

CRIMINAL COMPLIANCE: DIREITO PENAL ECONÔMICO E DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - ESFERAS JURÍDICAS PRÓXIMAS COM UMA FINALIDADE DE TUTELA PREVENTIVA COMUM

Thiago Jordace¹

RESUMO

Diante da complexidade das relações sociais empresariais e a necessidade de lidar com situações não convergentes com os instrumentos penais clássicos, o Direito enfrenta do desafio de apresentar medidas efetivas para a prevenção e punição de ilícitos modernos. Dessa forma, o *criminal compliance* é um meio ainda sem uma definição clara das possibilidades de atuações sancionatórias diante dos preceitos fundamentais de garantia do cidadão. Em um contexto de modernidade, é improvável a escolha de respostas clássicas para um eficaz controle social, apresentando-se a simbiose de duas esferas jurídicas como uma percepção interessante para lidar com situações em um contexto de século XXI.

PALAVRAS-CHAVE

criminal compliance; Direito Penal Econômico; Direito Administrativo sancionador.

ABSTRACT

Due to the complexity of business social relations and to the necessity of handling situations that do not fit the instruments of classical penal law, the law faces the challenge of presenting effective measures in order to prevent and punish modern offenses. Criminal compliance is a means that does not present so far a clear definition of the possibilities of sanctioning performances according to the fundamental guarantees of the citizen. In the modern context, classical measures are unlikely to be chosen as an effective means of social control, being therefore interesting the symbiosis of two legal branches in order to handle the situations within the context of the XXI Century

KEY-WORDS

criminal compliance; Economic Penal Law; sanctioning Administrative Law

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal Econômico possui diversos bens jurídicos tutelados, sendo todos dotados de um caráter de supraindividualidade. Trata-se ainda de um conceito diferenciado de criminalidade: ao passo que o Direito Penal Clássico cuida da chamada

¹ Doutor em Direito da Cidade pela UERJ, Mestre em Direito Penal pela UERJ, Graduado em Direito pela UFRJ, Professor Adjunto da FESO e advogado. E-mail: thiagojordace@hotmail.com

microcriminalidade, o Direito Penal Económico trabalha com a macrocriminalidade, espelhada no perigo ou a lesão a bens jurídicos de ordens supraindividuais, onde se encaixam os delitos ambientais. A percepção de que a punição era muito mais branda nas classes altas do que nas baixas, cunhando a expressão “*the white collar crime*”, vem desde a difundida pesquisa de Edwin Sutherland nos Estados Unidos, em 1940.² Ocorre que dado a própria natureza destes delitos, praticados sem violência ou ameaça direta à pessoa, e ainda pelos argumentos deslegitimantes, a pena de prisão mostra-se como incabível nestes casos.

O ato ilícito distinto das demais esferas jurídicas em razão de sua gravidade (denominado por este motivo de *crime* ou de *delito*) e a pena (perda de um direito por intermédio de uma sanção penal aplicada quando de uma transgressão ao tipo penal incriminador) constituem dois dos pilares do Direito Penal tal como é reconhecido nos últimos séculos. A estes, é concomitante um terceiro estruturo, que não só o distingue dos demais ramos do Direito, como também simboliza a sua excepcionalidade: o *Processo Penal*³, um conjunto de procedimentos que se distingue dos demais pelas garantias que confere aos réus e condenados, de modo a evitar a imposição de penas injustas ou desproporcionais.

No Brasil, esse tripé encontra-se em crise há décadas. Primeiramente, porque o legislador tem criminalizado de forma contínua condutas que afetam de forma insignificante (ou mesmo de forma alguma) valores considerados socialmente relevantes: o Direito Penal tem sido utilizado cada vez mais como um mecanismo auxiliar de observância das normas reguladoras de determinado setor da economia ou de interesses financeiros do Estado. Exemplo disso são os crimes de telecomunicações e os crimes tributários, em vigor há mais de cinco décadas.

² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Económico e o novo Direito Penal*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 112

³ Não se está aqui defendendo ser o Direito Processual Penal um ramo dependente do Direito Penal, mas é inegável o diálogo e a interdependência das duas esferas para uma razão de ser das duas ciências. Portanto, indicando uma situação metafórica, o ramo processual seria um copo e a o material seria a água: para beber o líquido é necessário o recipiente, sem este não é possível matar a sede; por sua vez, o copo vazio é uma estrutura sem finalidade.

