimidade ao Ministério Público Federal para firmar acordos de leniência com base na lei anticorrupção.²³¹No mencionado julgamento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que o acordo de leniência firmado entre a empreiteira Odebrecht e o Ministério Público Federal teria de ter a necessária participação da Controladora-Geral da União (CGU) e da Advocacia-Geral da União (AGU), conforme prevê a lei anticorrupção.

Entedemos equivocada a posição do referido Tribunal, uma vez que melhor que o acordo de leniência seja qualificado pela presença e participação do Ministério Público do que desqualificado posteriormente de descrerioso e indevido, inclusive como risco de sua nulidade ser postulada e reconhecida pelo Poder Judiciário.²³²

Além disso, a legitimidade do Ministério Público com base na lei anticorrupção pode-se inferir dos artigos 19 e 20 da Lei 12.846/2016, onde expressamente consta previsão legal acerca da legitimidade ministerial para o ajuizamento de ações visando a aplicação das sanções civis e administrativas à pessoa jurídica. Nesse último caso, quando houver omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. Ademais, a previsão do § 10, do artigo 16, da lei em questão, que reconhece a Controladoria-Geral da

prática de atos ilícitos contra a Administração Pública. O acordo prevê a colaboração das empresas em troca de redução das punições. PL 3626/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop-Detalhe.asp?id=20553550>>. Acesso em: 08jun.2017.

²³¹ AI N°5023972-66.2017.404.0000 (Processo Eletrônico). Rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, 3ª Turma do TRF-4ª, julgamento em 22/08/2017. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br>>. Acesso em 29.set.2017.

²³² GENTIL, Plínio Antonio Britto; LIMA, Charles Hamilton Santos; LIVIANU, Roberto; BERCLAZ, Márcio Soares; RODRIGUES, Tiago de Tolego; COSTA, Gustavo Roberto. **Intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência é imprescindível**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/mp-debate-intervencao-acordos-leniencia-imprescindivel>>. Acesso em: 08 jun.2017.

União (CGU) como órgão competente para celebrar os acordos de leniência fala no âmbito do Poder Executivo federal, o que, à toda evidência, não exclui a legitimidade do Ministério Público para firmar os acordos de leniência, quando o objeto das negociações disser respeito à matéria pertinente às suas atribuições constitucionais.

Destaca-se, no âmbito do Ministério Público Federal (MPF), a Força-Tarefa da Operação Lava-jato que firmou, em conjunto com a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), acordo de leniência com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e diretores e ex-funcionários das empresas do grupo, com o objetivo de obter informações sobre o cartel de empreiteiras que fraudava licitações realizadas pela Petrobrás. As condutas constituem na fixação prévia de preços, condições, vantagens e abstenção de participações e divisão do mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial *onshore* da Petrobrás no Brasil.²³³

Em agosto de 2015, o Ministério Público Federal firmou acordo de leniência com a Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A, quando a referida empresa se comprometeu a implantar mecanismo modernos e eficazes de *compliance* com regras de combate à corrupção. O acordo foi tornado público, embora com algumas restrições, nos autos da ação de improbidade administrativa proposta contra a empresa pelo MPF na Justiça Federal do Paraná. Destaca-se esse acordo por ter sido o primeiro em que foi imposta condição de formular e implementar um programa de *compliance*.²³⁴

Em 13 de janeiro de 2017, o Ministério Público Federal firmou acordo de leniência com a *Rolls-Royce*, em função de atos praticados em benefício de empresas pertencentes ao grupo econômico investigado no âmbito da operação Lava-Jato. O acordo prevê o pagamento, pela empresa, da quantia de R\$ 81.183.700,00 (oitenta e um milhões, cento e oitenta e três mil e setecentos reais) que serão destinados ao ressarcimento dos prejuízos causados à Petrobrás. O valor abrange lucros líquidos obtidos em 06 (seis) contratos firmados com a Petrobrás, comissão de intermediário e multa da Lei de Improbidade Administrativa.²³⁵

Destaca-se ainda o acordo de leniência firmado entre o MPF e o Grupo J&F, em que a holding terá de pagar a quantia de R\$ 10,3 bilhões. Um dos diferenciais do referido acordo é

²³³ MPF e CADE celebram acordo de leniência para obter provas de cartel na Petrobrás. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 10 jul.2017.