A crise do segundo pilar, a pena, tendo com a privação da liberdade a mais criticada na academia, decorre da utilização maciça, desde 1998, das penas alternativas, que em regra substituem a pena de prisão de até quatro anos. Considerando ainda que a quase totalidade dos “crimes regulatórios” cominam penas inferiores a quatro anos, é possível concluir ser a aplicação da privação de liberdade a menos usual no Direito Penal Moderno⁴. O uso cada vez mais frequente de penas alternativas (crise do segundo pilar) colocam em cheque a utilidade de se manter um processo extremamente complexo e custoso, modelado, de forma cada vez mais garantista, para proteger os direitos e garantias constitucionais do réu ameaçado de sofrer a imposição da pena privativa de liberdade, e do condenado, já submetido a ela. Essa sistemática poderia muito bem ser justificada se a imposição dessa pena fosse a regra; sabe-se, porém, que o resultado da imensa maioria dos processos penais é a declaração de prescrição ou a imposição de penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Os imensos custos sociais de manutenção desse sistema não podem ser desprezados na construção de uma teoria democrática e racional do Direito Penal.

Essa crise de identidade é reforçada pelo crescimento vertiginoso de outro sistema bastante semelhante: o Direito Administrativo Sancionador. Em princípio, este último sistema se distinguiria do Direito Penal por lidar com categorias estranhas a ele — ilícitos de menor gravidade para os quais não seria necessária a imposição da pena privativa de liberdade. Porém, como visto, o próprio Direito Penal também tem lidado principalmente com ilícitos de menor gravidade, para os quais se aplicam penas diversas das privativas de liberdade (nesse sentido, é bastante simbólico que a mera posse de drogas, punida no máximo com prestação de serviços à comunidade, seja considerada crime). Ora, a existência de dois (ou mais) sistemas normativos, que contam com procedimentos completamente diversos, tratando, quase sempre, do mesmo objeto, indica superposição de funções e constitui fortíssimo indício de grave ineficiência do sistema jurídico como um todo.

⁴ Inegavelmente, se forem considerados os dados estatísticos do Ministério da Justiça Brasileiro, o Direito Penal da Ilustração não leva a efeito a privação da liberdade como medida sancionatória mais concretizada, mas as restritivas de direitos. Informação obtida no site: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisonal>

Nesse sentido, o grande desafio imposto à doutrina penalista brasileira (e, em certa medida, mundial) é a construção de uma *teoria geral do Direito Administrativo Sancionador*. Essa teoria deverá identificar os pontos de contato e de divergência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, sempre tendo em vista a proteção dos direitos individuais dos acusados e das vítimas dos ilícitos e o eficaz cumprimento da lei. Além disto, pretendo demonstrar como o instituto do *compliance*, pode ser entendido como método de prevenção criminal nos mais variados setores, mas principalmente, em relação à prática dos crimes em tela, a fim de se mostrar como normas éticas de conduta podem ser eficazes em matéria de prevenção penal.

2. Compliance: Direito Administrativo e Direito Penal Econômico

As preocupações como os riscos sociais vem tornando o sistema penal em um risco em si mesmo, o qual avança, com crescente intensidade, sobre empresários e diretores de empresas. É nesse contexto que surge na Europa e nos Estados Unidos o “*criminal compliance*”, fenômeno que não escapará à realidade nacional. É muito comum que os envolvidos nas mais variadas operações empresariais sequer se deem conta de que as ações que estão praticando possam representar o cometimento de crimes, cujas punições vêm se tornando cada vez mais severas no Brasil. A necessidade de administrar riscos é bem conhecida no contexto empresarial, cuja gestão eficiente pauta-se no conceito de “*compliance*”, ideia que denota a adoção de políticas destinadas à diminuição de riscos da empresa, assim como à fiscalização de operações cotidianas, com objetivo de se projetar consequências danosas aos interesses corporativos e individuais de seus colaboradores, para assim evitá-las. No Brasil, essas políticas de boas práticas têm se dirigido à gestão dos riscos econômicos e financeiros, não se ignorando, contudo, que em muitas vezes se destinarão ao agir ético da empresa. Em síntese, as políticas de “*compliance*” estarão dirigidas à diminuição e gestão dos danos, sejam eles econômicos ou sociais.