²³⁴ O termo de acordo pode ser visualizado nos autos da ação de improbidade administrativa em tramitação perante a 5ª Vara Federal de Curitiba/PR. Processo Eletrônico nº 5006717-18.2015.404.7000 chave de acesso 890040590515. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br>>. Acesso em 11 jul.2017.

²³⁵ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr.mpf-firma-acordo-de-leniencia-Com-rolls-Royce>>. Acesso em: 18 jan.2017.

que pela primeira vez, recursos financeiros adquiridos em decorrência de crimes como corrupção poderão ser usados no combate a essa prática. É que, entre os projetos sociais que poderão ser executados pelo Grupo J&F estão iniciativas educacionais, focadas em direitos humanos, cidadania e prevenção à corrupção.²³⁶

²³⁶ Disponível em ><http://www.mpf.mp.br>. Acesso em 23. jan.2017.

CONCLUSÃO

O *Compliance* é analisado dentro de um contexto próprio de uma sociedade de risco e como um novo paradigma de governança corporativa no meio empresarial, embora com esta não se confunda, sendo um dos seus aspectos. A autorregulação das empresas apresenta-se como uma necessidade da sociedade de risco, visando mitigá-lo a partir da co-atuação do Estado com o poder econômico.

Necessária, portanto, a existência de investimentos tanto do Estado, como do setor privado, para a efetivação de programas confiáveis e efetivos de integridade, visando a prevenção de ilícitos. Tais mecanismos de prevenção, identificação e inibição das práticas ilícitas previnem a perda de ganho econômico, de imagem e de segurança para o meio empresarial, razão pela encontram ampla adoção no cenário internacional, potencializada pela edição de diversos diplomas normativos que os tornam necessários.

Os programas de *compliance* atuam como parâmetros de aferição, ainda, das responsabilidades administrativas, cíveis e criminais da pessoa jurídica, dos seus dirigentes e dos supervisores dos programas, responsabilidade esta relativizada ou suprimida nos exatos limites da confiabilidade e eficácia do programa instituído. Tal implicação na responsabilidade afeta os diversos sujeitos envolvidos na equação, os procedimentos a serem adotados e as medidas coercitivas aplicáveis.

Ainda, mesmo no âmbito da justiça negocial, inclusive nos países de tradição romano-germânica como o nosso, a comprovação da implementação pela empresa de programas confiáveis e efetivos interfere no conteúdo de eventuais acordos de delação premiada e leniência passíveis de serem efetivados.

Caberá ao Estado verificar o que a empresa fez, de forma concreta para prevenir e evitar condutas ilícitas no âmbito de sua atividade, através de controles organizacionais específicos, em particular se foram tomadas todas as medidas razoáveis capazes de impedir violações de leis e regulamentos e se os controles instuídos foram difundidos e monitorados periodicamente. Preenchidos todos requisitos, a diligência da empresa restará comprovada, com as consequências jurídicas e sociais (inclusive em termos de imagem) decorrentes.

Para compreensão do complexo instituto, o Brasil não pode prescindir, totalmente, da experiência internacional, até porque as vultosas transações econômicas modernas são globalizadas, com execução diferida no tempo e no espaço.

Como resultado da presente pesquisa, conclui-se que o combate à corrupção, em especial a praticada no meio empresarial, deve ser exercida, de forma conjunta, pelos agentes da iniciativa privada e pelos órgãos do Poder Público, a partir de uma mudança paradigmática de cultura no ambiente corporativo, transformação que passa pelo emprego da ética e integridade nas relações comerciais e jurídicas.

Nesse diapasão, giza-se a importância dos Programas de *Compliance* nesse desiderato, não só para fins de concessão de tratamento privilegiado às empresas que o adotam, de maneira efetiva, mas sobretudo pela importância que passarão a exercer, sem sombra de dúvida, como medida de prevenção à ocorrência de ilícitos, dentro de um contexto de mudança cultural, desencadeando um círculo virtuoso em direção à inadmissibilidade da corrupção no meio empresarial.