O mercado capitalista, ao mesmo tempo em que esgota os recursos naturais demonstra a ânsia de preservá-lo, remetendo a ambigüidade da culpa e castigo ou até mesmo uma fuga consciente das inconsciências cometidas em detrimento do meio

ambiente. Assim, muito embora exista uma farta legislação protetiva do meio ambiente em nosso país, a preocupação com a Natureza pelas empresas tem assumido caráter de essencialidade em exigência a uma sociedade contrastante e consumista que vem requerendo investimento das empresas em sustentabilidade.

Tais atitudes demonstram que os tempos modernos impõem sua perpetuação pautada na qualidade ambiental, muito embora tal exigência seja tardia, constitui grande avanço para o Direito, para as presentes e futuras gerações, para a sociedade, empresas e para a preservação da vida, em todas as suas formas. Para tanto, medidas de adequação para as empresas são cada vez mais necessárias, nesse sentido, a prevenção de riscos se traduz em medida muito mais satisfatória e econômica do que o enfrentamento de litígios oriundos da não observância da legislação, bem como à reparação dos danos causados à Natureza pela atividade poluidora ou outras práticas cometidas pela pessoa jurídica em prejuízo do meio ambiente. Com a evolução do Direito Ambiental e a degradação do meio ambiente por parte da atividade industrial, mostrou-se necessário o desenvolvimento de um instituto que tivesse como finalidade precípua o equilíbrio entre a preservação da Natureza e o desenvolvimento econômico. Algo que complementasse os princípios os quais norteiam a aplicação do Direito Ambiental, que saísse do âmbito teórico da legislação vigente e viesse oferecer plena efetividade à prevenção de riscos na esfera empresarial. Desta forma, uma possível e real solução se revelou por meio do *compliance*.

2.1 Origens e definições

A crise financeira de 1929, que gerou a maior recessão econômica do século XX e o contexto da Segunda Guerra Mundial, podem ser entendidos como o cenário histórico para a construção do conceito de *compliance*. Ao final da Primeira Guerra a economia europeia arrasada proporcionou um grande crescimento norte americano. As indústrias americanas exportavam muito, o consumo crescia à base de expansão de créditos e de uma alta produção agrícola. Com a recuperação da economia europeia as indústrias americanas não tendo mais para quem vender tiveram uma crise de superprodução, o que levou à crise de oferta, baixa drástica dos preços e desemprego, na

sequencia. Queda de lucros, retração na produção e no comércio, rapidamente foram sentidos pela bolsa de valores com forte queda nos preços das ações por dias seguidos e posteriormente na sua quebra.

Os bancos e investidores que perderam dinheiro na quebra da bolsa haviam emprestado grandes somas aos fazendeiros que se restaram incapazes de honrar seus compromissos. Os correntistas temendo a quebra dos bancos realizaram saques de seus ativos (o chamado “efeito manada” ou “efeito cascata” na economia) o que realizou o temor inicial e provocou a quebra destes bancos, provocando ainda mais desemprego e recessão na já combatida economia. A manipulação da economia neste episódio pode ser considerada como o primeiro sinal de que o mercado, ainda que numa economia liberal, deveria ser regulamentado e fiscalizado. Posteriormente na década de 1950 que houve realmente o início da preocupação oficial com atividades desempenhadas à margem dos controles oficiais e contrárias às leis vigentes, pois estas atividades uma vez criminalizadas ensejaram práticas clandestinas e ainda mais organizadas, como, por exemplo, a repressão ao comércio de bebidas alcoólicas nos EUA. Foi neste momento as autoridades perceberam estas atividades retroalimentavam o poderio econômico e até político daquilo que se denominou uma delinquência organizada, se valendo exatamente da corrupção, da sonegação fiscal e da lavagem de dinheiro. Esta década pode ser considerada como a “Era de *Compliance*”, pois foi lá que “*prudential securities*”, nos EUA, contratou advogados com o objetivo de acompanhar a legislação e analisar atividades de valores mobiliários, apesar de ter sido somente na década seguinte de 1960 que a *Securities Exchange Commission* (SEC) passou a cobrar a contratação de *compliance officers*, com a finalidade de que fossem criados regulamentos internos, treinamento de pessoal e acompanhamento da obediência às regras determinadas. Durante a década de 1980 surge o “Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission” (COSO), organização sem fins lucrativos que se dedica à melhoria dos relatórios financeiros. Mais tarde, no ano de 1998 surge a era dos controles internos, quando foram publicados pelo Comitê da Basileia os treze princípios

acerca da supervisão pelos administradores dos controles internos⁵. Na década de 1990, após a queda do Muro de Berlin e o fim de vários governos totalitários na América Latina, duas importantes conferências da ONU foram realizadas: a de Nápoles, em novembro de 1994 e a do Cairo, em maio de 1995. Neste contexto verificou-se que a necessidade de enfrentamento da crescente criminalidade organizada que movimentava, estimativamente, entre US\$ 750 bilhões a US\$ 900 bilhões de dólares ao ano em negócios ilícitos em torno de 23 países.

Neste contexto, não havia necessidade de que os países se preocupassem com os atos das demais nações dentro de seus territórios, mas com a globalização e a interdependência econômica, os Estados se viram na obrigação de observar os problemas dos outros, da mesma forma que os seus, passando a prestar atenção para políticas públicas que poderiam causar impacto de modo mais direto sobre as de outro. Essa perspectiva se torna mais veemente em relação à corrupção. Deixar de lado esse panorama passa a ser impossível. Passa a ser obrigatória a posição inflexível acerca da corrupção ocorrida em outros territórios e seus reflexos sobre o território nacional. Afinal, a inação pode trazer impactos deletérios àqueles países que não agirem. No Brasil, por exemplo, no ano de 2013, foi editada a Lei 12.846 (Lei anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e que se propõe a combater práticas corruptivas empresariais e atos que violem os cofres públicos, gerando meios para assegurar a indenização de potenciais danos ocasionados por esses comportamentos antiéticos por empresários no exercício de seus trabalhos. A lei foi espelhada nos moldes internacionais inflexíveis Estados Unidos da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA/1977).

A origem etimológica da expressão *compliance* vem do verbo “*to comply*”, de origem anglo-saxã, o qual significa “cumprir”. Assim, *compliance* quer dizer a capacidade de se atuar de acordo com um grupo de normas pré-estabelecidas que determinam um mandamento a ser obedecido. Porém, esses mandamentos não se

⁵ Acordo da Basiléia I/1988: Prevê princípios fundamentais a serem seguidos pelas autoridades públicas de supervisão bancária, como a exigência de capital mínimo para a constituição e funcionamento dos bancos comerciais, de modo a prevenir crises de crédito;

limitam apenas às leis, mas também por um conjunto de regras de conduta, fundadas em valores éticos, os quais devem ser obedecidas dentro de um determinado grupo empresarial. Nos campos institucional e corporativo, *compliance* é o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer. Hoje, de acordo com o Comitê de *Compliance* da Associação Brasileira de Bancos Internacionais (ABBI) o significado do *compliance* está estabelecido da seguinte maneira:

Vem do verbo em inglês “*to comply*”, que significa “cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto”, ou seja, *compliance* é estar em conformidade, é o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição.⁶

Com os métodos *compliance*, qualquer eventual desvio em relação à política interna é identificado e evitado. Com isso, sócios e investidores têm a segurança de que suas aplicações e orientações serão minuciosamente geridas conforme as diretrizes. Vincular *compliance* ao Direito Penal, como política de prevenção criminal, pode demonstrar o quanto um sistema contundente de normas de auto regulação empresarial pode ser capaz de inibir certas condutas criminosas, notadamente aquelas relacionadas à fraude, à corrupção e aos crimes econômicos em geral. O significado de *compliance*, no âmbito das empresas e corporações, é da busca conter riscos, defender informações empresariais e, conseqüentemente, inibir práticas em desacordo com os valores organizacionais, através de todo um conjunto de mandamentos que devem ser obedecidos, por meio do comprometimento com as regras legais e regulamentares, os quais envolvem conceitos como atuação interna, desempenho diante de terceiros, condutas aceitas pela empresa. Nesse sentido, ser *compliance* – e não somente “estar”