Em 2013 foi editada a Lei 12.846/13 para responsabilizar civil e administrativamente as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira. Como a lei foi editada em atenção à compromissos internacionais decorrentes de assinatura de convenções internacionais anticorrupção, buscou-se fazer um estudo comparativo entre o nosso sistema e o sistema norte-americano a partir da análise de casos concretos (NPAs, DPAs, aplicação das USSG, etc.).

A problemática aventada no início da pesquisa foi verificar se os programas de *Compliance* são hábeis para verificar em que medida/limite é possível a utilização do *Compliance* empresarial como forma de atenuação/mitigação da responsabilidade empresarial.

A partir da análise dos casos ocorridos no Brasil, nos Estados Unidos e nos demais países objeto de análise conclui-se acerca da efetividade dos programas de *Compliance* ou mecanismos de integridade (denominação dada pela nossa lei anticorrupção) tanto na prevenção de ilícitos- atuação antes do fato ilícito- como na atenuação/mitigação das sanções previstas- após a ocorrência da violação.

Contudo, para efetividade dos programas de *Compliance* é preciso dizer que, nesse processo de delegação de tarefas tipicamente estatais para o setor empresarial, faz-se necessário que o aparelho estatal venha a dotar os setores privados, empresas e seus dirigentes, de todos os meios, recursos e condições necessárias para a realização dessa árdua tarefa de combater a corrupção, a partir do fortalecimento dos programas de *compliance*, para que possam cumprir com eficácia a função de prevenir a ocorrência de crimes e outras infrações que possam advir do ambiente corporativo.

Para tanto, é mister também a adoção de medidas de incentivo à adoção de uma cultura de *compliance* no ambiente em questão, o que revela-se fundamental, não apenas no tocante ao tratamento diferenciado na aplicação das sanções cabíveis para as empresas que tenham um efetivo programa de integridade, mas sobretudo na dotação de condições adequadas para garantia da efetividade plena e eficaz de tais programas. Essa a sistemática adotada pelo direito norte-americano, difundida amplamente no cenário europeu.

De outra banda, empresas e dirigentes podem ser responsabilizados por não implementarem seus programas de *compliance* de maneira efetiva e adequada, desde que comprovada suas responsabilidades, nos moldes dos critérios abordados na pesquisa. Não se pode olvidar também que, como sói acontecer, agentes públicos em regra estarão envolvidos em atos de corrupção, praticados em conjunto com as empresas, os quais devem ser igualmente penalizados, posto que seus atos geralmente são tão ou mais graves do que os cometidos pelos agentes do setor privado.

Denota-se a inquestionável influência, no sistema jurídico brasileiro, da legislação norte-americana, muito mais madura e inserida em um sistema próprio do *common law*, que assimila com tranquilidade os institutos próprios da *plea bargaining*, em que a presença das estruturas de *compliance* ganham importância no âmbito de uma justiça negociada. Embora editada em 1977, com as Emendas de 1988 e 1998, a realidade é que a legislação anticorrupção norte-americana (FCPA) ganhou força com a implementação da Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento do Comércio Exterior (OCDE), impondo às economias de mercado a adoção de legislação semelhante.

Analisando a legislação anticorrupção norte-americana, verifica-se a nítida influência dos institutos jurídicos daquele país em nossa lei de combate à corrupção, notadamente a influência do *Compliance* anticorrupção na negociação de acordos entre os órgãos estatais competentes e as empresas envolvidas nos ilícitos empresariais, conforme análise comparativa entre acordos negociais aplicados nos Estados Unidos (DPAs e NPAs) e os acordos de leniência e colaboração premiada no sistema brasileiro, como forma de obtenção de tratamento mais benéfico com sensível redução e até isenção das sanções para as empresas que adotem mecanismos e procedimentos de integridade.

Desses esforços internacionais, resultou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 1997, a qual obrigou 41 países a editar legislação punitiva à corrupção nas transações internacionais.

Como consequência do endurecimento da legislação internacional no combate à corrupção, observa-se uma crescente preocupação com novas formas de investigação dos órgãos estatais para encarar o enfrentamento de tais práticas, mediante o combate direto ao crime organizado, em especial, aos delitos do colarinho branco e os praticados por intermédio das pessoas jurídicas envolvidas nas grandes negociatas internacionais. Esse fortalecimento da repressão estatal passa necessariamente por envolver um *modus operandi* próprio em relação a esses delitos, em muito diferenciados daqueles diuturnamente verificados nos crimes comuns.

Dessarte, o *compliance* apresenta-se ao mesmo tempo como um dos pilares da governança corporativa e também como uma estratégia do Estado no controle da criminalidade empresarial, levando as empresas a adotarem procedimentos de integridade com a promessa de obtenção de um tratamento privilegiado em caso de envolvimento em casos de apuração de atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Paradoxalmente ao aumento da punição para os atos de corrupção, os diplomas legais de combate a essa prática têm incentivado as empresas a adotar programas de *Compliance*, cujo conteúdo e formato são criados pelo próprio ente regulado, dentro de um ambiente próprio de *self-regulationem enforcement*, que se caracteriza por priorizar a própria capacidade da empresa

em impor e definir as condutas internas mais adequadas e eficazes no combate à corrupção e outras práticas ilícitas decorrentes de sua atividade econômico-empresarial.

No caso específico do *criminal compliance*, como forma de materialização da responsabilidade empresarial, a qual decorre de falhas ou defeitos da organização empresarial, da falta de vigilância e controle na prevenção e repressão de atividades ilícitas ou da própria culpa empresarial formada a partir de um conceito de *good citizens corporate*.

Por tal razão, impõe-se a necessidade do estabelecimento de padrões rígidos de verificação da ausência do cumprimento dos deveres de *compliance* que os Estados estão a exigir das empresas como forma de mensuração da própria responsabilidade destas. Ainda, calcados nos fundamentos do poder legítimo- e necessariamente limitado- de punir do Estado, destaca-se a importância dos acordos de negociação da pena, próprios da *plea bargaining*, os quais constituem-se em poderoso instrumento de realização da justiça. Esses acordos são ferramentas que os órgãos do Estado brasileiro, como Ministério Público, Controladoria Geral da União (CGU), Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, CVM (correspondente à SEC americana) podem se valer para estabelecer um cálculo, justo e adequado, a fim de atender à necessidade ou desnecessidade de imposição da pena como forma de recomposição da ordem jurídica violada com a prática da atividade ilícita, objeto da negociação.

Pode-se afirmar que se caminha a passos largos para a adoção de um modelo de justiça compartilhada, inclusive com possibilidade de sanção negociada, conforme se vê da propalação dos acordos de colaboração premiada e de leniência firmados no âmbito da Operação Lava-jato no cenário nacional. Se, por um lado, percebe-se uma inquestionável vantagem, tanto no aspecto econômico, de redução de custos com o processo judicial, quanto no aspecto temporal, já que a pena passa a ser aplicada e cumprida imediatamente como condição dos acordos, por outro, não se pode negar que as formas de controle jurisdicional são menores em face de eventuais abusos e excessos que possam ser cometidos pela via negocial, em razão de que o modo de obtenção dos acordos e aferição da culpa são de outra ordem.

A partir desse pressuposto e para evitar ilegalidades e arbitrariedades por partes das autoridades judiciais e administrativa, é mister que ambas atuem com responsabilidade,

imparcialidade e isenção, além do respeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada e/ou processada, consoante os direitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, forma-se a convicção de que o *compliance* não é uma utopia, mas sim uma realidade presente nos campos do direito, da economia e da política, com toda a gama de interesses, subjetividades e relações de poder que se encontram na interface entre as relações econômico-privadas e as relações com os órgãos e poderes do Estado.

Essa realidade não pode desconsiderar as especificidades do sistema jurídico brasileiro, da observância dos valores constitucionais de uma sociedade democrática, dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a cultura do *compliance* gravita em torno de princípios éticos, de integridade e de transparência e se materializa no estabelecimento e fortalecimento de mecanismos de controles internos no âmbito das empresas, como ocorre nos casos em que sejam implantados códigos de ética empresarial e de conduta funcional, canais internos de recebimento de “denúncias”, desenvolvimento de políticas de integridade e transparência que passam a ser dotados de densidade normativa obrigatória para os dirigentes, empregados e terceiros, de sorte a mitigar os riscos de práticas de corrupção e outras condutas ilícitas que possam emergir das relações empresariais com o Poder Público.