⁶ “Com o objetivo de promover o constante aperfeiçoamento e a modernização do sistema financeiro, a ABBI - Associação Brasileira de Bancos Internacionais, por meio do Comitê de *Compliance*, e a FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos, pela Comissão de *Compliance*, têm desenvolvido temas e estudos técnicos que estão diretamente ligados à função e às boas práticas de *Compliance*”. Trecho retirado do sítio http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf . Acesso em 18.04.2015. FEBRABAN, 2009, p. 11.

compliance – quer dizer obedecer de modo intencional e racional o grupo de normas determinadas em uma organização empresarial. Aquele que tão somente cumpre as normas com receio de um sistema de auditoria, poderá descumpri-la, se esse sistema não funcionar bem. Entretanto, a grande relevância de internalização e crença nas regras como padrão comportamental, pois aquele que valoriza a ética empresarial não deixará de cumpri-la quando sistemas de auditoria falharem ou forem ausentes. Portanto a proposta é a de remodelação de comportamentos a partir da introjeção de valores e normas considerando o conjunto onde se está inserido.

3. Atuação do *compliance*

A atuação do *compliance* na seara ambiental vai além da verificação das normas ambientais aplicáveis a determinada empresa. A ele cabe implementar estratégias por que sejam capazes de medir o desempenho de todas as ações destinadas ao controle ambiental, com a finalidade de prevenir autuações, multas, instaurações de processos administrativos, cíveis e criminais.

Ainda que muitas empresas apresentem resistência no cumprimento da legislação ambiental por acreditarem que a adoção de medidas preventivas constitui algo custoso que não traz benefícios, a realidade demonstra que tal postura condenará a empresa na parte que lhe é mais cara: o consumidor. Todavia, a grande maioria das empresas tem enxergado oportunidades onde outras visualizam despesas. Assim, para muitas empresas a questão ambiental constitui um investimento atraente de publicidade que eleva sua imagem frente aos consumidores, investidores, fornecedores e todos os envolvidos direta ou indiretamente com sua atividade. Por outro lado, pode ocorrer, na busca pelo cumprimento de metas e lucro, o estímulo dos integrantes das pessoas jurídicas, principalmente os membros de sua direção, a instigar seus funcionários a praticar atos que violem as boas práticas corporativas, bem como a ética exigida pelo programa de *compliance*. É importante que o *compliance* elabore um programa que seja incorporado eticamente por dirigentes e empregados, levando em conta o fator humano que é passível de falhas, pois, não há como exercer controle absoluto sobre os atos praticados pelas pessoas. Contudo, em conjunto com a atuação do *compliance* os

dirigentes das empresas devem atrair seus funcionários por meio de objetivos que os incentivem o crescimento da instituição até o limite permitido pela legislação vigente em seu âmbito de atuação, consolidando a posição da empresa e, conseqüentemente de cada um de modo individual.

3.1. Criminal compliance e o compliance ambiental

O denominado *criminal compliance*, a princípio foi confundido com o Direito Penal Econômico, tendo em a persecução penal de empresários e instituições financeiras, pois, com o decorrer do tempo, as investigações e processos penais revelaram a necessidade do estudo da prevenção criminal no campo das atividades da pessoa jurídica. O *criminal compliance*, objetiva prevenir riscos por meio das boas práticas corporativas, bem como pela aderência à ética como elemento de atuação da empresa, por outro lado também visa identificar possíveis crimes e criminosos na esfera de atuação da pessoa jurídica.

Para tanto, o responsável pelo *compliance* assume uma posição de garantia, tendo em vista que sua atuação engloba a responsabilidade pelos resultados, obrigação de zelo e vigilância frente ao cumprimento das normas e prevenção de riscos nas instituições. Nas palavras de Kuhlen são:

[...] as medidas mediante as quais as empresas pretendem assegurar-se que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para seu pessoal, e que, por igual, se descubram e se sancionem as eventuais infrações a tais regras. Poder-se-ia dizer, também, que são eles protocolos específicos através dos quais os governos corporativos estabelecem o marco e os meios para um comportamento generalizado da empresa, tudo em respeito ao estabelecido em normas penais. Nesse sentido, emerge a significativa importância às recomendações éticas inseridas nos chamados códigos de condutas das empresas [...].