Atuar em conformidade com a ética, integridade e transparência passou a ser uma imposição, tanto de atribuição privada, quanto também para os órgãos do setor público, eis que a autorregulação já se tornou uma realidade. Seguir normas de *compliance*, mais do que uma opção, perpassa por questões de segurança, reputação e sustentabilidade que implicarão em maior proteção aos negócios e incremento da atividade econômica globalizada.

REFERÊNCIAS

ABELLÁIN, Marina Gáscon. Derechos humanos, In: SORIANO DIÁZ, Ramón; ALARCON CABRERA, Carlos e MORA MOLINA, Juan (Orgs.). **Diccionario crítico de los derechos humanos**. Cidade: Universidade Internacional de Andalucía, 2000.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Edições Almedina. S.A, 2007.

ALEXANDER, Cindy R; COHEN, Mark A. The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution and plea agreements. **American Criminal Law Review**, n. 52, 2015.

ANDRADE, Jackeline Póvoas Santos de. O combate à corrupção no Brasil e a Lei 12846/2013: a busca pela efetividade da lei e celeridade do Processo de responsabilização através do acordo de leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 4, n.1, pp. 170-203, 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 30.jan.2017.

AVELEDO, Herando Guisanti. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 25. ed. Caracas: Vadel Hermanos Editores, 2013.

AYRES, Carlos Henrique da Silva. Utilização de Terceiros e operações de fusões e aquisições no âmbito do Foreign Corrupt Practices Act. Riscos e necessidades da due diligence anticorrupção. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BACIGALUPO, Henrique. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de "compliance", a propósito del proyecto de reformas del Código Penal de 2009. **Diario la Ley**, v. 31, n. 7442, p. 6-10, 9 jul. 2010.

BALDWIN, R.; CAVE, M; LODGE, M. **Understanding regulation**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Thonsom Reuteurs, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial em busca de la seguridad perdida**. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **Sociedade de riscos**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIM, Eduardo. **O mito da responsabilidade objetiva no direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos legais e processuais

penais. Comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAITHWAITE, John. Enforcement self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80. n.7, p. 1486, 1981/1982.

BRASIL. **CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). PROGRAMA DE INTEGRIDADE E DIRETRIZES PARA EMPRESAS PRIVADAS**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicações/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 10 jun.2017.

BRASIL, **Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015**. Disponível em: <. Acesso em: 11 jul.2017. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL-03/Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv/703.htm>

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 29.mar.2016.

_____. **Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012**: altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.legis.senado.gov.br/mate-pdf>>. Acesso em: 29. abr. 2016.

Lei nº 12.846, de 03 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/ato/2011-2014/2014/lei/12846.htm>>. Acesso em 10.mai.2016.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 10.mai.2016.

_____. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 23 jan.2017.

_____. **Decreto nº 8420, de 18 de março de 2015**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/Ato/2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>>. Acesso em: 11.out.2016.

_____. **Lei nº 12850 de 2 agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995 e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16.dez.2016.

_____. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 11 out.2016.

_____. **Lei nº13.260, de 16 de março de 2016**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm

<>. Acesso em: 23 jan.2017

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 29.mar.2016.

_____. **Decreto 8.420, de 18 de março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-003/Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>>. Acesso em: 17 julh.2017.

_____. Senado Federal, Projeto de Lei 3636/15 (PL 3626/2015). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop-Detalhe.asp?id=20553550>>. Acesso em: 08jun.2017.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470/STF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 15/08/2012, cf. Ata nº 21, divulgada em 29/08/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo>>. Acesso em 29 abr.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 669069-MG.** Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Min. Teori Zavaschi. Brasília. 03.02.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=669069&classe=RE&Origem=AP&recurso=0&tipo.julgamento=M>>. Acesso em: 14 jul.2017.

CALAMANDREI. Pietro. **Introduzione allo Studio Sistemico del Provedimenti Cautelari.** Padova, CE-DAM, 1936.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o Foreign Corrupt Practices Act Norte-Americano e o Bribery Act do Reino Unido. p. 40. In: SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). **Lei anticorrupção.** Salvador/BA: Editora JusPODIVM, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas:** Lei 12.846 de 2013 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CHILE, Ley 20392, de 14 de dezembro de 2009. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta>>. Acesso em: 31 mai.2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics.** Boston: Addison-Wesley, 2012.

COSTA, Helena Regina Lobora da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Criminal compliance.** São Paulo, Saraiva, 2009.

COSTA, José de Faria (Coord.). Temas de direito penal económico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 203-249. Apud ESTELITA, Heloisa. Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito

penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 60. São Paulo: RT, 2006.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da incriminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

_____. **Anticorrupção e compliance: a incapacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de *compliance***. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

DE CARVALHO, Salo. A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos: fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial. In WUNDERLICH, Alexandre (Coord). **Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 137.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Algumas reflexões sobre o direito penal na sociedade de risco. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madri: Marcial Pons, 2005.

_____. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española**. Montevideo: IBdeF, 2010.

_____. **El modelo construtivista de responsabilidad penal empresarial**. Madri: Marcial Pons, 2010.

_____. **Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial**. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2008.

_____. **Corporate criminal liability in the twenty-first century: are all corporations equally capable of wrongdoing?** LLM.: Universidad Autónoma de Madrid, 2011.

DOJ.SEC. **A resource guide to us foreign corrupt practices act**. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>>. Acesso em 26. mai.2016.

ELLIS, Matteson. Gifts and hospitality under the U.S- Foreign Corrupt Practices Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 246.

ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability and *compliance* in Germany. In: CORPORATE **criminal liability and compliance programs: first colloquium**. Napole: Jovene, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. **Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FARIA COSTA, José de. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e de seus órgãos. **Revista Portuguesa de Direito Penal**, Coimbra, ano 2, fasc. 4, out-dez. 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal**. Madri: Civitas, 2012.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A criminalização da atividade empresarial no Brasil: entre conceitos e preconceitos (ou a inabilidade no manejo da interdisciplinaridade). In: POZZOBON, Frabício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Orgs.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chitó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**: a constituição penal. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano, ESTELITA, Heloísa, WUNDERLICH, Alexandre (OrgS.) **Direito penal econômico e empresarial**: estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV Direito/SP. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 8ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Afonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rócio Cantarero Bandrés. Madri: Editorial Trotta:, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente**: um quarto de século depois: Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

FISCHER, Q. C. Jonathan. Overview of the UK Bribery Act. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FISSE, Brent. **Reconstructing Corporate Criminal Law: deterrence, retribution, fault and sanctions**, 56. S. Cal. L. Rev. n. 1141, 1982/1983, pp. 1196-1197.

GARCÍA, Severo Percy. **Derecho penal económico**: parte *general*. Lima: Griley, 2007.

GARRET, Brandon L. **Too big to jail**: how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

GENTIL, Plínio Antonio Britto; LIMA, Charles Hamilton Santos; LIVIANU, Roberto; BERCLAZ, Márcio Soares; RODRIGUES, Tiago de Tolego; COSTA, Gustavo Roberto. **Intervenção do Ministério Público nos acordos de leniência é imprescindível**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-12/mp-debate-intervencao-acordos-leniencia-imprescindivel>>. Acesso em: 08 jun.2017.

GAUER, Ruth Maria Chittó. História da violência e desagregação: a igualdade imprime a desigualdade. In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord). **Política criminal contemporânea**:

criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. Salvador/BA: Editora jusPodivm, 2013.

GLOCKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do *nemo tenetur se detegere*. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v.1, n.1 jan./jun. 2014.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo Cesar (Coords.); DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

HAN, Hywean; WAGNER, Nelson. Twentieth survey of white-collar crime: corporate criminal liability. *Am. Crim L. Rev.*, n. 44, p. 337-342-43, 2007.

HEINE, Günther. Modelos de responsabilidade jurídico-penal originaria da la empresa. In: Díez, Carlos Gómez-Jara (Ed.). **Modelos de autoresponsabilidade penal empresarial**: propuestas globales contemporáneas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KARAM, Maria Lúcia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coords.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LANGER, Maximo. *Harv. Int'l L.J* 45, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção e compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil**. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005.