Na área ambiental, o *compliance* tem o objetivo de monitorar e assegurar que as empresas estejam cumprindo rigorosamente as leis e normas ligadas ao meio ambiente aplicáveis a cada negócio, prevenindo e controlando riscos inerentes. Por meio do *compliance*, qualquer possível desvio ou a mínima desconformidade em relação à legislação ambiental são identificados, controlados e devidamente evitados ou minimizados. Consiste na antecipação a eventuais irregularidades e, por conseguinte,

em evitar acontecimentos danosos ao meio ambiente e problemas com órgãos fiscalizadores de proteção ambiental, autuações e aplicações de sanções, assim como litígios. A função do *compliance* deve abranger não somente a antecipação das irregularidades, mas estabelecer um programa a fim de evitar o surgimento delas, abrangendo não somente os riscos inerentes à atividade da empresa, mas abarcando também a prevenção ao meio ambiente através de práticas que visem resguardar a Natureza que, por diversas vezes é deteriorada sob o fundamento do desenvolvimento econômico.

3.2. Responsabilização da pessoa jurídica e o *criminal compliance* como mecanismo preventivo na esfera penal

Ao longo de décadas do estudo do direito penal, diversos doutrinadores têm se debruçado sobre a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica na seara penal. De um lado, os países de tradição anglo-saxônica da *common law*, os quais admitem a punição, de outro, os países de tradição romano-germânica, como o Brasil, os quais não admitem tal punição, com base no brocardo “*societas delinquere non potest*” (a pessoa jurídica – sociedade – não comete delito) pela falta do elemento básico, a manifestação da vontade consciente e livre. No atual cenário da globalização e da expansão do direito penal econômico, tem-se verificado a prevalência da primeira corrente em oposição à segunda, mesmo aqui no Brasil.

O entendimento no país tem passado a ser a pessoa jurídica, apesar de não ser algo de física e tangível como é o homem, pessoa natural, possui realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas. Os argumentos como Princípio da personalidade da pena, impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao ente moral, inadequação de arrependimento da pessoa ficta, visto ser desprovida de vontade – não podendo ser intimidada ou reeducada, necessidade da verificação da culpabilidade, tempo do crime, lugar do crime, e, talvez o mais importante deles, a falta de vontade livre para a conduta, para ação, são os mais mobilizados pelos doutrinadores.

Entretanto, nenhum destes argumentos tem sido suficientes para refutar o avanço da doutrina da responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil.

Importante trazer à discussão o julgado da Suprema Corte brasileira sobre o assunto, no qual por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2013, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime. A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná. Segundo a denúncia oferecida pelo MPF do Paraná, o rompimento de um duto em refinaria situada no município de Araucária, em 16 de julho de 2000, levou ao derramamento de 4 milhões de litros de óleo cru, poluindo os rios Barigui, Iguaçu e áreas ribeirinhas. A denúncia levou à instauração de ação penal por prática de crime ambiental, buscando a responsabilização criminal do presidente da empresa e do superintendente da refinaria, à época, além da própria Petrobras. Em habeas corpus julgado em 2005 pela Segunda Turma do STF, o presidente da Petrobras conseguiu trancamento da ação penal, alegando inexistência de relação causal entre o vazamento e sua ação. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a 6ª Turma concedeu habeas corpus de ofício ao superintendente da empresa, trancando também a ação contra a Petrobras, por entender que o processo penal não poderia prosseguir exclusivamente contra pessoa jurídica. Contra a decisão, o Ministério Público Federal interpôs o Recurso Extraordinário (RE) 548181, de relatoria da ministra Rosa Weber, levado a julgamento pela Primeira Turma. Segundo o voto da ministra Rosa Weber, a decisão do STJ violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º, segundo o qual as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas. Para a relatora do RE, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o STJ ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física. A ministra afastou o entendimento do STJ segundo o qual a persecução penal de pessoas jurídicas só é possível se estiver caracterizada ação humana individual. Segundo seu voto, nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas

vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos. “A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física”, afirmou a ministra, para quem a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional. A relatora também abordou a alegação de que o legislador ordinário não teria estabelecido por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, e que não haveria como simplesmente querer transpor os paradigmas de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. “O mais adequado do ponto de vista da norma constitucional será que doutrina e jurisprudência desenvolvam esses critérios”, sustentou⁷.

A crescente complexidade das relações sociais e econômicas tem estabelecido o tom das novas doutrinas e da jurisprudência do STF, como se observou. A doutrina têm adotado uma interpretação direta, quase literal ou de efeitos extensivos dos comandos constitucionais que, segundo eles, permitem a imputação das empresas, segundo o Princípio da Realidade Objetiva pelo qual a empresa é um ente real para o mundo jurídico com deveres e obrigações para com outras empresas, com seus funcionários e todo o conjunto da sociedade adaptando-se o elemento da culpabilidade às situações concretas no caso⁸. A responsabilidade penal nestes casos deve ser compreendida à luz de uma responsabilidade social, plurisubjetiva, pois a pessoa jurídica atua nestes casos por meio de seus órgãos “cujas ações e omissões são consideradas como da própria

⁷ STF. Jurisprudência. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244969>

⁸ BRASIL. Constituição Federal/1988

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (...)

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”.

“pessoa jurídica”⁹ Em que pese a decisão do Pretório Excelso, alguns princípios básicos do direito penal não podem ser superados sob o pretexto da crescente complexidade das relações sociais, como o princípio da isonomia, por exemplo. Este seria violado porque, a partir da identificação da pessoa jurídica como autora responsável, os partícipes, ou seja, os instigadores ou cúmplices poderiam ser beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação. O princípio da humanização das sanções seria violado, pois a Constituição Federal trata da aplicação da pena e se refere sempre às pessoas, e também quando veda as penas cruéis. O princípio da personalização da pena seria violado posto que se refere à pessoa, à conduta humana de cada pessoa. São princípios que foram concebidos para a proteção da pessoa humana e que dificilmente podem ser transferíveis para a pessoa jurídica. Assim, parece melhor continuar aplicando o Direito Penal como *ultima ratio*, apostando no *criminal compliance*.

O *compliance* na seara penal é exatamente a criação de um ordenamento interno cujo principal motivo é evitar a prática de condutas criminosas, especialmente fraudes, corrupção e infrações à Ordem Econômica e o Meio Ambiente. No próprio Código de Ética de uma empresa devem estar previstas normas que apresentam o compromisso no combate contra a corrupção, a lavagem de dinheiro, o abuso do poder econômico ou infrações à Ordem Econômica (interna e externamente), assim como tantos outros delitos que compõem o objeto de estudo do Direito Penal Econômico, como meio ambiente. A ideia de *criminal compliance* abrange, portanto, a noção de prevenção da responsabilidade criminal. Neste panorama, pode-se denotar que há uma restrição e uma especialização no que tange à definição *lato sensu* de *compliance*, pois este se estende a quadros jurídicos e extrajurídicos, ao passo que o *criminal compliance* apenas se refere ao Direito Penal Econômico. Trata-se então de um hiperônimo (*compliance*) e um hipônimo (*criminal compliance*)¹⁰. O aumento constante da atenção global em relação a regras de auto regulação permitiram o aparecimento de uma nova atividade profissional,

⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. ps.57-58.

¹⁰ MACHADO, Paulo. *Concorrência desleal e infrações à ordem econômica sob a ótica do direito penal econômico: repressão e prevenção*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado. UCAM, RJ, 2015.

que é a de *compliance officers*. Estes são agentes que possuem a finalidade de identificar e investigar potenciais delinquentes dentro de uma organização.¹¹

Levando em consideração que os princípios clássicos do Direito Penal se aplicam ao Direito Penal Económico, justamente por ser uma esfera daquela, através da noção do Princípio da Intervenção Mínima¹², pode-se reforçar a ideia de que o *compliance* pode funcionar como método de prevenção. Obviamente, não é a simples instituição de um regulamento interno que vai inibir a prática de crimes pelos membros de certa organização. É preciso a implementação eficaz do *compliance*, o que se concretiza com a conscientização, internalização e aceitação dos integrantes, além de fiscalização e detecção de eventuais riscos antes de atingir certos bens jurídicos. Para esse fim, uma maior transparência no setor é imprescindível no mundo globalizado, bem como a ética nas relações de trabalho, uma vez que aderir a regras de condutas, internamente na empresa, inibe a prática de crimes dentro e fora da mesma. Também são estabelecidas regras nos mais variados setores organizacionais, como obrigatoriedade de emissão de nota fiscal, transações bancárias feitas entre contas pré-definidas e com autorizações por mais de uma pessoa, etc. A responsabilidade assumida pelas empresas deve ir muito além de se manter de acordo com as previsões legais. É necessário o desenvolvimento de uma conscientização e de valores gerais e individuais, a fim de que todos dentro da empresa ou a que a ela se vinculam evitem condutas propensas a causar crimes e danos, como condutas de concorrência desleal e infrações à Ordem Económica, as quais podem gerar consideráveis prejuízos para a empresa, para a sociedade e para o desenvolvimento do país. Some-se a isso as formas de fiscalização que façam cobrar dos funcionários um comportamento de acordo com as normas regulamentares. Assim, é a união da previsão de normas éticas e todo um real programa de fiscalização que torna eficaz o implemento do *compliance*, culminando com um método de prevenção criminal possível.

¹¹ SAAVEDRA, Giovanni A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In Boletim IBCCRIM . São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.

¹² Pelo Princípio da Intervenção Mínima o Direito Penal deve funcionar somente em último caso e não em *prima ratio*.

Desta forma, é indispensável para o sucesso do programa uma gestão eficaz, interessada e bem preparada. A própria definição de *criminal compliance* já traz uma esperança de prevenção criminal, com objetivo de impossibilitar – ou pelo menos inibir a existência de concorrência desleal, abusos à Ordem Econômica, fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e ações danosas ao Meio Ambiente. O *criminal compliance*, como método de prevenção criminal – em especial nos crimes de contra a Ordem Econômica e o Meio Ambiente –, tem atuação *ex ante* ampla, alcançando a observação de todas as atividades, seja de funcionários, diretores, colaboradores, fornecedores, prestadores de serviços, de modo a internalizar normas de condutas adequadas ao setor onde se vai instalar, tudo de acordo com o perfil de determinada empresa. É claro que um péssimo desempenho na atuação de um *compliance officer* pode comprometer uma empresa, causando impacto direto nos diretores e colaboradores¹³. Porém, os atos praticados por estes agentes, quando criam riscos, podem vir a ter várias consequências jurídicas, refletindo numa eventual e desejável punição criminal.

4. Conclusão

O Direito Penal Clássico não tem instrumentos de prevenção suficientes e necessários para trazer uma resposta aos ilícitos modernos, tendo sido criada uma nova esfera entendida como Direito Penal Moderno, com uma estrutura diversa daquela. Entretanto, esta tentativa é verificada em concreto como frustrada em certos contextos, necessitando de uma reestruturação para uma resposta adequada preventiva. Neste contexto, é verificado do Direito Administrativo sancionador como uma proposta interessante para uma atuação preventiva, em atuação com as estruturas penais. Diante da necessidade de uma atuação ora penal, ora administrativa, o *criminal compliance* surge como uma simbiose bastante interessante e viável para uma estruturação adequada para trazer uma resposta eficiente diante de um contexto de complexidade das relações

¹³ A vantagem de ter advogados desempenhando as atividades de *compliance officers*, de acordo com Benedetti, estando submetidos à Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), cujo art. 32, determina que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa” Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.”

JORDACE, Thiago. *Criminal Compliance: Direito Penal Economico e Direito Administrativo Sancionador – Esferas Jurídicas Próximas com uma Finalidade de Tutela Preventiva*. pp. 18-34

sociais, justamente por estar em acordo com as garantias fundamentais constitucionais e apresentar formas preventivas e sancionatórias diante de um contexto de modernidade.

REFERÊNCIAS

ABBI - Associação Brasileira de Bancos Internacionais - sítio http://www.abbi.com.br/download/funcaoecompliance_09.pdf . Acesso em 18.04.2015. FEBRABAN, 2009.

ACORDO da Basileia I. Jul. 1988. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/basileia.asp> . Acesso em: 28 abr. 16.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL. Constituição Federal/1988. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 16. Ed. São Paulo: Rideel, 2016. P. 150-238.

MACHADO, Paulo. *Concorrência desleal e infrações à ordem econômica sob a ótica do direito penal econômico: repressão e prevenção*. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado. UCAM, RJ, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Informação obtida no site: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>

SAAVEDRA, Giovani A. *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In *Boletim IBCCRIM* . São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan., 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à Política Criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal*. Brasília: ESMPU, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 548181/PR. Relatora: Ministra Rosa Webber. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17/04/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=244969>. Acesso em 25/08/2016. Public. 05/05/2009 17/04/2009