MURPHY, D.E. The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a decade of promoting compliance and ethics. **Iowa Law Review**, Iowa, v. 87, n.2, 2002.

NEGRÃO, Célia Regina P. Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas -Brasília: Editora Senac, 2014.**

OLIVEIRA, Djalma de Pinto Rebouças de. **Governança corporativa na prática: integrando acionistas, conselho de administração e diretoria executiva na geração de resultados.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre o *criminal compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-12, 2011

SANAGUSTÍN FONS, Maria Victoria. **Valores y ética empresarial: um enfoque sociológico.** Madri: Trotta, 2011.

SANDEL. Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução de Eloisa Matias e Maria Alice Máximo, 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013.** 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SIEBER, Ulrich. Programas de "compliance" en 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.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Hacia el derecho penal del "Estado de prevención": la protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria (Dir.). **Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes o irrelevantes en la actividad económico-empresarial.** Madrid: Marcial Pons, 2003.

_____. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUTHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. **Compliance y teoría del derecho penal.** Madri: Marcial Pons, 2013.

_____. **Criminalidad de empresa y *compliance***: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

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

SGUBBI, Filipo. Il reato como rischio social: ricerche sulle scelte di allocazione dell'illealtà penale. Apud DE CARLI, Carla Veríssimo. Op. Cit., p. 56.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Coord.). **Direito penal internacional estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

----- **Programas de compliance e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica**. Tese (Concurso Público Professor Titular de Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

SOUZA, Jorge Munhoz e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. (Orgs.). **Lei anticorrupção**. Editora Jus Podum: Bahia, 2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. 3. ed. rev. e atual. por Therezinha Helena Linhares; pesquisa Adriana Ramos França. São Paulo: LTr Editora, 1994.

STRECK, Lênio. **Do garantismo positivo ao garantismo negativo**: a dupla face do princípio da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARUFFO, Michele. **La pueba de los hechos**. Traducción para o espanhos de Jordi Ferrer Beltran. Madri: Editora Trotta, 2009.

UNITED KINGDOM. *U.K Bribery Act*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em: 01 dez.2016.

UNITED STATES OF AMERICA OF AMERICA. In U.S Attorney's Manual. Disponível em: <<http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>> OF AMERICA. In U.S Attorney's Manual. Acesso em: 13.out.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Foreign Corrupt Practices Act. (FCPA) Disponível em: <<http://www.fcpcompliance.com>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. *Supreme Court of the United States, U.S v. Booker* (543, U.S., 220), 2005.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Principles of federal prosecution of business organizations**. Seção VII-B (tradução livre). Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/08/28/corp.-charging-guidelines.pdf>>. Acesso em 31 jan.2016.

_____ *Securities Exchange Act*, de 1934. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>>. Acesso em: 11.out.2016.

-----Sentencing Guidelines Manual, § 8B2.1. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2013/2013-8b21>>. Acesso em 23.ago.2016.

US ACUÑA, Jean Pierre. La certificación de los programas de cumplimiento. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Dir.) **El derecho penal económico en la era compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

WEISMANN, Andrew. A new approach to corporate criminal liability. Indiana/EUA: **Law Journal**, Indiana, p. 411-427, 2007.

WILKINSON, B. The principles of federal prosecution of business organizations: a ten-year anniversary perspective. **NYSBA Inside**, v. 27, n. 2, p. 8, 2009.

WOLOSZYN, André Luis. **Vigilância & espionagem digital**: a legislação internacional e o contexto brasileiro. Curitiba: Juruá, 2016.

ZAGARIS, Bruce. ZAGARIS, Bruce. Questões éticas e legais no planejamento de offshore. In: SICA, Leonardo; RUIZ FILHO, Antonio(Orgs.) **Responsabilidade penal na atividade econômica empresarial**: doutrina e jurisprudência comentada. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ZÜRN, Michael. Law and compliance at different levels. In ZÜRN, Michael; JOERGES, Christian. **Law and compliance in postnational Europe**: compliance beyond the National-State. New York: Cambridge Press, 2006.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad