UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE DOCTORADO ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

Carla Veríssimo De Carli

ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE:
A INCAPACIDADE DA LEI 12.846/2013 PARA MOTIVAR AS EMPRESAS BRASILEIRAS À ADOÇÃO DE PROGRAMAS E MEDIDAS DE COMPLIANCE

Porto Alegre
2016

CARLA VERÍSSIMO DE CARLI

ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE:
A INCAPACIDADE DA LEI 12.846/2013 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 de Convenção de Cotutela firmada entre as duas Universidades.

Orientadores:

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo (UFRGS)

Prof. Dr. Nicolás Rodríguez García (USAL)

Prof. Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós (USAL)

Porto Alegre
2016

CARLA VERÍSSIMO DE CARLI

ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE:
A INCAPACIDADE DA LEI 12.846/2013 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 de Convenção de Cotutela firmada entre as duas Universidades.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

_____
Prof. Dr.

_____
Prof. Dr.

_____
Prof. Dr.

_____
Prof. Dr.

_____
Prof. Dr.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à Universidad de Salamanca, pela disposição em firmar o Convênio de Colaboração Universitária Internacional e os Acordos de Duplas Titulações e de Cotutela de Teses Doutorais em Matéria Jurídica, Econômica e de Ciência Política; o que permitiu o desenvolvimento desta tese em regime de cotutela.

Aos meus estimados orientadores, Professores Doutores Tupinambá Pinto de Azevedo (UFRGS), Eduardo A. Fabián Caparrós (USAL) e Nicolás Rodríguez García (USAL), pela convivência e pelos valiosos ensinamentos.

Ao Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, por ter-me proporcionado, por duas vezes, a oportunidade e os meios para pesquisa em seu formidável acervo.

Ao Prof. Dr. Luiz Marcelo Berger, pela breve, porém profícua, interlocução sobre a análise econômica do direito.

Ao Leonardo Hoff Pinheiro, pelo indispensável auxílio na elaboração das planilhas de cálculo das penas de multa.

RESUMO

A tese aqui desenvolvida é a de que a Lei 12.846/2013, também conhecida como lei anticorrupção, não será capaz de incentivar as empresas brasileiras à adoção de programas ou medidas simplificadas de compliance. A responsabilização administrativa e civil não é tão dissuasiva como poderia ser a responsabilização criminal. Por meio da análise econômica do direito, provou-se que um agente econômico racional não investiria em compliance, porque a utilidade esperada com a prática do delito é muito superior à utilidade caso a empresa não praticasse o delito, em razão da baixíssima probabilidade de ser punida. Além disso, os benefícios oferecidos – redução parcial somente da multa administrativa, sem possibilidade de atenuação das sanções civis – não compensam o custo do compliance. Finalmente, a possibilidade de firmar um acordo de leniência e reduzir a multa em até 2/3 elimina a vantagem da empresa que possui e aplica um programa de compliance, em relação à empresa que não adota essas práticas. O trabalho foi estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo estudou, à luz do direito comparado, as possibilidades regulatórias à disposição do legislador para a responsabilização das pessoas jurídicas, bem como as modalidades de culpa e a forma de atribuição dos atos das pessoas físicas às pessoas jurídicas. O segundo capítulo examinou o compliance no contexto do capitalismo regulatório, como uma estratégia de regulação responsiva para o controle da criminalidade empresarial. O terceiro capítulo verificou que a esfera administrativa e civil, escolhida pela lei 12.846/2013, não é tão dissuasiva como a esfera criminal, para a responsabilização das empresas. Além disso, examinou a lei sob a ótica da análise econômica do direito, concluindo que não existe uma ameaça crível de punição, no Brasil, por atos de corrupção. Por meio da comparação do cálculo de multas aplicadas a cinco empresas fictícias, demonstrou-se que uma empresa, ao analisar custos e benefícios, não investiria num programa de compliance, preferindo utilizar de outra forma esses valores. O quarto capítulo examinou os elementos de um programa de compliance e forneceu parâmetros para a avaliação de sua atividade, propondo um método estruturado em dois critérios: a presença dos elementos estruturais e a apuração da efetividade de seu funcionamento. A pesquisa concluiu que, para desequilibrar o mercado da corrupção e fazer com que as empresas adotem o compliance, será necessário aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados e efetivamente punidos, e, ao mesmo tempo, ampliar os benefícios oferecidos às empresas que possuírem um compliance efetivo. Caso contrário, continuará valendo a pena apostar na ineficiência do sistema e não implementar um programa ou medidas simplificadas de compliance.

Palavras-chave: Anticorrupção. Compliance. Lei 12.846/2013. Criminalidade empresarial. Brasil.

RESUMEN

La tesis expuesta consiste en que la Ley n. 12.846/2013, también conocida como ley anticorrupción, no sería capaz de incentivar a las empresas brasileñas a la adopción de programas o medidas simplificadas de compliance. La responsabilización administrativa y civil no es tan disuasiva como podría ser la responsabilización criminal. Por medio del análisis económico del derecho, se ha probado que un agente económico racional no invertiría en compliance porque la utilidad esperada con la práctica del delito es muy superior a la utilidad, caso la empresa no hubiese practicado el delito, debido a la bajísima probabilidad de ser punida. Además, los beneficios ofrecidos – reducción parcial solamente de la multa administrativa, sin posibilidad de atenuar sanciones civiles – no compensan el coste del compliance. Finalmente, la posibilidad de firmar un acuerdo de colaboración y reducir la multa en hasta 2/3 elimina la ventaja de la empresa que posee y aplica un programa de compliance en relación a la empresa que no adopta estas prácticas. El trabajo fue estructurado en cuatro capítulos. El primer capítulo ha estudiado, desde la óptica del derecho comparado, las posibilidades regulatorias a disposición del legislador para la responsabilización de las personas jurídicas, así como las modalidades de culpa y la forma de atribución de los actos de las personas físicas a las personas jurídicas. El segundo capítulo ha examinado el compliance en el contexto del capitalismo regulatorio, como una estrategia de regulación responsiva para el control de la criminalidad empresarial. El tercer capítulo ha verificado que la esfera administrativa y civil, elegida por la Ley 12.846/2013, no es tan disuasiva como la esfera criminal, para la responsabilización de las empresas. Además, ha examinado la ley en el marco de análisis económico del derecho, concluyendo que no existe una amenaza creíble de punición en Brasil, por actos de corrupción. Por medio de la comparación del cálculo de las multas aplicadas a cinco empresas ficticias, se ha demostrado que una empresa, al analizar costes y beneficios, no invertiría en un programa de compliance, prefiriendo utilizar estos valores de otra manera. El cuarto capítulo ha examinado los elementos de un programa de compliance y ha fornecido parámetros para la evaluación de su eficacia, proponiendo un método estructurado en dos criterios: la presencia de los elementos estructurales y la apuración de la eficacia de su funcionamiento. La investigación ha concluido que, para desequilibrar el mercado de la corrupción y hacer que las empresas adopten el compliance, será necesario incrementar la probabilidad de que los actos lesivos sean descubiertos, apurados y efectivamente punidos y, al mismo tiempo, ampliar los beneficios ofrecidos a las empresas que poseerían un compliance eficaz. En caso contrario, continuara valiendo la pena apostar en la ineficiencia del sistema y no implementar un programa o medidas simplificadas de compliance.

Palabras-clave: Anticorrupción. Compliance. Ley nº 12.846/2013. Criminalidad empresarial. Brasil.

ABSTRACT

The thesis developed in this study is that the Act 12.846/2013, also known as anticorruption law, will not trigger an increased use of compliance programs or simplified compliance measures by Brazilian companies. Administrative and civil sanctions are not as deterrent as criminal sanctions. Using an economic approach we have proved that a rational economic agent would not invest in compliance, because the expected utility arising from the offense greatly exceeds the utility a company could get in case they did not commit the offense on account of the extremely low probability of being caught and punished. Besides that, the incentives offered – a partial reduction of the administrative fine only, without the possibility of reducing the civil sanctions – do not compensate the costs of compliance. And ultimately, the possibility of either a non-prosecution agreement or a deferred prosecution agreement, reducing the fine up to two thirds eliminates the advantages of companies which use compliance programs in comparison to the ones which do not. The research is structured in four chapters. The first chapter analyzes, in light of comparative law, the regulatory choices available to the legislatures to punish legal persons, as well as the types of culpability and the criteria to attribute the acts of individuals to legal persons. The second chapter examines compliance in the context of regulatory capitalism, as a responsive regulation strategy for imposing corporate criminal liability. The third chapter shows that the administrative and civil regime of Act 12.846/2013 is not as deterrent as a criminal regime would be. In addition, the chapter examines the act through the lenses of the economic analysis of law, concluding that there is not a credible threat of punishment in Brazil for acts of corruption. Comparing the fines that would be applied to five different fictitious companies, the research has proved that companies, when reflecting on costs and benefits of compliance programs, would prefer to direct their resources into other activities. The fourth chapter presents the elements of compliance programs and proposes standards for the assessment of its effectiveness under two criteria: the presence of structural components and the effectiveness of their performance. The conclusion is that, so as to unbalance the market of corruption, it would be essential to greatly enhance the probability of detection, investigation and punishment of illicit acts, and, at the same time, increase the benefits offered to the companies which implement an effective compliance program. Otherwise, relying on the inefficiency of the system and thus not implementing compliance will still pay off, though.

Keywords: Anticorruption. Compliance. Act 12.846/2013. Corporate crimes. Brazil.

LISTA DE ABREVIATURAS

AML/CFT – Antimoney Laundering and Counter Financing of Terrorism
APNFDs – Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas
BACEN – Banco Central do Brasil
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCO – Chief Compliance Officer
CFC – Conselho Federal de Contabilidade
COFECI – Conselho Federal de Corretores Imobiliários
CGU – Controladoria-Geral da União
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CRSFN – Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
DoJ – United States Department of Justice
DPA – Deferred Prosecution Agreement
FATF – Financial Action Task Force
FCPA – Foreign Corrupt Practices Act
GAFI – Groupe d'action financière ou Grupo de Ação Financeira
MESICIC – Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Internamericana contra la Corrupción
MPF – Ministério Público Federal
NPA – Non-prosecution Agreement
OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
PAR – Processo Administrativo de Responsabilização
PEP – Politically Exposed Persons
PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEC – Securities and Exchange Commission
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUSEP – Superintendência de Seguros Privados
UIF – Unidade de Inteligência Financeira
UKBA – United Kingdom Bribery Act of 2010
UNCAC – United Nations Convention Against Corruption
UNODC – United Nations Office for Drugs and Crime
WGB – Working Group on Bribery

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS 29
1.1 CAPACIDADE DE AÇÃO 31
1.2 CAPACIDADE DE CULPA 37
1.3 MODELOS DE IMPUTAÇÃO 43
1.3.1 Teoria da Identificação (Alter Ego Theory) 47
1.3.2 Responsabilidade vicarial 49
1.3.3 A culpa pela organização 53
1.4 REGIMES DE RESPONSABILIZAÇÃO 55
1.4.1 Direito administrativo 58
1.4.2 Direito civil 63
1.4.3 Direito penal 65
1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA 67

2 COMPLIANCE E CRIMINALIDADE EMPRESARIAL 76
2.1 UMA APROXIMAÇÃO AO TEMA DO COMPLIANCE 76
2.1.1 Conflito agente-principal, teoria da firma e governança corporativa 82
2.2 A SOCIEDADE DE RISCO E O IDEAL DE SEGURANÇA 87
2.3 CAPITALISMO REGULATÓRIO E AUTORREGULAÇÃO REGULADA 90
2.4 A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL 95
2.4.1 O controle da criminalidade empresarial 100
2.5 O COMPLIANCE COM O REGIME ANTILAVAGEM DE DINHEIRO 114
2.6 A PRIVATIZAÇÃO DA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO – FCPA E OUTROS TRATADOS 124
2.6.1 A legislação anticorrupção como indutora da adoção de mecanismos e programas de compliance (e seu enforcement): plea agreements, NPAs, DPAs e acordos de leniência 132

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA 140
3.1 DIREITO ADMINISTRATIVO x DIREITO CIVIL x DIREITO PENAL 146
3.2 UM REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL POR ATOS DE CORRUPÇÃO?1513.3 O REGIME ADMINISTRATIVO E CIVIL DA LEI 12.846/2013 154
3.3.1 Sanções: tipos e alcance das penas 158
3.3.2 Responsabilidade objetiva 160
3.3.3 O enfoque econômico 170
3.3.3.1 A teoria da Escolha Racional 173
3.3.3.2 A teoria econômica do crime e da punição 175
3.3.3.3 Aplicação do modelo à Lei 12.846/2013 180

4 A MEDIÇÃO DA EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE 216
4.1 ELEMENTOS DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE 218
4.1.1 Formulação: identificar, definir, estruturar 221

4.1.1.1 Análise de riscos e valoração dos riscos.....221
4.1.1.2 Definição de medidas de prevenção, detecção e comunicação (a questão dos whistleblowers); definição dos valores da empresa.....226
4.1.1.3 Criação de uma estrutura de compliance.....230
4.1.2 Implementação: informar, incentivar, organizar.....232
4.1.2.1 Comunicação e detalhamento das especificações de compliance.....232
4.1.2.2 Promoção da observância do compliance.....233
4.1.2.3 Medidas organizacionais para criação de processos de compliance.....233
4.1.3 Consolidação e aperfeiçoamento. reagir, sancionar, aperfeiçoar.....235
4.1.3.1 Estabelecimento de um processo para apuração de violações ao programa de compliance.....235
4.1.3.2 Estabelecimento dos critérios para a sanção das violações ao programa de compliance.....239
4.1.3.3 Avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa.....240
4.1.4 Política anticorrupção.....242
4.2 AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE.....246
4.2.1 Diferentes parâmetros de apuração da efetividade.....248
4.2.2 Proposta: avaliação dos programas e medidas de compliance anticorrupção por meio de dois critérios.....261
4.2.3 Monitores de compliance.....269

5 CONCLUSÃO.....273

REFERÊNCIAS.....286

ANEXO A – TRADUÇÃO PARA O ESPANHOL DA INTRODUÇÃO.....309
ANEXO B – TRADUÇÃO PARA O ESPANHOL DA CONCLUSÃO.....327

INTRODUÇÃO

As convenções internacionais anticorrupção trouxeram a tarefa da prevenção do delito para o âmbito privado: não apenas o Estado e seus agentes são responsáveis por prevenir, apurar e punir os delitos. As empresas também são chamadas a atuar em sua prevenção, elaborando códigos de ética e desenvolvendo programas de *compliance* destinados a promover o adequado cumprimento das normas por parte de seus órgãos e empregados; devem investigar as irregularidades praticadas, adotar medidas corretivas e, quando for o caso, entregar os resultados às autoridades competentes.

Compliance vem do inglês *to comply with*, significando estar de acordo, cumprir com as leis e regulamentos estatais. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), também conhecida como Convenção de Mérida, estabelece, em seu artigo 12, que os Estados Partes deverão adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento destas medidas. Além disso, os Estados Partes deverão promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas, incluídos os códigos de conduta, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado.

As medidas que as empresas privadas deverão adotar devem consistir, basicamente, em controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção, e para que as contas e os estados financeiros dessas empresas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação. Além disso, as empresas deverão punir os comportamentos corruptos que, a despeito dos programas de compliance, venham a ocorrer.

A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção da Organização dos Estados Americanos (1996) afirma que os Estados Partes deverão considerar a adoção de medidas, em seus ordenamentos jurídicos, para criar, manter e fortalecer

leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com o pagamento de atos de corrupção, bem como medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros. Essas medidas deverão garantir que as sociedades mercantis mantenham registros contábeis com tal nível de detalhe que reflita com exatidão a aquisição e alienação de ativos, além de controles contábeis internos que permitam aos funcionários das empresas detectarem a ocorrência de atos de corrupção.

A Convenção de Mérida, por sua vez, exige que os Estados adotem medidas para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos de corrupção, sendo que a forma dessa responsabilidade poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. Segundo a convenção, a responsabilidade empresarial deverá existir sem prejuízo da responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos diretamente.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1997), também exige que os Estados responsabilizem as pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

Até mesmo uma lei que em tese não se aplicaria às empresas brasileiras tem grande influência na promoção da adoção de programas de compliance no Brasil. O Foreign Corrupt Practices Act (1977), também conhecido como FCPA, é uma lei norte-americana que possui aplicação extraterritorial: alcança empresas brasileiras listadas em bolsas de valores nos Estados Unidos ou que estejam obrigadas a reportar periodicamente para a Securities and Exchange Commission (SEC). No direito norte-americano, as pessoas jurídicas respondem criminalmente pelas condutas praticadas por seus agentes (vicarious liability). A adoção de programas de compliance e de ética pelas empresas é incentivada pelo Capítulo 8 das 2014 Guidelines Manual da United States Sentencing Commission (Sentencing of Organizations), que determina os critérios para a dosimetria das penas impostas às pessoas jurídicas, porque eles são considerados um fator de mitigação da pena.

A exigência da adoção do compliance com normas penais foi introduzida no Brasil pela legislação que criminalizou a lavagem de dinheiro. As pessoas físicas e jurídicas sujeitas aos mecanismos de controle, na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98, são obrigadas, desde a entrada em vigor desta lei, à identificação dos clientes e manutenção de cadastros, ao registro das transações e à comunicação de operações suspeitas à unidade de inteligência financeira. Os reguladores dos setores financeiro e não-financeiro editam normas detalhando os deveres de compliance, como é o caso, por exemplo, da Circular 3.461/09 do Banco Central do Brasil (BACEN), da Instrução 301/99 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Circular 445/12 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), e da Resolução nº 24/13 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). A Lei 12.683/12, contudo, acrescentou mais uma obrigação ao art. 10 da Lei 9.613/98: a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o porte e volume de operações das pessoas físicas e jurídicas, que lhes permitam atender ao disposto naquele artigo e no artigo 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes.

A alteração da lei de lavagem em 2012 expandiu ainda o âmbito dos sujeitos obrigados aos deveres de compliance com inclusão de novos incisos ao art. 9º. Assim, juntas comerciais e registros públicos; pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações de compra e venda de imóveis ou participações societárias, de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários, de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, financeiras, societárias ou imobiliárias, de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; empresas de transporte e guarda de valores; pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem sua comercialização, todas estão obrigadas, pela lei, à adoção medidas de compliance, em maior ou menor extensão.

A fim de atender às obrigações assumidas no plano internacional com a assinatura das convenções anticorrupção antes referidas, o Brasil editou a Lei 12.846/2013, que entrou em vigor no início de 2014. A norma foi elaborada para permitir a responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos cometidos contra a administração pública nacional e estrangeira. A via escolhida não foi a da responsabilização criminal: ao contrário, a lei prevê a responsabilidade na esfera administrativa e civil, com imposição de pesadas multas e possibilidade de celebração de acordos de leniência para as empresas que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Esta lei, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. De acordo com a lei, serão levados em consideração, na aplicação das sanções administrativas, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Essas medidas e procedimentos de compliance são chamados de programas de integridade pela Controladoria-Geral da União (CGU).

Há, contudo, uma diferença fundamental entre o compliance com as normas de prevenção à lavagem de dinheiro e o compliance com a lei anticorrupção: enquanto o primeiro é obrigatório, o segundo é facultativo. A adoção de procedimentos de integridade, auditoria e códigos de ética são apenas incentivados pela Lei 12.846/2013. A falta de compliance com as normas antilavagem de dinheiro pode acarretar a imposição de sanções administrativas tanto para a empresa como para as pessoas físicas. A falta de compliance com as normas anticorrupção impede apenas o benefício da mitigação da pena de multa que for imposta à empresa.

Se o benefício oferecido pela lei anticorrupção para a empresa que possui e aplica um programa de integridade (compliance) é a possibilidade de redução da

multa aplicada em decorrência da prática de atos lesivos à administração pública, a ameaça desta sanção – imposta no âmbito de um processo administrativo – será suficiente para motivar as empresas a implementarem esses programas? Nos Estados Unidos, os programas de compliance também são levados em consideração para a dosimetria da sanção da multa, mas o FCPA prevê a responsabilidade criminal para as empresas pelos atos de seus agentes que oferecerem vantagens indevidas a funcionários públicos.

A tese é que a via escolhida (responsabilização administrativa e civil) e o benefício oferecido (como uma dentre nove circunstâncias que afetam a dosimetria da multa administrativa, a qual possibilita a redução em no máximo 4% do faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do processo administrativo sancionador, no âmbito da regulamentação federal) não serão capazes de motivar as empresas brasileiras a formularem e adotarem programas ou medidas simplificadas de compliance.

Tema

A pesquisa tratará dos programas e das medidas simplificadas de compliance voltados ao cumprimento das normas anticorrupção. A capacidade de induzir as empresas à formulação e à adoção desses mecanismos de compliance é importante porque eles são considerados uma forma de controlar a criminalidade que é praticada por meio ou no âmbito das empresas. De acordo com o Decreto 8.420/2015, que regulamentou a lei anticorrupção, a empresa deverá dispor, entre outros elementos, de procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros; canais de denúncia de irregularidades abertos a funcionários e terceiros; medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, além do monitoramento contínuo do programa de integridade, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos à administração pública. Além disso, segundo o §2º do art. 42 do mesmo decreto, o programa de integridade será avaliado quanto à sua existência e aplicação, para que possa ser considerado na dosimetria da multa. Por isso, a pesquisa tratará também da

avaliação dos programas e medidas simplificadas de compliance.

Relevância do tema

O tema é relevante porque os mecanismos de compliance passaram a ter maior importância no Brasil após as alterações legislativas ocorridas em 2012 e 2013: 1) um maior número de sujeitos obrigados aos deveres de compliance com as normas antilavagem de dinheiro, com a inclusão de novos sujeitos obrigados, e o dever, extensivo a todos eles, de adotar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o porte e volume de operações das pessoas físicas e jurídicas; 2) a edição da lei anticorrupção, destinada a punir as pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública, com um modelo de responsabilidade objetiva; 3) a possibilidade da mitigação das penas para as empresas que possuírem mecanismos ou programas de compliance efetivos.

Se, de um lado, o Brasil deve demonstrar que cumpre as obrigações assumidas com a assinatura das convenções anticorrupção (o Relatório da Fase 3 da avaliação do cumprimento da Convenção da OCDE manifesta preocupação com a capacidade de a lei brasileira alcançar esses objetivos[1]), por outro, as empresas precisam ter segurança jurídica de que os programas ou medidas de compliance que implementarem poderão trazer-lhes os benefícios previstos na lei. Da mesma forma, as autoridades responsáveis pelo julgamento dos processos de responsabilização administrativa terão que avaliar a efetividade dos mecanismos de compliance das empresas, no momento da imposição das sanções, assim como os membros do Ministério Público e Juízes que atuarão nos processos de responsabilização civil, na aplicação das sanções administrativas no caso de omissão das autoridades administrativas competentes.

Entretanto, a existência de mecanismos de prevenção e controle interno, não raras vezes, não consegue impedir a ocorrência de ilícitos. Normas internas ou padrões podem ser desrespeitados para operacionalizar a lavagem de dinheiro ou a

[1] Exemplificativamente, às páginas 16, 22 e 53 do Relatório. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **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: 26 jan. 2016).

corrupção. O exame do que constitui um programa de compliance efetivo, então, é relevante também para a esfera penal na responsabilização das pessoas físicas, porque a lei anticorrupção expressamente afirma que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de dirigentes e administradores, ou de qualquer pessoa natural autora, coautora ou partícipe dos atos ilícitos. Como grande parte dos atos ilícitos arrolados no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 são condutas penalmente típicas, fica claro que a existência de um programa de compliance efetivo pode reduzir os riscos legais aos quais estão sujeitos tanto as pessoas jurídicas como as físicas que as administram. As relações entre compliance e direito penal são complexas, mas os programas de compliance parecem ser a chave para decidir sobre responsabilidade.

Formulação da Situação Problema

O problema que se identifica é o modelo de legislação anticorrupção que o Brasil adotou, com a eleição da via administrativa e civil de responsabilização pela prática de atos lesivos à administração, e a oferta de redução da multa administrativa em 1% a 4% do faturamento bruto do último exercício anterior à instauração do processo administrativo sancionador, para a empresa que possuir um programa de compliance efetivo.

A lei de lavagem de dinheiro é uma lei criminal, que, na parte dedicada à responsabilidade administrativa (art. 12) impõe deveres de compliance de maneira obrigatória, prevendo sanções aplicáveis às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas que deixam de cumprir aquelas obrigações. A jurisprudência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional demonstra que as penalidades de multas elevadas tanto para as pessoas jurídicas como para as pessoas físicas, assim como a inabilitação para o exercício do cargo de administrador dessas pessoas jurídicas são efetivamente aplicadas.

A lei anticorrupção não foi concebida como uma lei criminal porque, na dicção de sua Exposição de Motivos, o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A justificativa afirma que a

responsabilização civil é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e que o processo administrativo tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.

Entretanto, a condenação de uma pessoa jurídica num processo administrativo ou civil terá o mesmo efeito de uma condenação imposta num processo criminal? Ainda que a pena possa se revestir das mesmas características objetivas - uma sanção pecuniária - a carga de reprovabilidade não seria maior no processo penal? Há diferenças, em termos de prejuízos à reputação das empresas, se a sanção for de natureza penal?

Por outro lado, a falta de obrigatoriedade quanto a programas ou mecanismos simplificados de compliance na lei anticorrupção – sendo o incentivo para sua adoção a redução da multa em no máximo 4% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo sancionador para um programa altamente efetivo – será incentivo suficiente para motivar as empresas brasileiras a formularem e implementarem esses programas e medidas? Há ordenamentos jurídicos que chegam a eximir completamente a empresa de responsabilidade quando se comprova que o programa existente era efetivo, e que o ato corrupto ocorreu a despeito desse programa[2] – responsabilizando-se então apenas a pessoa física – administrador ou empregado – que, contornando os controles internos e o próprio programa de compliance, praticou a conduta ilícita.

O objetivo do presente trabalho é provar que Lei 12.846/2013 não vai provocar um aumento no uso de programas e medidas de compliance pelas empresas brasileiras. Para comprovar essa tese, procuraremos responder a três perguntas:

[2] Isso ocorre no Reino Unido, de acordo com as disposições do UK Bribery Act of 2010. (REINO UNIDO. **Bribery Act 2010**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 21 abr. 2016).

a) a ameaça de punição administrativa e civil é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas e medidas de compliance?

b) o efeito mitigador dos programas e medidas simplificadas de compliance sob a lei 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas?

c) como medir a efetividade de um programa ou das medidas simplificadas de compliance?

Hipótese

Nossa hipótese é que a sanção administrativa e civil para atos lesivos à administração pública não infunde temor significativo às pessoas jurídicas. Ao mesmo tempo, o benefício oferecido para a empresa que possuir um programa de compliance efetivo é pequeno para motivar sua adoção.

Um programa dessa natureza não se faz sem custos, que podem ser consideráveis dependendo do porte da empresa e do alcance de suas operações. Como os recursos das empresas são limitados, o mais provável é que a decisão de adotar um programa de compliance, ou mesmo medidas simplificadas, especialmente em tempos de crise econômica, seja tomada considerando-se os riscos de responsabilização. Dois anos após sua entrada em vigor, a lei anticorrrupção é uma preocupação para a maioria das empresas brasileiras?

É bem possível que os programas de compliance anticorrupção sejam adotados pelas empresas apenas depois da ocorrência de fatos lesivos e do início da ação do Estado para apurá-los. Mais especificamente, em decorrência de compromissos assumidos no âmbito de um acordo de leniência, ou seja, quando a empresa estiver em meio a investigações ou até mesmo ações penais instauradas contra as pessoas físicas que a dirigem. A Medida Provisória 703/2015 alterou o art. 16 da lei anticorrupção para condicionar 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[3].

[3] A Medida Provisória 703/2015 está sendo contestada no âmbito da Ação direta de constitucionalidade 5.466/DF, movida pelo Partido Popular Socialista (PPS), em razão de

Segundo a medida provisória, o Ministério Público passa a integrar o rol de autoridades legitimadas para o acordo de leniência, mas ainda de uma forma secundária: pela nova redação do art. 15, a comissão designada para a apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, após a instauração do processo administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos. A alteração ao art. 16 da lei anticorrupção prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão celebrar o acordo de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público. De fato, há uma omissão importante na Lei 12.846/2013, porque ocorre, na prática, a sobreposição entre várias esferas de responsabilidade, com atuação de diferentes órgãos. A inclusão do Ministério Público entre os legitimados para firmar o acordo de leniência com as empresas é fundamental, em razão do seu papel de titular da ação penal pública contra as pessoas físicas dirigentes ou administradoras das pessoas jurídicas. A ausência de participação do Ministério Público no acordo de leniência traz insegurança jurídica para a empresa, já que seus dirigentes poderiam vir a enfrentar um processo criminal pelos fatos objeto do acordo.

A atuação deste órgão, portanto, poderá ser determinante para a implementação de programas de compliance pelas empresas envolvidas na prática de atos lesivos à administração pública, quando o acordo de leniência for firmado com a empresa, em paralelo a acordos de colaboração premiada. Nesse ponto, a relação entre custo e benefício se altera drasticamente, e a formulação de um programa de compliance passa a ser um componente de uma estratégia de redução de danos.

A avaliação da efetividade do programa de compliance será importante então não apenas como fator de diminuição de uma sanção que poderá ser aplicada administrativamente [4] mas também como forma de acompanhamento do

---

inconstitucionalidades formais e materiais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 5.466/DF. Autor: Partido Popular Socialista. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4920496>. Acesso em: 4 maio 2016).

[4] Até porque a leniência tem um efeito muito mais poderoso para a redução da multa, podendo reduzi-la em até 2/3 (dois terços), segundo o §2º do art. 16 da Lei 12.846/2013. (BRASIL. **Lei 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016).

cumprimento do acordo de leniência, um tipo de *probation* empresarial.

Delimitação Temática

A delimitação do tema situa-se na análise da Lei 12.846/2013 como incentivo à adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, ou seja, mecanismos ou programas de compliance voltados ao cumprimento das normas anticorrupção.

Por serem precursores do compliance criminal no Brasil, e por existir já, no plano internacional, um complexo sistema de avaliação da efetividade do compliance com os padrões internacionais antilavagem de dinheiro, esses referenciais serão utilizados na análise das escolhas feitas pela lei e pelos normativos anticorrupção.

Os programas e mecanismos de compliance serão analisados no contexto do capitalismo regulatório, como um meio de controle da criminalidade empresarial. A razão da opção de economias liberais por essa forma de intervenção na atividade econômica será explicitada.

Examinaremos as formas de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de ilícitos penais sem, contudo, aprofundar a discussão de todos os problemas e polêmicas que envolvem a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos sistemas continentais, porque isso extrapola o objeto do trabalho. Interessa-nos apenas a análise comparativa das formas de imputação das condutas dos agentes às pessoas jurídicas (capacidade de ação) e dos mecanismos de atribuição da responsabilidade (capacidade de culpa).

É inegável que os programas de compliance, se bem intencionados, pretendem instaurar uma conduta ética e um padrão de integridade nas práticas negociais da empresa. Todavia, não trataremos de ética nem analisaremos questões de governança corporativa em profundidade. Interessam-nos os aspectos jurídicos do compliance.

Apesar de tratarmos do compliance anticorrupção e de utilizarmos os

parâmetros de avaliação do compliance antilavagem de dinheiro, não iremos nos deter no conceito ou na evolução histórica da corrupção e da lavagem de dinheiro. A abordagem parte da constatação da existência desses dois tipos de compliance, para passar diretamente à análise da capacidade da lei anticorrupção brasileira de estimular a adoção de mecanismos de compliance, bem como às formas de medir sua efetividade, para o alcance dos beneficios que ela promete.

Referencial Teórico e Desenvolvimento

Por lavagem de dinheiro entendemos o processo destinado a ocultar ou dissimular a origem criminosa do produto ou dos proveitos do crime, realizado com o objetivo de torná-los aptos para uso, abrangendo toda e qualquer conduta que possa ser considerada típica de acordo com art. 1º da Lei 9.613/1998.

O termo corrupção será utilizado ao longo do texto num sentido amplo, compreendendo as condutas assim referidas nas convenções internacionais relevantes vigentes no Brasil, ou seja, não apenas aquelas descritas nos artigos 317, 333, 337-B e 337-C do Código Penal, mas também as referidas nos arts. 15 a 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; no art. VI a IX da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção e art. 1º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE, tenham ou não correspondência com condutas previstas na legislação brasileira.

O exame do compliance será feito no contexto das medidas de controle da criminalidade econômica e empresarial, em especial, dentro da ideia de autorregulação regulada desenvolvida, em boa parte, por John Braithwaite.[5]

Para refletir sobre as relações entre o crime e a sua punição, assim como para examinar a capacidade da lei anticorrupção de induzir as empresas à adoção dos programas e medidas de compliance, serão utilizadas noções da análise econômica do direito, partindo das primeiras ideias encontradas nos trabalhos de

[5] BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan**

Montesquieu[6], Beccaria[7] e Bentham[8], até os enfoques mais atuais, como os de Gary Becker[9], Susan Rose-Ackerman[10], Robert Klitgaard[11], Richard E. Posner[12] e Polinsky e Shavell[13].

Quanto à estrutura, o trabalho é composto de quatro capítulos. O primeiro capítulo tratará das escolhas regulatórias à disposição do legislador, para a responsabilização das pessoas jurídicas - administrativa, civil e penal - e das modalidades de culpa - subjetiva e objetiva. Serão analisados ainda os critérios de atribuição dos atos das pessoas físicas às empresas. O segundo capítulo examinará o contexto no qual está inserido o compliance em geral e, em especial, o compliance criminal. O terceiro capítulo tratará das opções feitas pelo legislador brasileiro com a edição da Lei nº 12.846/2013, analisando sua capacidade de induzir as empresas brasileiras a adotarem programas e mecanismos simplificados de compliance. O quarto e último capítulo procura elencar os principais elementos de um programa de compliance, sugerindo parâmetros para a avaliação de sua efetividade.

Fontes e Método

Para atingir esses objetivos, utilizaremos fontes nacionais e de direito estrangeiro. A lei, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras servem como um termo de comparação com as escolhas do legislador brasileiro. O exame do direito estrangeiro, ademais, é útil em tema de compliance anticorrupção porque a lei brasileira foi editada, em boa parte, para o atendimento de obrigações assumidas com a assinatura de convenções internacionais. O Relatório da Fase 3 da Implementação da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

[6] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de. **Esprit des lois.** Paris: Paul Janet, 2008.
[7] BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene.** Milano: Arnoldo Mondadori, 1991.
[8] BENTHAM, Jeremy. **Principles of legislation:** of the limits of the penal branch of jurisprudence. (The Collected Works of Jeremy Bentham). Oxford: Oxford University Press, 2010 e BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** Introduction by H. L. A. Hart. New York: Oxford University Press, 1970.
[9] BECKER, Gary. **Crime and punishment:** an economic approach. Chicago: National Bureau of Economic Research, 1974.
[10] ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government:** causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
[11] KLITGAARD, Robert. **Controling corruption.** Berkeley: University of California Press, 1988.
[12] POSNER, Richard. E. **Economic analysis of law.** New York: Wolters Kluwer, 2014.
[13] POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **Journal of Economic Literature**, v. 38, v. 1, p. 45-76, March 2000.

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE fornece uma primeira avaliação internacional da legislação anticorrupção brasileira, e, por isso, será uma fonte consultada.

As 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI) e a Metodologia [14] para avaliação do compliance dos países com esses padrões internacionais fornecerão parâmetros de um sistema altamente complexo de avaliação adotado em escala internacional.

Além disso, muito do compliance anticorrupção é influenciado pela legislação norte-americana e pelas práticas do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.[15] Por isso, o exame dos DPAs (deferred prosecution agreements) e NPAs (non-prosecution agreements) será útil para demonstrar a importância da implementação ou da melhoria dos programas de compliance no âmbito desses acordos, assim como a utilização de monitores de compliance, na avaliação do cumprimento das condições. O Bribery Act of 2010, a lei anticorrupção inglesa, assim como o primeiro acordo de não-persecução penal firmado no Reino Unido será igualmente consultado.

A doutrina e a legislação estrangeiras poderão sugerir parâmetros e boas práticas úteis para aplicação no Brasil. O exame do direito estrangeiro será feito, contudo, com o cuidado de perceber diferenças e semelhanças, procurando identificar as zonas de compabitilidade com a legislação nacional.

A base normativa para a pesquisa, entretanto, é o sistema jurídico brasileiro. Os primeiros acordos de leniência firmados sob a Lei 12.846/13 podem indicar a importância que é dada ao compliance pelos operadores jurídicos brasileiros. Os acordos firmados no âmbito no Ministério Público Federal (MPF) que forem públicos serão examinados. Até o encerramento da pesquisa (em 9.5.2016) não havia

[14] METHODOLOGY: for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, 2013, p. 14. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

[15] Essas informações podem ser encontradas na página do Deparment of Justice dos Estados Unidos da América, disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 02.05.2016.

nenhum acordo de leniência firmado pela Controladoria-Geral da União (CGU) com base na Lei 12.846/2013, o que impede que se examine a importância que esse órgão dá aos programas de compliance. Também não se teve notícia, na mesma data, quanto à conclusão de qualquer dos processos administrativos de responsabilização instaurados, a fim de verificar os parâmetros de medição da efetividade do compliance, na dosimetria das multas administrativas.

As normativas emitidas pelo Banco Central do Brasil (BACEN), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), e pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) servirão de parâmetro para explicitar a forma de exigência do compliance antilavagem de dinheiro pelas autoridades regulatórias nacionais.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Supremo da Espanha sobre a responsabilização criminal das pessoas jurídicas e a forma de imputação, a elas, dos atos das pessoas físicas, serão examinados. A jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes previstos na Lei 9.605/1998 (lei de crimes ambientais) servirá de norte para o exame da responsabilização das empresas no âmbito criminal, pelo direito brasileiro, assim como das posibilidades de extensão dessa forma de responsabilidade a outros delitos.

Quanto ao método, no primeiro e no segundo capítulos utilizaremos o direito comparado. No caso do primeiro capítulo, a intenção é verificar as diversas respostas ante um problema análogo - o da responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos cometidos por seus agentes - identificando semelhanças e diferenças de tratamento. Esse método é útil principalmente quando o antecedente é uma norma estrangeira, o que é o caso da legislação brasileira. Já no segundo capítulo, o recurso ao direito comparado poderá auxiliar a estabelecer o sentido e os efeitos que os ordenamentos jurídicos emprestam ao compliance, para que se identifiquem equivalentes funcionais que possam ser úteis na interpretação da legislação brasileira.[16]

[16] COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In: COURTIS, Christian (Org.). **Observar la ley:** ensaios sobre metodologia de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006, p. 138-139.

No terceiro capítulo, o método será o de crítica à solução normativa vigente (investigação *de lege ferenda*), buscando identificar os problemas de racionalidade pragmática (incapacidade de motivar a conduta dos destinatários) e de racionalidade teleológica (incumprimento dos fins que se propunha a cumprir), com base na análise econômica.[17] A análise econômica do direito, apesar de suas limitações, pode ser útil para examinar as escolhas das empresas frente a um quadro natural de escassez de recursos – a formulação e adoção de mecanismos ou programas de compliance poderia maximizar seus objetivos? Como os agentes econômicos responderiam aos incentivos da lei?[18]

Para tornar possível essa resposta, é necessário quantificar os incentivos; assim, formularemos exemplos hipotéticos, analisando o cálculo da multa de cinco empresas fictícias, com diferentes perfis em relação à corrupção e ao comprometimento com sua prevenção. Para todas as empresas fixaremos o mesmo faturamento bruto, de forma que o ponto de partida para o cálculo da multa seja o mesmo e, assim, se possa, tanto quanto possível, "isolar" o efeito do compliance, verificando as consequências da inexistência ou da existência de um programa de integridade, com diferentes níveis de efetividade. Essa simulação permitirá quantificar a vantagem que um programa de compliance poderá trazer, de acordo com a lei, na redução da multa administrativa.

No quarto capítulo, a pretensão é de ordenar, dar unidade e coerência a um programa de compliance e aos mecanismos de avaliação de sua efetividade[19], com recurso, novamente, às soluções encontradas na experiência internacional. Nessa linha, realocaremos os elementos fornecidos na legislação brasileira, completando-os, quando necessário, com elementos sugeridos por guias e manuais e outras legislações anticorrupção, para uma primeira formulação de um método de avaliação da efetividade do compliance anticorrupção.

Caso se confirme a hipótese anteriormente delineada, a pesquisa procurará identificar os problemas principais que determinam a incapacidade da lei para incentivar as empresas à adoção de mecanismos e programas de compliance. A

[17] COURTIS, 2006, p. 125-126 e p. 151.
[18] TREBILCOCK, Michael. The Lessons and Limits of Law and Economics. **Monash University Law Review**, v. 23, n. 1, p. 123-158, 1997, p. 127.
[19] COURTIS, op. cit., p. 114.

forma de solucionar esses problemas, contudo, não será explorada no trabalho, porque se situa além dos objetivos fixados para a investigação, que se propõe a analisar, somente, a capacidade da lei em atingir (ou não) esses objetivos.

Da Cotutela com a Universidade de Salamanca, no âmbito do Programa de Dupla Titulação

A pesquisa que ora se apresenta foi desenvolvida em regime de cotutela com a Universidade de Salamanca (USAL). Ao final do primeiro ano do programa de doutorado da Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012), depois de finalizadas as disciplinas, frequentei, em janeiro de 2013, o "Curso de Especialización en Derecho – Crímen Organizado, Corrupción y Terrorismo" na Universidade de Salamanca, na Espanha. Nessa estada, além da obtenção do título de especialista, tomei conhecimento da importância dos estudos e das publicações sobre a corrupção, no âmbito da Faculdade de Direito daquela Universidade, no Campus de Excelencia Internacional "Studii Salamantini" e, em especial, do Programa de Doutorado "Estado de Derecho y Gobernanza Global". Surgiu então a oportunidade de ingressar também nesse programa de doutorado, o que ocorreu durante o ano de 2013. A partir daí, empenhei-me para que ambas universidades negociassem e firmassem convênios para a realização de teses de doutorado em regime de cotutela com duplas titulações, o que acabou ocorrendo, no final do ano de 2013. O programa beneficia agora estudantes de ambas universidades, no âmbito dos cursos de Direito, Economia e Ciência Política.

O termo de cotutela específico firmado para o meu trabalho estabeleceu a obrigação do desenvolvimento de pesquisa em ambas universidades e a redação de uma tese em português, sob a orientação conjunta do Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, pela UFRGS, e dos profesores Drs. Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Caparrós, pela USAL. Durante os três anos de duração do programa espanhol, desenvolvi pesquisas na Biblioteca Francisco de Vitoria (USAL) e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, para o cumprimento do requisito de investigação presencial de doze semanas na Universidad de Salamanca. Participei também de eventos na Facultad de Derecho aproveitei os períodos em Salamanca para discutir o andamento da pesquisa com os orientadores

espanhóis.

Não houve exigência de que o trabalho se desenvolvesse dentro de uma linha estrita de comparação entre as realidades brasileira espanhola; ao contrário, e até pelo tema escolhido para a pesquisa, uma abordagem mais ampla, em termos de direito comparado, pareceu mais adequada. Assim, a bibliografia encontrada na Biblioteca Francisco de Vitoria (não apenas a de autores espanhóis) está refletida no texto, e a maior contribuição da cotutela foi justamente a de possibilitar a abertura do leque da pesquisa e o acesso a vasta bibliografia.

1 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Antes de analisarmos a escolha feita pelo legislador brasileiro com a edição da lei anticorrupção pela responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas em razão da prática de atos lesivos à administração pública – muitos deles, ilícitos penais - é conveniente examinarmos as formas pelas quais elas podem responder pelos atos praticados em seu nome.

O parágrafo único do art. 1º da lei diz que ela se aplica às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Empresário é, segundo o art. 966 do Código Civil brasileiro, aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, e simples, as demais, na forma do art. 982 do mesmo código.

Adotaremos, para simplificar, a definição de Tiedemann para empresa: em termos amplos, a atividade empreendedora de produção, elaboração ou comercialização de produtos, assim como de prestação de serviços.[20]

O problema da responsabilização das empresas pela prática de infrações penais decorre da dificuldade que os ordenamentos jurídicos têm de alcançar certos "ângulos mortos" dos dispositivos legais[21]; ou os déficits de prevenção, na dicção de Heine, porque o direito penal individual que conhecemos até agora é disfuncional

[20] TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal económico**: introducción y parte general. Trujillo: Grijley, 2009, p. 53.

[21] GIUDICELLI, Geneviève. Le champ personnel et matériel. In: FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria (Ed.). **Corporate criminal liability and compliance programs:** first colloquium. Napoli: Jovene, 2012, p. 3-36, p. 3.

quando se trata de processos econômicos, riscos produzidos sistematicamente e formas de organização coletiva.[22]

Estes déficits de prevenção aumentam quando o direito penal se encontra com grandes empresas. A dogmática tradicional pressupõe que a atividade operativa, a posse das informações e a tomada de decisões centralizam-se em uma única pessoa; todavia, quanto mais estruturada estiver a empresa em torno da diferenciação funcional e menos em torno da hierarquia linear, mais diluído estará, do ponto de vista jurídico-penal, o potencial do autor em funções operativas e estratégicas.[23]

Não é raro que o alto escalão executivo da empresa fique, de alguma forma, protegido de responsabilização, quando pressiona por resultados mas ignora, deliberadamente, detalhes sórdidos das operações realizadas pelos gerentes (operacionais, de produção, ou financeiros) que acabam infringindo as leis na intenção de alcançar metas ou vencer a concorrência.[24]

A responsabilidade pessoal pode ficar em segundo plano mesmo nos sistemas que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como os do common law, em razão de uma política criminal do órgão de persecução penal que coloque as empresas como o alvo principal.[25]

A discussão sobre quem deve responder pelos atos ilícitos praticados em nome ou por meio de uma empresa – se as pessoas naturais que materialmente executam os atos, ou a pessoa jurídica que deles se beneficia – é importante, mas nosso foco é examinar a responsabilização do ente coletivo.

No sistema do common law, a responsabilidade criminal depende tradicionalmente da configuração de dois elementos: o elemento externo ou material,

---

[22] HEINE, Günther. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial:** propuestas globales contemporáneas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 25-67, p. 26.

[23] Ibid., p. 27.

[24] COFFEE, John. No soul to damn: no body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. **Michigan Law Review,** v. 79, p. 386-459, jan 1981, p. 400.

[25] FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. **Corporations, crime and accountability.** Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 1.

a conduta ou ação, referida como *actus reus;* e o elemento interno ou subjetivo, a intenção ou estado mental culposo, referida como *mens rea.* Atribuir essa moldura legal às empresas ou outras organizações não é algo que se possa fazer automaticamente. Segundo uma concepção de pessoa jurídica, reconhecer ação e intenção a uma ficção legal seria uma forma de dar características antropomórficas a um objeto inanimado.[26]

Em síntese, questiona-se tradicionalmente se as empresas têm capacidade de ação e de culpabilidade, e essa discussão está ligada ao fato de se transferir ao âmbito das pessoas jurídicas os critérios que se consideram válidos para a imputação das pessoas naturais.[27]

1.1 CAPACIDADE DE AÇÃO

A crítica relativa à capacidade de ação decorre do fato do conceito de ação, em direito penal, ter sido construído sobre o comportamento humano dirigido pela vontade. Como as empresas não possuem substância física ou espiritual similar, seriam, em consequência, incapazes de atuar.[28]

A dificuldade em aceitar que a empresa possa atuar está, obviamente, apenas no âmbito do direito penal. Essa discussão também ocorreu nos ordenamentos jurídicos da família do common law. Até o século XIX, na Inglaterra e nos Estados Unidos, consideravam-se ausentes, nas empresas, tanto a capacidade de ação como a correspondente consciência. Progressivamente, na Inglaterra, foram aparecendo julgados isolados responsabilizando empresas públicas pela falta do cumprimento de deveres. Por volta do século XIX as decisões passaram a reconhecer a responsabilidade criminal de empresas, muitas delas ligadas a delitos regulatórios.[29]

---

[26] ANDERSON, James M.; WAGGONER, Ivan. **The changing role of criminal law in controlling corporate behaviour.** Santa Monica: Rand Corporation, 2014, p. 2.
[27] HEINE, 2006, p. 29.
[28] ENGELHART, Marc. **Sanktioniergung von unternehmen und compliance:** eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. [au.] Berlin: Duncker & Humblot, 2012b, p. 348.
[29] Ibid., p. 71-73.

No direito alemão, dentro da tradição jurídica do civil law, o movimento foi inverso, pois a responsabilidade penal das corporações era reconhecida desde a Idade Média, até 1871, quando o Código Penal alemão rejeitou expressamente a responsabilidade penal (mas não a civil) para as pessoas jurídicas.[30]

> Corporate criminal liability, at first glance, appears as a clear instance of a categorical difference between Anglo-American and German criminal law: one has it, the other does not. Even at second glance, the distinction does not quite disappear, but might instead begin to look less categorical, or at least more interesting when it is seen in a wider historical and doctrinal context. A historical approach reveals that English criminal law categorically rejected the very possibility of corporate criminal liability as late as the turn of the nineteenth century, while German criminal law had long recognized coporate criminal liability, with both systems switching sides at roughly the same time. Moreover, support for corporate criminal liability in Germany continued throughout the nineteenth and early twentieth centuries, including from central figures in the German law of corporations (Otto von Gierke) and criminal law (Franz von Liszt). And, in the second half of the twentieth century, corporations were subjected to potentially substantial "administrative *fines*" (Gelbussen) for the commission of offences on their behalf, which some observers on either side of the debate about corporate criminal liability have found difficult to distinguish in effect, if not in label, from "administrative *penalties*" (Geldstrafen). Still, no doubt remains that contemporary Anglo-American criminal law – including most commentators – does not raise principled objections to corporate criminal liability, whereas German criminal law – including most commentators – does.[31]

Se, antes de 1800, a Inglaterra rejeitava categoricamente a responsabilidade penal das corporações (porque as empresas eram incapazes de atuar) adotou a partir daí postura completamente oposta, porque a Revolução Industrial fez surgir

---

[30] DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal law:** a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 338.

[31] A responsabilidade penal da pessoa jurídica, num primeiro olhar, é um caso claro de diferença categórica entre o direito anglo-americano e o germânico: um a tem, o outro, não. Mesmo num segundo olhar, a distinção não desaparece completamente, mas pode, ao contrário, começar a parecer menos categórica, ou ao menos, mais interessante, quando é vista a partir de um contexto histórico e doutrinário mais amplo. Um enfoque histórico revela que o direito criminal inglês rejeitava categoricamente a simples possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica até o início do século XIX, enquanto que o direito alemão já reconhecia, há muito tempo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tendo os dois sistemas trocado de lado mais ou menos à mesma época. Além disso, o apoio para a responsabilidade penal da pessoa jurídica continuou durante os séculos XIX e início do século XX, incluindo de figuras centrais no direito alemão das corporações (Otto von Gierke) e no direito penal (Franz von Liszt). E, na segunda metade do século XX, as empresas ficaram sujeitas a multas administrativas potencialmente substanciais (Geldbussen) pela prática de crimes em seu benefício, o que alguns observadores em ambos lados do debate sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica tiveram dificuldade em distinguir na prática, se não no rótulo, das sanções administrativas (Geldstrafen). Todavia, não há dúvida de que o direito anglo-americano contemporâneo – inclusive a maior parte dos comentaristas – não levanta objeções fundamentadas à responsabilidade penal da pessoa jurídica, enquanto que o direito alemão – incluindo a maior parte dos comentaristas – o faz. Tradução nossa. (Ibid., p. 329).

corporações poderosas e perigosas, especialmente as que se dedicavam à exploração das ferrovias.[32]

Nos Estados Unidos, por exemplo, três foram os fatores que possibilitaram a expansão da responsabilidade criminal às corporações e entidades: 1) a progressiva aplicação, pelas cortes, da responsabilidade criminal a empresas, por danos causados concretamente; 2) o desenvolvimento da responsabilidade criminal por ato de outrem (*vicarious liability*); e 3) a evolução do requisito da intenção criminosa, ou *mens rea*.[33]

Para Engelhart, uma das razões para o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos Estados Unidos é a ausência, no direito norte-americano (assim como em geral no direito inglês), de uma estrutura de direito administrativo público. Enquanto não houvesse uma queixa ou ação privada, não seria possível pôr em ação a força coercitiva do direito. Inicialmente a responsabilidade das pessoas jurídicas se firmou nos delitos de omissão (acts of nonfeasance), passando, posteriormente, a abranger também os delitos comissivos (acts of misfeasance). O passo decisivo para a consolidação da responsabilidade penal abrangente da empresa nos Estados Unidos foi a decisão da Suprema Corte no caso New York Central & Hudson River Rail Road Co.[34] A partir desse julgamento, em 1909, a Suprema Corte firmou a capacidade das pessoas jurídicas responderem criminalmente, nos Estados Unidos.[35]

Atualmente, o Código dos Estados Unidos iguala a pessoa jurídica à pessoa física, para a aplicação da lei:

> In determining the meaning of any Act of Congress, unless the context indicates otherwise […] the words "person" and "whoever" include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals.[36]

[32] DUBBER; HÖRNLE, 2014, p. 337.
[33] ANDERSON; WAGGONER, 2014, p.15.
[34] 22 III.212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed 613 (1909).
[35] ENGELHART, 2012b, p. 64-65.
[36] Ao determinar o sentido de qualquer ato do Congresso, a não ser que o contexto indique o contrário […] as palavras “pessoa” e “quem quer que seja”incluem corporações, companhias, associações, firmas, parcerias, sociedades, e sociedades por ações, assim como indivíduos. (tradução nossa). U.S.C §1, disponível em: <http://uscode.house.gov>. Acesso em: 7 jan 2015.

Na segunda metade do século XX, um movimento pendular está trazendo de volta a responsabilidade penal à tradição jurídica do civil law. Basta que se observem as mudanças nos países europeus, durante as duas últimas décadas. Seguindo o exemplo da Inglaterra, em 1842, e posteriormente da Holanda, em 1952, os países nórdicos introduziram uma responsabilidade penal genuína para pessoas jurídicas nos anos 90 do século XX. Seguiram-nos a França (1994), a Bélgica (1999), a Suíça (2003), a Áustria (206), Portugal (2007) e Espanha (2010). Outros países do Leste Europeu, como a República Tcheca (2011), adotaram esse regime de responsabilização. Da mesma forma fez o Chile, em 2009, na América do Sul.[37]

A partir do momento em os países do sistema romano-germânico passaram a aceitar a possibilidade de punição criminal de empresas, a dogmática penal teve que construir novas soluções. A questão da capacidade de ação, então, passa a ser respondida geralmente pela imputação das condutas dos empregados.[38]

Basicamente, há duas possibilidades: 1) considerar que é a empresa quem age, por ato próprio ou 2) são as pessoas naturais que agem pela empresa.

Quando se considera que a empresa age por ato próprio, dependendo do sistema jurídico, ela poderá ser responsabilizada diretamente (no âmbito do direito civil e administrativo facilmente, bem como no âmbito do direito criminal, nos países que admitem essa possibilidade) ou poderão ser responsabilizadas as pessoas naturais em seu lugar.

Tiedemann explica que na teoria tradicional do direito penal, em especial na escola italiana (em Turim) desenvolveu-se uma categoria especial para expressar a capacidade de ser sujeito em direito penal: a *capacità penale*, ou *Straffähigkeit*. Decisões da Suprema Corte alemã repetidamente referem ações relacionadas a uma empresa (unternehmensbezogene Handlungen) como a distribuição de produtos perigosos, o descarte de lixo tóxico, ou a operação de uma ferrovia de uma

[37] TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as a third track. In: BRODOWSKI, D. et. al. **Regulating corporate criminal liability.** Cham: Springer, 2014, p. 13.
[38] ENGELHART, 2012b, p. 350.

maneira em que quem age é a empresa, sendo esta ação então atribuída a pessoas físicas, e não o inverso.[39]

Antes da Bélgica instituir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, em 1999, considerava-se que uma empresa podia cometer crimes (ou seja, tinha capacidade de ação) mas não podia ser responsabilizada criminalmente por eles (não tinha capacidade de culpa). Stessens expressa essa situação com o aforismo *Societas delinquere, sed non puniri potest.* Os procuradores belgas, então, dirigiam a persecução penal contra os empregados ou dirigentes da empresa, o que trazia a dificuldade de decidir quem deveria ser responsabilizado. Quem executou materialmente os atos ilícitos ou quem ordenou sua prática? Quando os superiores hierárquicos eram punidos pelos atos da empresa, a doutrina belga denominava a isso de imputação judicial e legislativa. Quando eram punidos os executores materiais das condutas, a imputação era chamada de material.[40]

Por outro lado, quando se considera que são as pessoas naturais que agem pela empresa, é preciso definir quais atos (e quais estados mentais culposos) podem ser atribuídos (imputados) às empresas para torná-las responsáveis. Essa questão está ligada a outras questões colaterais, como por exemplo, até que ponto a pessoa natural estava agindo em nome ou dentro de suas atribuições na empresa, ou se os atos tinham por objetivo beneficiá-la.[41]

Engelhart vê diferenças na fundamentação dos princípios de atribuição das ações. Em primeiro lugar, o princípio da identificação: como as empresas somente podem atuar por meio de dirigentes e empregados, a ação dessas pessoas é vista como sendo a ação da própria empresa. Eventualmente o círculo de pessoas que podem ser identificadas como representantes da empresa (no sentido de que o seu atuar é o atuar da própria empresa) é reduzido para abranger apenas seus órgãos ou aqueles com poderes de direção.[42]

---

[39] TIEDEMANN, 2014, p. 15.
[40] STESSENS, Guy. Comparative criminal liabiliy: a comparative perspective. **The International and Comparative Law Quarterly,** v. 43, n. 3, p. 493-520, July 1994, p. 498-499.
[41] Ibid., p. 506.
[42] ENGELHART, 2012b, p. 350-351.

Outra possibilidade é considerar-se as ações das pessoas não como algo estranho à empresa (ou seja, vê-las antes como ações das pessoas naturais), mas sim como ações originariamente próprias da empresa. Para isso a teoria da autoria real da corporação de von Gierke (Theorie der realen Verbandtäterschaft) fornece uma base jurídica.[43]

Von Gierke afirmava que uma empresa ou corporação era uma pessoa coletiva real, que não apenas tinha capacidade jurídica, como também era dotada de vontade e capacidade de ação:

> Die Willens- und Handlungsfähigkeit der Körperschaft gilt uns als eine *in und mit ihrer Persönlichkeit gegebene Wirklichkeit.* Uns scheint das Recht gerade nur deshalb den Gemeinwesen Persönlichkeit zuzuschreiben, weil es sie als Träger eines einheitlichen und beständigen Gemeinwillens ansieht. Hier wie beim Einzelmenschen erblicken wir in dem als versursachende Kraft der äusseren Bewegungen gesetzten *Willen* den Kern der Rechtssubjektivität. Nach unserer Auffassung empfängt daher zwar die Willens- und Handlungsfähigkeit der Verbände wie der Individuen erst durch das Recht den Charakter einer *rechtlichen* Fähigkeit, wird aber vom Recht nicht geschaffen, sondern vorgefunden und nur in Ansehung ihrer rechtlichen Geltung zugleich anerkannt und begrenzt. An sich kann daher das Recht den Verbänden wie den Einzelnen auch dann, wenn es sie als Personen deklarirt und somit als selbständige Verkörperungen menschlicher Willensmacht werthet, die Fähigkeit, im Rechtsinne zu wollen oder zu handeln, ganz oder theilweise versagen.[44]

Pontes de Miranda trata das pessoas jurídicas no plano da existência. A personalidade e a capacidade, segundo ele, entram no suporte fático.[45] As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades por eles criadas. Em todas há o suporte fático, a discussão

---

[43] ENGELHART, 2012b, p. 351.

[44] A capacidade de vontade e de ação de uma corporação vale para nós como uma realidade que é dada na e por sua personalidade. Para nós, portanto, o Direito atribui a personalidade a um ente coletivo por vê-lo como portador de uma vontade homogênea e contínua. Aqui, como para o indivíduo, vemos o cerne da subjetividade jurídica na vontade externada, como a força causal que que provoca os movimentos externos. Em nossa concepção, a capacidade de vontade e de ação das associações, assim como para os indivíduos, recebe do Direito apenas o caráter de uma capacidade jurídica, que não é, todavia, dada pelo Direito, mas apenas por ele descoberta e, ainda, apenas no que diz respeito à sua validade jurídica, por ele reconhecida e delimitada. Em si, o Direito apenas pode negar, no todo ou em parte, a capacidade, no sentido jurídico, de querer ou de agir, tanto às associações como aos indivíduos, quando os declara como pessoas e consequentemente os valora como personificações autônomas de poder de vontade humano. (GIERKE, Otto Von. **Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.** Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1887, p. 608-609, tradução nossa).

[45] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983a, v. 1: Parte Geral, Prefácio, p. XX.

sobre serem reais, ou não, é uma falsa questão, pois a realidade é conceito do mundo fático, e pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. “O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo*, traz, para as criar, algo do mundo fáctico. [...] A pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física.”[46]

A noção que considera a pessoa jurídica incapaz de atuar, assim como incapaz de responder pelos atos ilícitos praticados por seus administradores está ligada à teoria da ficção, que já foi superada, em direito civil.[47]

Outra fundamentação para a ação de uma empresa ou corporação pode ser vista na teoria de Tiedemann, que atribui a punibilidade da empresa a uma falha ou defeito de organização, quando não são adotadas as medidas necessárias para evitar a violação das regras pelos empregados.[48]

1.2 CAPACIDADE DE CULPA

A capacidade de culpa é o ponto central para os que negam a possibilidade de punição das empresas. O direito penal alemão (assim como o brasileiro) se baseia no princípio da culpabilidade, que é considerado pela jurisprudência constitucional uma garantia da dignidade da pessoa humana e o fundamento da

[46] Pontes de Miranda acrescenta: “É preciso distinguir a pessoa jurídica, tal como o economista a vê, ou o político, e a pessoa jurídica, como aparece no mundo jurídico. O antigo direito romano desconhecia o conceito de pessoa jurídica: o *ius privatum* (ius civile) só tocava a pessoas físicas, aos *civis.* Os *collegia*e as *sodalitates* não eram pessoas. A *res publica* era o bem do povo romano; e esse não era pessoa privada. Coisa do povo era *extra commercium.* A própria terra do povo, *ager publicus*, não pertencia a ninguém. Lá está em GAIO (L.1, pr. D., Ibid., p. 280 e 282. *de divisione rerum et qualitate*, 1, 8): “quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur”. *Nullius,* de ninguém. O próprio *ius* para os negócios jurídicos era *publicum,* e não *privatum.* Quando a *res publica* teve que entrar em comércio, privatizou-se. A evolução começou pelo *municipium*, que passou a ser pessoa, no direito privado; depois, personificaram-se *collegia, sodalitates* e *universitates.* Com a distinção entre *fiscus Caesaris* e *aerarium Populi Romanum,* aquêle entrou no rol das pessoas de direito privado (cf. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht,* I. 349 s.). A pessoa jurídica exsurgiu, portanto, em sua estrutura característica, no Império. Por isso, toda teoria que negou, ou nega, a existência da pessoa jurídica, no direito contemporâneo, contra as regras jurídicas positivas e a concepção mesma que está à base dos sistemas jurídicos, constitui regressão psíquica à idade pré-imperial, desconhece a evolução que se operou até se terem os bens municipais como bens pertencentes ao *corpus*, em vez de pertencentes a todos ou a ninguém (Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitatis singuli debent, L. 7, §1, D., *quod cuiusque univesitatis nomine vel contra eam agatur*, 3, 4). (MIRANDA, 1983a, p. 280-284).

[47] “O individualismo romano e o pós-romano foram superados; aquêle, inapto a erigir a teoria das pessoas jurídicas, e êsse, hostil à aparição da teoria, a golpeavam com os conceitos de ficção. (Ibid., p. 282).

[48] ENGELHART, 2012b, p. 351.

responsabilidade individual, além de uma das bases do princípio do Estado de Direito. Do princípio da culpabilidade decorre que nenhuma pena pode ser imposta sem culpa (*nulla poena sine culpa*)[49], sendo essa culpa apurada segundo a valoração da formação da vontade, para que o autor, como uma pessoa de carne e osso, possa ser responsabilizado por sua ação antijurídica.[50] Sendo o conceito de culpa fundado na capacidade de decisão moral da pessoa humana, a própria possibilidade de culpabilidade de uma empresa é negada.[51]

A doutrina predominante na Alemanha ainda considera que as pessoas jurídicas e outras coletividades de pessoas carecem da capacidade de culpa penal. Em Portugal, nos sistemas anglo-americanos e também para a comissão da União Europeia (relativamente ao direito administrativo) a punibilidade se baseia em uma culpabilidade empresarial própria. Nos Estados Unidos e na Austrália a cultura empresarial é vista como a base de uma culpabilidade coletiva, sendo a doutrina do cidadão empresarial fiel ao direito (good corporate citizen) um marco teórico para a construção da culpabilidade empresarial.[52]

Nos Estados Unidos, a questão passou a chamar atenção com a introdução das Sentencing Guidelines no final do século XX, já que as raízes da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas estão no direito civil. Na Inglaterra, por outro lado, desenvolveu-se a teoria do *alter ego* ou da identificação, através da qual os crimes cometidos por empregados do alto escalão (aqueles considerados no "cérebro" da empresa) seriam crimes da própria empresa. Tiedemann não vê diferença prática dessa teoria com a teoria da responsabilidade por ato de outrem, ou *vicarious liability*,[53] já que os resultados são os mesmos, ao determinarem a

---

[49] Engelhart cita outras objeções à punição das empresas: a incapacidade de serem apenadas, porque elas não seriam capazes de sentir as penas como as pessoas naturais o fazem, não podendo tomá-las como penitência, e a injustiça da punição do todo da empresa pela conduta de alguns empregados. Além disso se levanta o problema da dupla punição, porque as pessoas naturais – os agentes dos crimes – também seriam punidos, ao lado da empresa. (ENGELHART, 2012b, p. 348-349).

[50] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** parte general. 5. ed. Granada: Colmares, 2002, p. 434.

[51] ENGELHART, op. cit., p. 349.

[52] TIEDEMANN, 2010, p. 179.

[53] Engelhart explica que a responsabilidade das pessoas jurídicas na Inglaterra desenvolveu-se de maneira independente à dos Estados Unidos, mas teve como semelhança a relação com as ofensas regulatórias. Segundo esse autor, em parte a responsabilidade é por ato de terceiro (vicarious liability), mas a partir de meados do século XX desenvolveu-se também uma forma de

responsabilidade da empresa pela atribuição da responsabilidade das pessoas naturais que agem em seu nome.[54]

A Espanha introduziu a responsabilidade penal para as pessoas jurídicas em 2010, de uma forma direta e independente, ou seja, não existe a necessidade da prévia determinação da responsabilidade de uma pessoa física. Com isso, ela se afasta do modelo francês (théorie du réflet). O código penal espanhol foi reformado em 2015, reforçando os contornos da responsabilidade penal das empresas, para estendê-las às empresas ou entidades que não adotarem as medidas necessárias para evitar a comissão de delitos. A responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser declarada com independência de que se possa ou não individualizar a responsabilidade penal da pessoa física, ou seja, instituiu-se um modelo duplo onde a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, e vice-versa.

A formulação espanhola adota um modelo misto onde a responsabilidade se configura quando um delito é praticado pelos representantes legais e administradores de fato e de direito, em nome ou por conta da empresa, ou em seu benefício. Paralelamente, dispõe que as pessoas jurídicas também serão responsáveis pelos delitos cometidos por aqueles que, estando submetidas à autoridade das pessoas físicas que a dirigem ou representam, tenham podido realizar os fatos pela falta de controle devido, o que a aproxima do modelo de Tiedemann.[55]

O Tribunal Supremo espanhol, na primeira decisão [56] que condenou criminalmente pessoas jurídicas, decidiu que o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica se baseia sobre a prévia constatação da comissão do delito por parte da pessoa física integrange da organização como pressuposto inicial da referida responsabilidade, e na exigência do estabelecimento e correta aplicação de

---

responsabilidade objetiva (strict liability) da empresa pelos atos de seus empregados, através da doutrina da identificação, ou alte ego theory. (ENGELHART, 2012b, p. 73).

[54] TIEDEMANN, 2014, p. 15.

[55] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y da la empresa:** parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 521-523.

[56] EL SUPREMO dicta su primera sentencia sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Diario La Ley,** n. 8712, 1 feb. 2016. Sección Hoy es Noticia.

medidas de controle eficazes que previnam ou procurem evitar, tanto quanto possível, a comissão de infrações delitivas pelos integrantes da organização:

> Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidade penal (incluido el supuesto del anterior art. 32 bis.1 parr. 1º CP hoy de forma definitiva a tenor del nuevo arrt. 31 bis.1ª(y 2CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica. [...] Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance” o “modelos de cumplimiento”, exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.[57]

[57] “Assim, a determinação do atuar da pessoa jurídica, relevante para os efeitos da afirmação de sua responsabilidade penal (incluído o suposto do anterior art. 31 bis.1 parágrafo 1º CP e hoje de forma definitiva a teor do novo art. 31 bis.1ª) e 2 CP, após a reforma operada pela LO 1/2015), há de estabelecer-se a partir da análise acerca de se o delito cometido pela pessoa física no seio daquela foi tornada possível, ou facilitada, pela ausência de uma cultura de respeito ao Direito, como fonte de inspiração da atuação de sua estrutura organizativa e independente de cada uma das pessoas físicas que a integram, que haveria de manifestar-se em alguma classe de formas concretas de vigilância e controle do comportamento de seus dirigentes e subordinados hierárquicos, tendentes à evitação da comissão por estes dos delitos enumerados no Livro II do Código Penal como possíveis antecedentes dessa responsabilidade da pessoa jurídica. [...] Núcleo da responsabilidade da pessoa jurídica que, como vimos dizendo, não é outro que não o da ausência de medidas de controle adequadas para a evitação da comissão de delitos, que evidenciem uma vontade séria de reforçar a virtualidade da norma, independentemente daqueles requisitos, mais concretizados legalmente em forma das chamadas ‘compliance’ou ‘modelos de cumprimento’, exigidos para a aplicação da eximente que, ademais, certas pessoas jurídicas, por seu pequeno tamanho ou menor capacidade econômica, não puderam devidamente implementar.” Tradução nossa. Votos divergentes contestaram que o núcleo da tipicidade seja a ausência das medidas de compliance, porque, frente à redação do tipo penal espanhol, configurariam responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica. Sem discordar quanto ao mérito, contudo, o Pleno da Sala de lo Penal confirmou as condenações impostas pela Audiência Nacional a três empresas por sua participação no tráfico de mais de seis toneladas de cocaína escondidas em máquinas de obras públicas inicialmente exportadas para a Venezuela (sem as drogas) e posteriormente reimportadas para a Espanha (desta vez carregadas com as drogas em seu interior). Duas foram condenadas à perda definitiva da personalidade jurídica, mas o Tribunal Supremo modificou a pena da terceira empresa, para excluir sua dissolução em razão de contar com mais de cem empregados que sofreriam graves prejuízos com essa medida, mas manteve a multa de 775 milhões de euros. (ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo penal. Apelación Procedimiento Abreviado nº 10011/2015. Recurrentes: Avelino Javier y otros. Ponente: Excmo. St. D. José Manuel Maza Martín. Madrid. STS 154, 29 feb. 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-aprecia-por-primera-vez-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>. Acesso em: 3 maio 2016).

Assim como a Espanha, numerosos ordenamentos jurídicos acolheram a ideia de culpa pela organização, introduzida por Tiedemann na Alemanha, como base para a legitimação da punibilidade da empresa. Para esse autor, a crítica de Schünemann de que a culpabilidade de organização somente pode alcançar pessoas naturais baseia-se em uma visão germânica já superada sobre a natureza da pessoa jurídica, que na atualidade consiste num fenômeno social e não numa mera ficção jurídica. Essa posição se harmoniza com a maneira pela qual as empresas são vistas pelo direito civil, direito da concorrência e o direito administrativo.[58]

As diferentes tradições jurídicas que precisam ser consideradas ao analisar-se a responsabilização das pessoas jurídicas adotam enfoques distintos: 1) a visão dogmática clássica foca nas pessoas jurídicas e em seus órgãos, seguindo um modelo de culpa criminal filosófico ou metafísico. Esse modelo corresponde à tradição romano-germânica; e 2) a visão pragmática, influenciada pela sociologia, que foca nas empresas e nos empregados, seguindo um modelo de culpa sociológico e realista. Esse modelo corresponde à tradição anglo-americana, escandinava e holandesa.[59]

Quanto a Suprema Corte americana firmou a responsabilidade penal de uma pessoa jurídica, em 1909, o fundamento foi o de que, se uma grande maioria das transações e dos negócios nos tempo atuais são feitas por corporações, dar a elas imunidade de toda punição em razão de uma velha doutrina de que uma pessoa jurídica não pode cometer crimes iria, virtualmente, eliminar a única forma de correção de abusos... Para a Corte, ainda, nenhuma objeção jurídica, ou razão de política pública, poderia justificar que a corporação, que lucra com o negócio, deixasse de ser punida.[60]

Efetivamente, a capacidade de contrair culpa é o equivalente ao reconhecimento da corporação como tal, pela ordem jurídica. A questão sobre ter ou não conhecimento das proibições criminais deve ser respondida autonomamente

[58] TIEDEMANN, 2009, p. 235.
[59] TIEDEMANN, 2014, p. 13.
[60] ORLAND, Leonard. The transformation of corporate criminal law. **Brook. J. Cort. Fin & Com. L.** n. 45, p. 45-85, 2006, p. 46. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso: 21 out. 2015.

desde o ponto de vista da empresa, como já demonstrou a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e alguns julgados da Corte Superior Regional de Apelos Administrativos na Alemanha: a pessoa jurídica tem dever próprio de agir de acordo com as leis e as regulações, e de conhecer o direito. O mesmo é verdadeiro para responsabilidade por negligência.[61]

O que se percebe, de uma forma geral, é que os sistemas jurídicos oscilam entre considerar a culpa da empresa como sendo própria ou, ao contrário, como uma decorrência da culpabilidade de atos praticados por seus agentes, quando ela, então, responderá por eles, ainda que estes possam ser individualmente responsabilizados.

Culpa atribuída (attributed guilt) difere de culpa própria (own, personal guilt). Em ambos modelos, contudo, trata-se de culpa social (social guilt) da empresa. Essa culpa reflete, primariamente, a violação de normas legais no comportamento, em linha com o conceito tradicional de responsabilidade por negligência. Por esta razão Tiedemann considera a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas como uma terceira via em direito penal:

> Therefore, it is consistent to consider criminal liability of legal persons to be a third track in criminal law, a third track to punishment and to incapacitation of offenders who are incapable of contracting guilt. This view should, as far as linguistically possible, be reflected in a distinct denomination (such as "Verbandsgeldstrafe" in Austria, and especially "coima" in Portugal and "företagsbot" in Sweden, both of which recourse to historic denominations).[62]

No âmbito do direito civil, a capacidade da pessoa jurídica contrair culpa não é problema desde há muito. Pontes de Miranda explica que no direito romano não havia vontade coletiva, exceto no direito público. A *universitas* não podia delinquir, nem proceder com dolo ou culpa. A capacidade delitual da pessoa jurídica foi criada na Idade Média:

---

[61] TIEDEMANN, 2014, p. 17.

[62] Em razão disso, é consistente considerar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas como uma terceira via em direito penal, uma terceira via para a punição e a incapacitação de agentes que são incapazes de contrair culpa. Essa visão deveria ser, tanto quanto linguisticamente possível, refletida numa denominação diferente (como "pena pecuniária para associações", na Áustria, e especialmente "coima" em Portugal, e "företagsbot" na Suécia, ambos com recurso a denominações históricas). Tradução nossa. (TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as a third track. In: BRODOWSKI, D. et. al. **Regulating corporate criminal liability.** Cham: Springer, 2014, p. 17).

> A responsabilidade da pessoa jurídica, inclusive do Estado pelo ato do seu órgão como tal, corresponde a momento de longa evolução técnica, em que só se exige para a responsabilidade a culpa, ou a simples causação no exercício das funções. O ato é próprio, não do órgão como outra pessoa.[63]

A culpa da empresa também pode ser apreciada a partir da reação que ela teve – ou não – ao ato criminoso praticado. Fisse identifica, na jurisprudência do common law, a tendência de construção de uma culpa empresarial reativa (reactive corporate fault). Essa culpa não é avaliada ao tempo da prática do *actus reus* do delito, mas sim *depois* de sua prática. A reação da empresa adotando medidas preventivas ou corretivas, em resposta ao ato cometido por um empregado que age em seu nome poderá revelar uma culpabilidade menor, ou até não ser objeto de censura alguma.[64]

1.3 MODELOS DE IMPUTAÇÃO

A atribuição ou imputação encerra um processo social e jurídico. De acordo com Fletcher, attributing or imputing the wrongdoing to a suspect means that we hold him or her accountable, answerable, liable, and punishable for a particular instance of wrongdoing.[65]

A distinção majoritária em termos de criminalidade econômica ou empresarial separa os crimes cometidos *desde* a empresa (Unternehmenskriminalität) daqueles cometidos *dentro* da empresa (Betriebskriminalität). Os primeiros compreendem os crimes que a empresa pratica como sujeito participante do sistema econômico,

---

[63] MIRANDA, 1983a, p. 284.

[64] FISSE, Brent. Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault and sanctions. 56 **S. Cal. L. Rev.**, n. 1141, 1982/1983, p. 1196-1197.

[65] "Atribuir ou imputar o ato ilícito a um suspeito significa que o consideramos responsável e punível por um ato ilícito em particular." (Tradução nossa) Fletcher vê dois modelos teóricos de culpabilidade, nos sistemas jurídicos: o primeiro deles adota a teoria psicológica da culpa, que pergunta se o crime está 'espelhado' na consciência do suspeito. A questão chave é se ele decidiu cometer o crime ou ao menos tinha consciência e podia prever que suas ações resultariam no crime. Os termos 'culpabilidade' e 'mens rea' são interpretados no sentido de que, se o autor tinha o estado mental apropriado, ele poderá ser responsabilizado por sua ação, ou 'actus reus'. Esse enfoque é característico dos sistemas common law e do Model Penal Code (MPC). O enfoque oposto é "moral", e centra-se na questão da justiça de se responsabilizar alguém pela prática de um ato criminoso. A questão não é se o ato está 'espelhado' na mente do autor, mas se, independentemente do que haja em sua consciência, ele pode ser justamente culpado por ter cometido o ato ilícito. O enfoque não é descritivo, mas valorativo. (FLETCHER,George P. **Basics of criminal law.** New York: Oxford University Press, 1998, p. 81).

enquanto que os segundos se referem aos delitos cometidos no seio da empresa por um órgão da empresa contra outros órgãos da empresa.[66]

Quando o crime é praticado desde a empresa, há tradicionalmente dois modelos para fundamentar sua punição: o modelo de autorresponsabilidade (por ato próprio) e o modelo de heterorresponsabilidade (pela atribuição do ato de um terceiro à empresa). As legislações podem adotar um ou outro modelo, ou ainda, soluções híbridas.[67]

A responsabilidade por ato próprio normalmente decorre da ação de agentes no alto escalão da empresa, com poderes de direção (senior officers). Como são eles que "representam" a empresa, considera-se então que, quando eles agem, é a própria empresa que age. O segundo modelo responsabiliza a empresa pelos atos de cada um dos indivíduos que agem em seu nome, e repousa sobre o conceito da responsabilidade vicarial.[68]

Heine organiza as diferentes formas de responsabilização das pessoas jurídicas em três categorias: no primeiro grupo estão aqueles sistemas que atribuem as condutas criminosas dos empregados à empresa (o ato do órgão como falta da empresa). A linha que informa esse modelo é a clássica teoria da identificação, que tem origem na Inglaterra, em 1915: uma corporação deve identificar-se com cada pessoa que por ela for responsável.[69] No segundo grupo (organização deficiente da empresa) estão os sistemas que adotam uma responsabilidade originária da pessoa coletiva, porque se considera o delito econômico ou o enriquecimento da empresa como uma organização deficiente. Ao contrário do primeiro grupo, não é necessário que a conduta criminosa seja de um representante da empresa. Nesse caso, torna-se importante delimitar sob quais critérios a responsabilidade coletiva estará presente. No terceiro grupo (princípio de causalidade) não se atribui conduta criminosa de trabalhadores à empresa ou se exige alguma forma de comportamento

[66] GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico:** parte general. Lima: Grijley, 2007, p. 652.
[67] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. **Revista de Estudos Criminais,** São Paulo, n. 54, p. 93-121, 2014, p. 119-120.
[68] STESSENS, 1994, p. 507.
[69] A decisão judicial do caso Lennard's Carrying Company Ltd. v. Asiatic Petroleum Company Ltd (1915) A.C. 705 firmou essa doutrina.

ilícito empresarial. Basta comprovar a organização complexa de uma empresa para poder imputar a ela – como causante - determinadas perturbações sociais, como por exemplo a infração de valores limites fixados pelo Estado. Os limites entre esses modelos são, contudo, fluidos.[70]

Para Heine, o primeiro modelo se caracteriza como um modelo de atribuição antropomórfico, no qual a responsabilidade individual e a responsabilidade coletiva se igualam. Ele funciona razoavelmente bem em empresas pequenas, onde a hierarquia é estruturada linearmente e as funções-chave, bem como as informações, ficam nas mãos de poucas pessoas. Na medida em que aumenta o tamanho e a complexidade da empresa crescem as dificuldades. As modernas formas de organização, com uma diferenciação funcional e a divisão de tarefas estratégicas e operacionais (lean management) tornam difícil a detecção da responsabilidade das pessoas naturais. As empresas geram continuamente novos riscos, que aumentam com o tempo. Sua conversão em danos sociais não se deve, com frequência, à decisão de uma pessoa apenas (da qual se teriam que analisar os elementos subjetivos do delito), mas frequentemente, ao desenvolvimento defeituoso da empresa, o que nos leva ao segundo modelo.[71]

O segundo modelo abandona a ideia da responsabilidade individual (assim como a necessidade da comprovação dos elementos subjetivos do delito) e trabalha com uma responsabilidade originária da empresa, mediante um critério pragmático de imputação. As experiências concretas estão em torno dos Estados Unidos, Austrália, Holanda e Dinamarca, assim como em parte do direito europeu ligado à prevenção dos cartéis. Aqui, a organização defeituosa é o ponto principal, e a responsabilidade está ligada à ideia do dever de vigilância. Não se trata de um comportamento pessoal errado a respeito do controle, mas de uma deficiência da própria empresa devido a uma equivocada ponderação dos riscos empresariais. Em alguns casos, não é necessária a determinação de um autor, como na lei de contravenções alemã, bastando as deficiências generalizadas de organização. Em

[70] HEINE, Günter. Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen. **Österreichische Juristen-Zeitung**, Wien, n. 55, p. 871-881, 2000, p. 873.
[71] Ibid., p. 874-875.

outros casos, se estabelecem presunções, como no Japão. Uma das dificuldades aqui é precisar o defeito de organização decorrente da cultura empresarial.[72]

Essa questão não se coloca no terceiro modelo, que prevê a responsabilidade absoluta da empresa. Aqui não se exige uma conduta culpável de um empregado ou a prova de defeito na organização. O fundamento da punição é, nos sistemas anglo-americanos, a responsabilidade por ato de outrem (vicarious liability), ligada à responsabilidade objetiva (strict ou absolute liability). Em determinados ramos da economia, nas ofensas regulatórias, no âmbito da responsabilidade por produtos (proteção do consumidor) e na proteção ambiental, por motivos de eficiência, a prova da culpa não é necessária. Esse tipo de responsabilidade existia na Europa, no final do século XX, como um quase direito penal, por exemplo em leis ambientais da Suécia ou Polônia, assim como no direito penal do trabalho em Portugal. Nos Estados Unidos, diversas decisões em matéria de ofensas regulatórias e na legislação sobre segurança adotam esse modelo.[73]

Fiorella, por sua vez, agrupa diferentemente os de três modelos de critérios de imputação dos atos ilícitos à pessoa jurídica: 1) o modelo de identificação, em virtude do qual a empresa responde pelos atos praticados por seus próprios órgãos, que representam a vontade coletiva; 2) o modelo da responsabilidade vicarial, ou do subordinado, cujo crime foi tornado possível pela omissão das obrigações de supervisão e vigilância; e 3) o modelo, mais avançado, que prevê uma lacuna organizativa como critério de imputação pelo crime ocorrido (culpa de organização). Neste último modelo é valorizada a existência de um programa de compliance, que pode chegar a excluir a responsabilidade da empresa, se o fato não estiver em sintonia com a vontade do ente, e que não possa ser atribuível a uma negligência da organização.[74]

O modelo da identificação teria sido acolhido, no âmbito europeu, pela França, pela Alemanha na legislação de contravenções penais (§ 30 da OWiG), pela

[72] HEINE, 2000, p. 875-876.
[73] Ibid., p. 876-877.
[74] FIORELLA, Antonio. Oggetivo e soggetivo nella definizione dell'efficacia dei C.D.: modelli organizativi. In: CORPORATE criminal liability and compliance programs: first colloquium. Napoli: Jovene, 2012, p. 53-64, p. 54.

Estônia, Letônia e Lituânia. O modelo de responsabilidade vicarial foi acolhido pela legislação da Romênia. O terceiro modelo foi acolhido pela legislação italiana, que tem sido qualificada de quase penal ou parapenal (a Itália não reconhece a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, e pune as empresas com base no direito administrativo). Os modelos de imputação são contudo modelos abstratos, na prática, as legislações dos países adotam modelos mistos, que conjugam elementos de diversas matrizes lógico-jurídicas. [75]

1.3.1 Teoria da Identificação (Alter Ego Theory)

Na Inglaterra a base da responsabilidade corporativa está na teoria da identificação, através da qual a intenção ou o conhecimento de um órgão que possa ser classificado como a mente e a vontade dirigentes (directing mind and will) da empresa é a ela imputado. A doutrina, na prática, restringe a aplicação da responsabilidade corporativa para as pequenas empresas; e só terá aplicação para corporações maiores nos raros casos onde se consiga provar a culpa de um dirigente da alta hierarquia (senior officer).[76]

Esse modelo trabalha com uma ideia de *mens rea* corporativo, baseado no estado mental culposo de uma pessoa que age em nome da organização numa posição de alta administração. O *managerial mens rea* foi construído no direito inglês com a decisão proferida pela House of Lords no caso Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattras, em 1972. Naquele caso, um gerente do supermercado foi acusado do delito de fazer publicidade de produtos com preços inferiores aos efetivamente praticados. A House of Lords entendeu que a lei violada (United Kingdom's Trade Descriptions Act of 1968) previa uma responsabilidade pessoal, e não por fato de terceiro (vicarial), e que a empresa não teria demonstrado nenhuma falta "pessoal" consistente, por exemplo, na omissão de adotar precauções ou a diligência devida. Além disso, o gerente não estava posicionado na alta hierarquia do supermercado, ao ponto de poder ser identificado com a própria empresa. Nesse caso, então, a culpa do gerente não foi imputada à empresa.[77]

---

[75] FIORELLA, 2012, p. 54-55.
[76] ASHWORTH, Andrew J. United Kingdom. In: HELLER, Kevin Jon; DUBBER, Markus D. **The handbook of comparative criminal law.** Stanford: Stanford University Press, 2011, p. 540.
[77] FISSE, 1982/1983, p. 1186-1187.

Para Fisse, os problemas teóricos com esse modelo de imputação decorrem do fato de que não há verdadeira conexão com a culpabilidade empresarial. Para ele, provar a culpa do diretor ou gerente não significa, necessariamente, provar a culpa da empresa. A conduta aberrante de um diretor ou gerente pode existir mesmo no caso de um comportamento exemplar em toda a organização. Para ele, esse conceito não seria um conceito de culpa genuinamente da empresa, mas uma variação da responsabilidade vicarial.[78]

No direito civil brasileiro, não haveria porque falar em teoria da identificação. A pessoa jurídica age por ato próprio, ainda que esses atos sejam praticados por pessoas físicas. A melhor doutrina entende que o órgão da pessoa jurídica não é representante legal, porque a pessoa jurídica não é incapaz. O poder de presentação que ele tem provém da própria capacidade da pessoa jurídica:

> Se as pessoas jurídicas fossem incapazes, os atos dos seus órgãos não seriam *atos seus.* Ora, o que a vida nos apresenta é exatamente a atividade das pessoas jurídicas *através de seus órgãos:* os atos são seus, praticados por pessoas físicas. Aquela concepção, romanística, foi ultrapassada. Os atos dos órgãos, que não se confundem com os dos mandatários das pessoas jurídicas, são atos das próprias pessoas jurídicas: têm elas vontade, que se exprime; daí a sua responsabilidade pelos atos ilícitos deles, que sejam seus.[79]

Há, contudo, uma diferença entre a responsabilidade pelos atos dos órgãos[80] e a responsabilidade pelos atos dos empregados, serviçais e prepostos. A responsabilidade pelos atos dos órgãos é de vontade própria, porque a vontade, em tais atos, é vontade da pessoa jurídica, e por ato próprio, porque os atos são seus. A responsabilidade por atos de empregados, serviçais e prepostos é responsabilidade por culpa própria e ato alheio.[81] Esta concepção, portanto, considera o ato do órgão como ato da empresa, não havendo necessidade de reconhecer a culpa de uma pessoa na alta hierarquia para então identificá-la com a empresa. A culpa pelos atos dos empregados é culpa por ato alheio (art. 932, inciso III, do Código Civil), ou seja, vicarial.

---

[78] FISSE, 1982/1983, p. 1187.
[79] MIRANDA, 1983a, p. 413.
[80] Os estatutos dirão quem é o órgão, se a diretoria, o presidente da assembleia, ou outra estrutura.
[81] MIRANDA, op. cit., p. 416.

1.3.2 Responsabilidade vicarial

As raízes desta forma de responsabilidade estão na responsabilidade civil de um empregador por seus empregados, ou escravos. Ao poder do senhor (*patria potestas*) sobre as pessoas que habitavam sua propriedade e estavam sob sua direção correspondia um dever de responsabilidade pelos danos por eles praticados. A partir do final do século XIX a jurisprudência dos Estados Unidos passou a utilizar essa fundamentação para reconhecer a responsabilidade criminal. Assim, o dono de um negócio pode ser punido ainda que não haja uma conduta ilícita ou o elemento subjetivo da intenção criminosa (*mens rea*). Ao lado da responsabilidade do empregador por atos de seus empregados passou-se a utilizar essa teoria para fundamentar a punição de empresas.[82]

A responsabilidade vicarial (vicarious liability) é a responsabilidade absoluta de uma parte – geralmente o "principal"- pela conduta de outra parte – seu "agente", ou seja, o ator cujas atividades o principal dirige. No sistema do common law, a doutrina *respondent superior* (ou *respondeat superior*) é o principal veículo para responsabilizar o principal (a empresa) pelos atos ilícitos de seus agentes. Um dos pressupostos é que o principal normalmente será capaz de arcar com os custos dessa responsabilidade, enquanto que os agentes (os empregados) poderão não sê-lo. Por outro lado, espera-se que as empresas às quais se impute a responsabilidade de uma forma vicarial adotem medidas para evitar esses custos, consubstanciadas na prevenção de condutas delitivas.[83]

Nos Estados Unidos são aplicadas duas teorias de responsabilidade vicarial. Uma delas é a responsabilidade vicarial objetiva (strict vicarious liability), segundo a qual uma empresa será responsabilizada pelo crime cometido pelo empregado que tenha agido dentro de suas atribuições na empresa, com a intenção, ao menos em parte, de beneficiá-la. A segunda teoria vem da decisão proferida em U.S. vs Park, a qual determinou a responsabilidade de um executivo de uma empresa, de forma

[82] ENGELHART, 2012b, p. 67-68.

[83] Essas presunções, por óbvio, não são absolutas. Fora do ambiente das grandes empresas, não há como trabalhar com uma presunção natural sobre a capacidade econômica de agentes e principais, assim como impor responsabilidades a principais que não estejam em condições de monitorar seus agentes, como aponta Kraakman. (KRAAKMAN, Reinier H. Vicarious and corporate civil liability. **Torl law and economics,** Cheltenham, v. 1, p. 669-672, 1999)

direta, pelo ato criminoso cometido por um de seus empregados porque a posição deste executivo permitia que ele evitasse o ato ou agisse prontamente para corrigi-lo.[84]

É interessante observar que no caso Park, a Suprema Corte afirmou a responsabilidade do presidente e do Chief Executive Officer (CEO) não em razão de sua função ou posição na hierarquia da empresa, mas pelo fato deste ter um dever de supervisão e vigilância em relação aos produtos e serviços que afetavam a saúde e o bem-estar do público.[85]

Atualmente, o manual que orienta a atuação dos procuradores federais americanos na persecução penal das pessoas jurídicas alinha os pressupostos segundo os quais as ações do subordinado podem ser imputadas à empresa: é preciso estabelecer que as ações deste agente 1) estavam compreendidas dentro de suas atribuições, e 2) tinham o propósito, ao menos em parte, de beneficiar a empresa.[86]

Para Greenberg, com exceção dos casos em que o empregado pratica um ilícito contra a empresa (como o furto, por exemplo), na maior parte das vezes a conduta resultará em um benefício financeiro para a empresa, o que vai satisfazer o requisito da intenção. Mesmo que a empresa não tenha lucros – ou a redução de custos em razão da conduta ilícita do empregado – é suficiente que tenha havido a intenção de beneficiá-la, ao menos em parte. De acordo com o autor, a jurisprudência dos tribunais americanos é no sentido de que um programa de

---

[84] GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Elle. Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. **American Criminal Law Review,** Washington, v. 51, n. 1, p. 79-98, Winter 2014, p. 79.

[85] A decisão refere que o presidente da empresa havia sido alertado pela FDA (Food and Drug Administration) das precárias condições de higiene e limpeza no armazém em Baltimore, tendo sido constatada a existência de roedores e de alimentos contaminados por esses animais. (United States v. Park 421 U.S. 658 (1975).

[86] Corporations are "legal persons," capable of suing and being sued, and capable of committing crimes. Under the doctrine of *respondeat superior*, a corporation may be held criminally liable for the illegal acts of its directors, officers, employees, and agents. To hold a corporation liable for these actions, the government must establish that the corporate agent's actions (i) were within the scope of his duties and (ii) were intended, at least in part, to benefit the corporation. In all cases involving wrongdoing by corporate agents, prosecutors should not limit their focus solely to individuals or the corporation, but should consider both as potential targets." (PRINCIPLES of federal prosecution of business organizations U.S. Attorney's Manual. Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 8 out. 2015).

compliance, mesmo que seja abrangente, não imuniza a empresa de responsabilidade quando os empregados, agindo no âmbito de suas atribuições, violarem a lei.[87]

O manual dos procuradores federais se alinha a essas decisões, afirmando 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 of itself, to justify not charging a corporation for criminal misconduct undertaken by its officers, directors, employees or agents.[88]

Na Espanha, que adota a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas desde 2010, o modelo é vicarial, no qual as empresas podem ser declaradas culpadas pela comissão de um delito que somente pode ser realizado pelas pessoas físicas citadas no art. 31 *bis* do Código Penal espanhol, ainda que a pessoa concreta responsável não tenha sido individualizada ou não se tenha podido ajuizar ação penal contra ela. Mas essa responsabilidade é, ao mesmo tempo, independente e autônoma do resultado que o processo penal tenha em relação a essas pessoas físicas. Há, contudo, um sistema de dupla via, onde os delitos são cometidos por representantes legais e administradores de fato ou de direito, em nome e por sua conta, ou em seu benefício; ou por qualquer agente que esteja submetido à autoridade destas pessoas, que puderam realizar as condutas criminosas pela falta do cumprimento dos deveres de supervisão, vigilância e controle dos primeiros.[89]

A responsabilidade vicarial é alvo de diversas críticas. Por um lado, sob a ótica econômica, sustenta-se que a responsabilização vicarial da empresa no âmbito

[87] GREENBERG; BROTMAN, 2014, p. 82.

[88] 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 nossa. (PRINCIPLES…, 2015).

[89] RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Hacia la definición en España del estatuto procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo de un processo penal por blanqueo de capitales. In: DE CARLI, Carla; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **Lavagem de capitais e sistema penal:** contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 97-149, p. 105-107.

civil, de maneira concorrente com a responsabilização criminal dos empregados, pelos atos praticados, seria suficiente para a prevenção do crime.[90]

Rose-Ackerman também não concorda com o modelo americano. Segundo ela, no mundo corporativo, a maior parte das propinas são pagas por empregados e agentes, e não pela alta administração. Se a corrupção ajuda a empresa a obter contratos, gerentes e proprietários podem facilitar a corrupção ativa por parte de seus subordinados, ao mesmo tempo em que desconhecem os detalhes das transações. Se as empresas são responsabilizadas criminalmente pelos atos corruptos de empregados e agentes, a alta administração pode não apoiar um sistema de monitoração efetivo. Uma alternativa superior à responsabilidade direta seria a regra da negligência, quando as empresas seriam responsabilizadas apenas se negligenciassem suas responsabilidades de monitoração interna. A autora pontuava, entretanto, que para um sistema como esse funcionar, o judiciário precisaria ter condições de avaliar o comportamento interno da empresa, o que era uma tarefa difícil.[91]

Para Tiedemann, esse tipo de atribuição entraria em conflito com a noção de culpa criminal estritamente ligada aos seres humanos, e, na visão cristã de pecados e penitências, ligada aos indivíduos. Além disso, esse enfoque seria questionável quando as ações e a culpa se referirem a empregados do meio ou da parte inferior da hierarquia da empresa, ou ainda, quando a responsabilidade criminal se aplicar a todas as pessoas jurídicas.[92] Tiedemann propõe outro sistema para a legitimação da punibilidade das empresas: o modelo da culpa pela organização.

O direito civil brasileiro reconhece a responsabilidade vicarial. Quanto aos atos ilícitos praticados por outrem, a obrigação de reparação do danos por eles causados é regulada no art. 932 do Código Civil. Em comentário ao art. 1.521 do Código Civil de 1916 (ao qual corresponde o art. 932 do Código Civil de 2002), Pontes de Miranda afirmava que no suporte fático dos atos ilícitos há sempre um ato humano, o “ato do empregado, serviçal ou preposto, no exercício do trabalho que

[90] KRAAKMAN, 1999, p. 687.
[91] A obra é de 1999. Atualmente, as Sentencing Guidelines fornecem alguns elementos para essa avaliação. (ROSE-ACKERMANN, 1999, p. 57).
[92] TIEDEMANN, 2014, p. 16.

lhes competir, ou por ocasião dele". A responsabilidade dos agentes, de que fala esse artigo, existe, por si, com fundamento no art. 159 (atual 186), é a responsabilidade subjetiva: agente lesou, agente deve a reparação. A responsabilidade dos que o art. 1.521 I-IV tem por devedores de indenização é transubjetiva: não há de apurar-se se o empregado, serviçal ou preposto é delitualmente capaz ou não. "A relação jurídica é entre o titular do direito e da pretensão à reparação, e o que se aponta como culpado de não escolher, não vigiar, ou de instruir e munir suficientemente. Trata-se de responsabilidade *por culpa própria,* se bem que de outrem o ato – responsabilidade transubjetiva." [93]

1.3.3 A culpa pela organização

Tiedemann introduziu a discussão, na Alemanha, da ideia de culpa pela organização, como base para admitir a punibilidade das empresas. Segundo o autor, numerosos ordenamentos jurídicos, tais como o Japão e a Suíça, adotaram esse modelo, no âmbito criminal. [94]

A proposta, à época, foi elaborada para o direito alemão:

> [...] que partiria de un principio de falta (y de culpa) de organización como legitimación de la responsabilidad de agrupación, permitiendo así la imputación de la culpa individual de los dirigentes a la empresa, imputación claramente exigida por el art. 30 de la ley sobre las Ordnungswidrigkeiten [...][95]

A culpa da empresa é fundamentada na omissão em adotar medidas para evitar a ocorrência de crimes. A culpabilidade da organização é a base da legitimação, de forma que a imputação dos atos dos empregados é feita de fato à empresa.[96]

---

[93] MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 53: Parte especial, p. 126.

[94] TIEDEMANN, 2010, p. 180.

[95] Que partiria de um princípio de falta (e de culpa) de organização como legitimação da responsabilidade de agrupação, permitindo assim a imputação da culpa individual dos dirigentes à empresa, imputação claramente exigida pelo art. 30 da lei sobre as contravenções. Tradução nossa. (TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de persona jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisório e direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38-39).

[96] ENGELHART, 2012b, p. 355.

Na Itália o modelo de culpa pela organização foi adotado pelo Decreto 231/2001, que promove a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas. A Alemanha, com a lei de contravenções (Ordnungswidrigkeiten, art. 130) estabelece a omissão de controle, de organização e de vigilância como uma infração específica. Um órgão ou um representante legal podem realizar essa infração e por isso a empresa se torna responsável pela infração cometida por um empregado de hierarquia inferior, já que o órgão não impediu ou diminuiu o risco da comissão da infração. [97]

A lei chilena 20393 também adotou o modelo de culpa pela organização, excluindo expressamente a responsabilidade das pessoas jurídicas quando se tenham cumprido as exigências do modelo de prevenção que se impõem às pessoas jurídicas (havendo, no Chile, 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).[98]

A jurisprudência do Tribunal Supremo Federal, bem como a dos Tribunais Superiores das Länder, relativamente ao direito contravencional de cartéis, reconheceu que uma violação do dever de vigilância pode consistir também em um defeito de organização, quando o titular da empresa ou qualquer outro obrigado a efetuar o controle se omitirem em assegurar o cumprimento dos deveres empresariais que ele mesmo não estivesse em condições de realizar, contratando uma pessoa idônea para tal função. O art. 130 da OWiG obriga o titular da empresa a vigiar os controladores, de maneira que ele não se exonera por completo do dever de vigilância.[99]

A lei anticorrupção inglesa (The Bribery Act of 2010) criou um delito autônomo para a empresa, denominado de “falha das organizações comerciais em evitar a

---

[97] TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

[98] BACIGALUPO, Enrique. 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.

[99] TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico:** parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 181-182.

corrupção". Essa infração sanciona a empresa em cujo nome e benefício se pratica a corrupção pela falha da organização. Entretanto, a lei prevê uma defesa, quando ela provar que adotava procedimentos destinados a evitar que pessoas a ela associadas praticassem a conduta delitiva.[100]

A proposta atual de Tiedemann é um enfoque misto, como modelo de responsabilidade criminal para as empresas. A base é o modelo vicarial de atribuição de atos - e do elemento subjetivo (*mens rea*) - dos órgãos e dos representantes da empresa; além disso, a culpabilidade dos órgãos e dos representantes devem ser atribuídos à própria empresa, com duas exceções. Uma dela é a consciência da existência de proibição criminal e da culpa, que devem ser determinadas de maneira autônoma em relação à empresa. Crimes cometidos por outros empregados poderão ser atribuídos à empresa baseados no elemento coletivo de organização insuficiente ou de violação do dever de vigilância, entretanto, essa atribuição cessa quando a empresa tiver adotado todas as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou evitar a prática de delitos.[101]

1.4 REGIMES DE RESPONSABILIZAÇÃO

Os países podem escolher diferentes regimes para a regulação do comportamento desviante e a responsabilização das pessoas jurídicas. Estes podem ser divididos, inicialmente, em duas categorias: o regime privado e o regime público. Dentro desses regimes, há subregimes: o civil-privado, o criminal, o civil-público e o administrativo. De um modo geral, o regime administrativo é utilizado para a repressão das infrações administrativas; a autoridade que tem a legitimidade ativa para investigar a violação é a mesma que pode impor ordens de cessação da conduta e multas administrativas. Frequentemente as empresas podem questionar a multa perante uma autoridade administrativa superior ou um tribunal. O regime civil-público é aquele onde a agência regulatória obtém medidas cautelares e consegue impor penalidades, suspensões ou revogações de licenças e permissões por meio do sistema judicial ou de um tribunal especializado. No regime criminal, a persecução fica a cargo de uma agência pública de persecução, a qual busca a

[100] THE BRIBERY…, 2010, s. 7 (1) (2).
[101] TIEDEMANN, 2014, p. 17.

imposição de penas criminais contra os ofensores perante um juiz ou tribunal. Neste regime, normalmente a investigação das ofensas regulatórias é feita pela agência regulatória, que encaminha as provas colhidas para a agência de persecução, a qual irá, então, tomar a decisão de iniciar, ou não, uma persecução penal pública. Esses três regimes são considerados públicos, porque a decisão de iniciar e prosseguir com uma ação repressiva está a cargo de uma agência ou órgão públicos. O quarto regime é o civil-privado, onde as vítimas irão solicitar medidas cautelares e pedir indenizações e ressarcimento de danos perante o judiciário.[102]

Muitos documentos internacionais, e, em especial, três Convenções da ONU (Palermo, art. 10; Mérida, art. 26; e a Convenção para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, art. 5º), além da Convenção da OCDE sobre o suborno transnacional exigem que os Estados responsabilizem as pessoas jurídicas por sua participação nos delitos nelas referidos, impondo sanções que sejam, ao mesmo tempo, eficazes, proporcionais e dissuassórias, mas não chegam ao ponto de dizer qual regime de responsabilização deve ser adotado.

Tiedemann afirma, com razão, que a escolha do regime para lidar com a criminalidade da empresa é principalmente uma questão de política criminal – ou seja, a definição da suficiência de sanções similares a uma punição criminal, ou se existe a necessidade de uma verdadeira pena criminal para as empresas.[103]

Quando o sistema jurídico não aceita a responsabilização das pessoas jurídicas por meio do direito penal, os outros sistemas são utilizados como um substituto para “punir” as empresas. Stessens observa que a técnica de responsabilizar civilmente uma pessoa jurídica pelas multas impostas criminalmente às pessoas naturais que agem em seu nome é amplamente utilizada nos sistemas jurídicos continentais, tendo sua origem no direito tributário. O segundo modelo utilizado por vários países que não desejam recorrer ao direito penal é a imposição de sanções administrativas, em especial, multas. As razões para a escolha desta via estariam ligadas à ideia de que o processo administrativo é mais eficiente e flexível

[102] ODED, Sharon. **Corporate compliance:** new approaches to regulatory. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 27-29.
[103] TIEDEMANN, 2014, p. 13.

do que o criminal; além disso, por não se entender necessário ou desejável impor-se às empresas o estigma de uma condenação criminal.[104]

Ao analisar as vantagens e os inconvenientes dos diferentes regimes por uma ótica econômica, Oded parte do regime privado (private enforcement of regulations), que normalmente se destina à compensação de danos sofridos pelas vítimas do corportamento ilícito de um agente. Naqueles setores nos quais uma parte privada poderá ter melhores informações sobre violações de normas do que as autoridades regulatórias, o regime civil-privado poderia gerar um nível ótimo de prevenção, porque seria certo que as violações das normas regulamentares seriam descobertas e os danos seriam compensados. Entretanto, a coleta das informações necessárias e sua avaliação poderá requerer esforços ou conhecimentos especiais. Além disso, somente haveria motivação para a adoção de um procedimento destes quando a parte vislumbrasse alguma vantagem, ou que esta vantagem fosse superior aos custos. Quando o ofensor não tivesse meios suficientes para reparar os danos ele poderia acabar ficando sem outras sanções, já que as medidas que exigem o uso da força não estariam disponíveis.[105]

Por outro lado, o regime público (public enforcement of regulations) coloca a iniciativa e o controle da aplicação da lei com agentes públicos. As vantagens do regime público costumam ser, entre outras: 1) normalmente as autoridades públicas estão melhor qualificadas para a obtenção e análise de informações, especialmente quando elas tiverem um volume expressivo, ou quando houver necessidade de conhecimento especializado para sua coleta e análise; 2) ao contrário de uma parte privada, os agentes públicos perseguem objetivos sociais ditados por uma política pública; 3) os regimes públicos dotam as instituições públicas com meios mais amplos de detecção e de investigação, assim como alternativas entre vários tipos de sanções, incluindo medidas coercitivas para a cessação de atividades, que poderão ser necessária em certos casos. Por outro lado, os regimes públicos nem sempre conseguem um nível ótimo de prevenção porque, por exemplo, os altos custos da burocracia estatal e seu menor nível de eficiência podem fazer com que um volume substancial de desvios não seja percebido ou apurado. Além disso, sob uma

[104] STESSENS, 1994, p. 501-503.
[105] ODED, 2013, p. 29-31.

perspectiva econômica, as agências públicas são custeadas com dinheiro de tributos, o que significa que sua forma de financiamento é, em si mesma, socialmente custosa.[106]

Concentraremos a análise nas possibilidades oferecidas pelo regime público, que é majoritariamente utilizado pelos países.

1.4.1 Direito administrativo

O direito administrativo é o ramo do direito público que informa todas as normas jurídico-administrativas.[107] Entretanto, há diversidade no conteúdo e no objeto do direito administrativo nos sistemas anglo-americano e nos países europeus, e mesmo dentro do sistema europeu-continental, ao qual se filia o direito brasileiro. No sistema do common law o objeto do direito administrativo é bem menor, abrangendo fundamentalmente, a matéria referente ao processo administrativo, às agências reguladoras e a alguns temas que, nos sistemas de base romanística, constituem objeto da Ciência da Administração. O fato é que, quanto menos desenvolvido o direito administrativo, maior será a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que o Estado participa.[108]

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. Em razão de requererem apenas culpa social (social guilt), mas não culpa ético-individual (individual ethical guilt), as sanções administrativas ainda são consideradas meios apropriados para o enfrentamento de crimes de empresa na Alemanha, Itália, Grécia e alguns países do Leste Europeu, além do Peru.[109]

---

[106] ODED, 2013, p. 32-33.
[107] CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo.** São Paulo: Forense, 1966, p. 16.
[108] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 52, 3.
[109] TIEDEMANN, 2014, p. 12-13.

No Brasil, a processualização do direito administrativo decorre do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República, a partir do qual se estendem as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e aos acusados em geral, no processo administrativo, que é disciplinado, no âmbito federal, pela Lei 9.784/1999.

Quando o Estado proíbe e sanciona condutas no âmbito do direito administrativo, as fronteiras como direito penal tornam-se mais tênues, dando origem ao Direito Punitivo ou Direito Administrativo Sancionador.[110]

As primeiras sanções contra empresas foram adotadas na Europa continental depois do fim da Primeira Guerra; na Alemanha, elas têm origem na jurisprudência da regulação contra o abuso do poder econômico, em 1923. Essas sanções tomaram formas diferentes, mas historicamente as sanções administrativas predominaram na Europa central.[111]

A Alemanha instituiu um sistema administrativo por meio das chamadas *Ordnungswidrigkeiten* (que têm sido traduzidas como contravenções); aqui, os órgãos administrativos podem impor multas administrativas (Geldbussen) não apenas às pessoas naturais, mas também aos órgãos da empresa e à própria empresa. A ideia por trás das sanções administrativas é que elas não implicam nenhum julgamento moral ou estigma, sendo esta, em princípio, a razão pela qual o legislador alemão teria optado pelo sistema.[112] A legislação alemã, que prevê infrações administrativas, pode chegar a impor multas na ordem de milhões de euros às empresas.[113]

A responsabilidade da empresa, de acordo com o art. 30 da OWiG, é baseada no ato ilícito praticado por um empregado em posição de liderança, por isso muitos doutrinadores afirmam que o modelo adotado é o da atribuição, comparável à teoria

---

[110] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.
[111] TIEDEMANN, 2014, p. 12.
[112] STESSENS, 1994, p. 503.
[113] WEIGEND, Thomas. Societas delinquere non potest? A German Perspective. 6 Journal of International Criminal Justice (2008), 927. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal law:** a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 335.

da identificação da common law. Todavia, a empresa não será responsável por todo e qualquer ato cometido pelo empregado, nesta condição: o ilícito deverá ter uma ligação com a empresa, quer pela infração de deveres corporativos, pelo enriquecimento da empresa ou pela intenção do empregado de beneficiá-la.[114]

Os ilícitos que podem dar ensejo à imposição das multas administrativas não estão previstos de maneira exaustiva na citada legislação; em princípio, a empresa poderá ser responsabilizada até mesmo por homicídio, por corrupção ou crimes econômicos. Há, entretanto, um delito administrativo de especial importância no art. 130, e que se refere à violação de deveres de supervisão. Em razão desta ofensa, o titular de uma empresa será considerado responsável se o defeito na devida supervisão resultou na prática de um ato criminoso ou de uma infração administrativa por parte de um empregado. Esse dispositivo amplia enormemente a responsabilidade da empresa, pois alcança os atos praticados por quaisquer empregados, até mesmo os de pouca importância na hierarquia. O Caso Siemens ilustra isso: os atos corruptos foram praticados por simples empregados na Nigéria. O escritório central 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 de cumprir com seus deveres (de prevenção da corrupção).[115]

Na Itália, que igualmente não aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a opção foi por um regime administrativo que tem sido qualificado de quase-penal: o Decreto 231/2001 prevê a responsabilidade administrativa do “ente” (a pessoa jurídica) pelos delitos nela qualificados, que serão julgados, entretanto, pelo juízo criminal competente pelos crimes dos quais os ilícitos administrativos dependem (art. 36, 1).

O modelo italiano do Decreto 231/2001 utiliza um primeiro critério de imputação objetivo (a prática de um crime no interesse ou em benefício da empresa, por parte de uma pessoa física colocada em posição elevada ou mesmo

[114] ENGELHART, Marc. Corporate criminal liability and compliance in Germany. In: CORPORATE criminal liability and compliance programs: first colloquium. Napole: Jovene, 2012a, p. 178 e 183-184.
[115] Ibid., p.182-185.

subordinada, na estrutura organizativa), seguida de um critério subjetivo, fundado sobre a falta ou a insuficiente de adoção de medidas organizativas (modelli di organizzazione e gestione) destinadas a evitar a ocorrência de delitos. [116]

Para muitos doutrinadores, a responsabilidade da empresa pela prática de crimes, na Itália, é formalmente administrativa, mas substancialmente penal.[117]

Tiedemann questiona se sanções administrativas realmente detém atores econômicos, e quais condições influenciam a efetividade de tais sanções.[118]

Para Weigend, essa é uma questão importante, que está ligada à terceira objeção que é feita à capacidade penal das empresas: o fato de que as pessoas jurídicas não poderiam “perceber” que estão sendo punidas e, portanto, não seriam capazes de fazer um esforço consciente para evitar punições no futuro. Segundo ele, o comportamento empresarial conforme à lei, decorrente da imposição de uma sanção à empresa, é resultado do efeito colateral nas pessoas físicas (gerentes, acionistas ou clientes) que, a partir de então, adotam medidas para evitar as violações à lei.[119]

A questão de nomear e dar forma às sanções impostas às pessoas jurídicas depende não somente da terminologia adotada pelos países, mas, principalmente, da maneira pela qual um ordenamento jurídico distingue as consequências civis, administrativas e penais de uma conduta ilícita. Do ponto de vista de um ofensor, uma multa é uma multa, independentemente do fato de que o pagamento tenha conotação moral, ou se é uma reação a um comportamento passado, ou um incentivo para uma conduta futura. Para Weigend, dizer que as sanções impostas às pessoas jurídicas sejam criminais – e não civis ou administrativas, ou administrativo-penais – terá um significado diferente dependendo do ambiente jurídico no qual ela existir. [120]

---

[116] FOFFANI, Luigi. Responsabilità dellig enti da reato in Itali. In: FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. **Corporate criminal liability and compliance programs:** first colloquium. Napoli: Jovene, 2012, p. 99.
[117] Por todos, FOFFANI, 2012, p. 98.
[118] TIEDEMANN, 2014, p.11.
[119] WEIGEND, 2014, p. 336.
[120] Ibid., p. 337.

Mesmo que não se considerem portadoras de um juízo moral de reprovação, as sanções impostas administrativamente podem ter um impacto significativo. Nem todos os sistemas resguardam as garantias do acusado no procedimento administrativo. Por isso, na Europa, tanto a Comissão dos Direitos Humanos como a Corte Europeia de Direitos Humanos têm afirmado a natureza criminal de algunas sanções impostas por meio de um procedimento administrativo, sendo estendidas a esse campo as garantias relativas aos processos criminais previstas no art. 6º, parágrafos 2 e 3, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[121]

A Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu parâmetros para definir a natureza criminal de uma sanção. Nos julgamentos Engel[122], Öztürk[123] e Lutz[124] foram criados três testes que, quando preenchidos, tornam claro que a acusação tem, na realidade, natureza criminal, aplicando-se, em consequência, as garantias do art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. São eles: 1) se a imputação é definida como criminal, pelo sistema nacional de direito; 2) a natureza do delito (se pode ser cometido por qualquer pessoa); e 3) a gravidade da pena prevista ou aplicada (seu caráter punitivo, com finalidade também preventiva).[125]

De acordo com Bacigalupo, os problemas dogmáticos postos pela responsabilidade da pessoa jurídica não são evitados, portanto, ao se manter a responsabilização apenas no âmbito do direito administrativo, porque tanto o sistema administrativo sancionador como o direito penal devem ser regidos pelo mesmo sistema de imputação.[126]

Tiedemann sustenta que, quando a escolha for pela esfera administrativa, é necessário que os julgamentos sejam públicos (especialmente em casos de graves violações em áreas específicas, como direito do trabalho, da concorrência ou

---

[121] STESSENS, Guy. Comparative Criminal Liabiliy: a Comparative Perspective. **The International and Comparative Law Quarterly,** vol. 43, nº3, July 1994, p. 493-520, p. 503-504.
[122] E.C.H.R. Ser. A, n. 22, julgado em 08.06.1976.
[123] E. C. H. R. Ser. A, n. 73, julgado em 21.02.1984.
[124] E. C. H. R. Ser. A, n. 123, julgado em 25.08.1987.
[125] STESSENS, 1994, p. 504.
[126] BACIGALUPO, Silvina. Los criterior de imputación de la responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos de gobierno y la relevancia de los programas de compliance en el Codigo Penal español (artículos 31 bis y 129 CP). **Revista de Estudos Criminais,** São Paulo, v. 10, n. 42, p. 9-35, jul./set. 2011, p. 13-14.

ambiental) o que nem sempre ocorre com procedimentos administrativos sancionatórios.[127]

No Brasil, a responsabilização administrativa de empresas ocorre, por exemplo, no âmbito concorrencial: a Lei n. 8.884/1994 regula a responsabilidade das empresas e de pessoas físicas pela prática de infrações contra a ordem econômica. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, e competência para decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica, bem como aplicar penas de multa à empresa e aos administradores direta ou indiretamente responsáveis pelas infrações, além da proibição de contratar com a administração, podendo ainda ordenar a cessação das atividades nocivas à ordem econômica.

A Lei 12.846/2013, objeto de nosso estudo, optou também pela via administrativa, por entender que o processo administrativo é mais célere e efetivo do que o processo penal. A lei prevê, de forma cumulativa, a responsabilização civil, por considerá-la adequada aos objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário.[128] A abertura e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Para a promoção da responsabilidade civil são legitimados a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas advocacias públicas ou órgãos de representação judicial, bem como o Ministério Público.

1.4.2 Direito civil

O direito civil é o ramo do direito privado que regula as relações jurídicas entre as pessoas naturais e jurídicas. Interessam, ao tema do estudo, principalmente as regras que dispõem sobre as pessoas jurídicas, o direito de empresa e a responsabilidade civil.

---

[127] TIEDEMANN, 2014, p. 14.
[128] Exposição de Motivos da Lei 12.846/2013.

A responsabilidade civil, que gera o dever de indenizar, é extracontratual e decorre da prática de atos ilícitos que causam danos (art. 186 e 927 do Código Civil brasileiro).

Os atos ilícitos "*stricto sensu*", chamados, comumente, de atos ilícitos, são os *delitos*, delitos de direito penal e delitos de direito privado, ou de algum ramo do direito público que não seja o penal. Pontes de Miranda explica que o mesmo suporte fático pode ficar sob a incidência de duas ou mais regras jurídicas, donde, com o mesmo ato, ter o agente de sofrer pena criminal, indenizar e sofrer perda de cargo público, ou de outro direito.[129]

Quando houver culpa (ou mesmo na ausência dela, se a lei estabelecer a responsabilidade objetiva) ou risco para os direitos de outrem, provocado pela atividade desenvolvida pela empresa, o dano causado – ainda que não resulte de ferimento direto dos direitos subjetivos – há de ser ressarcido.[130] Um dos pressupostos da responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar.[131]

Entretanto, nos últimos anos, ao direito civil se atribuíram funções cada vez mais preventivas, ao invés de deixar-lhe somente o papel tradicional de ressarcimento de danos. Além disso, o direito civil estaria estigmatizado, sendo solapado pelo direito penal. No direito público, o princípio da legalidade perderia relevância em face das soluções consensuadas entre administradores e empresas. Para Heine, não seria função do direito civil a criação de uma instância independente que permita margem suficiente para a autorresponsabilidade civil empresarial (porque aquele a quem o ordenamento jurídico atribui a pretensão pode renunciar a exercitar seu direito). O autor conclui que o direito civil falha quando se está tratando de bens públicos, e é limitado quando houver necessidade de impor sanções não-monetárias.[132]

---

[129] MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983b, v. 2: Parte especial, p. 202.
[130] Ibid., p. 100.
[131] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 618.
[132] HEINE, 2006, p. 41-42.

No Brasil, lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) e parte da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013) responsabilizam empresas no âmbito do direito civil. A lei de improbidade pode alcançar quem não é agente público mas concorre para o ato de improbidade de servidor, ou dele se beneficia, por força do art. 3º.[133] A legitimidade para a propositura da ação cabe ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. Os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio serão perdidos e, no caso da ocorrência de dano, esse deverá ser integralmente ressarcido. Poderão ainda ser impostas as penas de multa civil, de proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual a pessoa física seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

1.4.3 Direito penal

O direito penal é atualmente utilizado para o controle da criminalidade cometida desde a empresa nos países do common law e, cada vez mais, nos países do civil law, como já vimos anteriormente.

Para Tiedemann, não há dúvidas de que a responsabilidade genuinamente penal para as empresas é a solução mais eficaz, se comparada às sanções que são aplicadas na esfera administrativa. Seu efeito de prevenção é maior e a estigmatização trazida com a condenação criminal de uma empresa repercute no ambiente corporativo e na percepção geral do público. Impor sanções administrativas para crimes é, ao contrário, inconsistente e contraproducente em termos de prevenção (geral e especial).[134]

---

[133] A pessoa jurídica que concorre para o ato de improbidade ou dele se beneficia pode ser sujeito ativo, sujeitando-se às penas da Lei n. 8.429/1992. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.122.177-MT.** Recorrente: Frigorífico Vale do Guaporé S/A. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 03 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.&processo=1122177&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jan. 2016).

[134] O autor adverte, entretanto, que uma moldura legal adequada deverá estar presente, com a possibilidade dos agentes de persecução penal investigarem os crimes corporativos tanto na teoria e na prática, como ocorre em países que criaram unidades especializadas de persecução penal de crimes de corrupção e outros crimes do colarinho branco. (TIEDEMANN, 2014, p. 14).

Coffee pergunta porque deveríamos usar o direito penal contra uma empresa quando um sistema de penalidades civis poderia encontrar menos obstáculos, especialmente de natureza constitucional. Para esse autor, o direito penal oferece algunas vantagens sobre as penas de natureza civil: em primeiro lugar, apenas o direito penal traria a censura pública sobre o agente do fato, quando o considera culpado. Em segundo lugar, do ponto de vista pragmático e procedimental os casos criminais são resolvidos mais rapidamente do que os processos civis [135], e a condenação criminal pode facilitar o ressarcimento das vítimas, seja porque a sentença já determina esse efeito, seja porque a condenação torna certa a obrigação de indenizar o crime (de maneira semelhante ao direito brasileiro). Finalmente, do ponto de vista institucional, os agentes públicos não podem ser transferidos do contexto de atuação criminal para o âmbito civil, e a estrutura de agentes de persecução criminal, nos Estados Unidos, quer no âmbito federal, quer no dos estados, é muito superior ao número de advogados disponíveis nas agências regulatórias, para fazer aplicar a lei.[136]

Stessens, por sua vez, considera que os modelos substitutivos utilizados pelos sistemas que não aceitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, por mais efetivos que possam ser, não trazem em si as mesmas garantias processuais do direito penal. Por isso, a melhor forma de impor sanções a empresas seria através de um modelo de responsabilidade criminal corporativa. [137]

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica é expresamente admitida pelo direito brasileiro. A Constituição da República, no art. 225, §3º, sujeita as pessoas físicas e jurídicas a sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar os danos causados, em razão de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A Lei 9.605/1998 detalha a responsabilidade da pessoa jurídica nos âmbitos administrativo, civil e penal. De acordo com Souza, o legislador ambiental fez opção pelo modelo da heterroresponsabilidade, pois a violação pressupõe uma ação (decisão) do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, sendo ainda

[135] Essa afirmação é válida para o direito nortea-mericano, mas não necessariamente para o direito brasileiro. Nos Estados Unidos, a grande maioria dos casos penais é resolvida pelos plea agreements, o que diminui consideravelmente o tempo dos processos penais.
[136] COFFEE, 1981, p. 447.
[137] STESSENS, 1994, p. 518.

necessário que tal ação seja perpetrada no interesse ou em benefício da empresa.[138]

Mas há ainda outra abertura constitucional para a responsabilização penal das pessoas jurídicas. O §5º do art. 173, no âmbito dos princípios gerais da atividade econômica, afirma que a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Não houve, até o momento, regulamentação da responsabilidade penal da pessoa jurídica pelos crimes praticados contra esses bens jurídicos.

O legislador ordinário brasileiro poderia ter escolhido a via penal para a responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção e outros atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira? Haveria necessidade de alteração constitucional? Isso será examinado quando estivermos analisando a lei. Por enquanto, uma última nota quanto às espécies de responsabilidade.

1.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade pode ser chamada de subjetiva, quando depende de culpa, e objetiva, quando houver sanção ou existir a obrigação de indenizar ainda que o autor do dano não tenha procedido com culpa.

Nos países da tradição do common law, a culpa (guilt) está no estado mental do agente, no chamado *mens rea*, o elemento subjetivo do crime. Esse conceito não é, porém, unívoco, podendo ser utilizado para expressar diferentes estados (intenção, conhecimento, negligência, imprudência, etc), o que gera confusão no momento da aplicação do direito, pelo júri, pelos juízes ou pelos tribunais.[139] Em

[138] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Programas de *compliance* e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica.** 2016. 217 f. Tese (Concurso Público Professor Titular de Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 158.

[139] Dubber e Hörnle citam artigo de Herbert Packer, que demonstra as possibilidades de sentido da expressão mens rea: “Quando falamos que Arthur tem *mens rea* de homicídio, podemos estar tratando de uma ou mais das seguintes hipóteses: que ele tinha intenção de matar Victor; ou que

razão disso, o esforço do Código Penal Modelo dos Estados Unidos em definir os requisitos gerais da culpabilidade penal (na seção 2.02) acabou influenciado a jurisprudência americana e a de outros países do common law.[140]

No direito alemão, o Código Penal não contém disposições detalhadas sobre o dolo e a culpa, e essa ausência revela, na verdade, a importância e a complexidade da questão, que é deixada à consideração contínua e ao refinamento da teoria geral do delito.[141]

Em geral, contudo, vige a regra, nos sistemas continentais, que ninguém pode ser censurado pessoalmente por sua conduta se não houver agido com culpa. No âmbito do direito penal, portanto, o princípio da culpabilidade implica que a pena pressupõe, sempre, a culpabilidade, de modo que aquele que atuar sem ela não pode ser castigado, e, de outro, que a pena não poderá exceder a medida desta culpabilidade.[142]

Por causa disso, causa surpresa a quem não tem maior familiaridade com a tradição anglo-americana a ideia de uma responsabilidade penal *sem culpa*. De fato, se o *mens rea* é o que distingue o comportamento criminoso do comportamento meramente ilícito, a noção de um crime sem *mens rea* é ilógica ou, no mínimo, altamente condenável e indicadora de um equívoco fundamental entre o que deve e o que não deve ser objeto de punição criminal:

> While this objection is often based on a general requirement of culpability, or guilt (notably in the form of the German “culpability principle”), it might also be put in terms of some other distictive feature of the ofender, such as abnormal dangerousness, that is said to justify the exercise of the state’s penal power in a particular case, or class of cases. The later objection would draw on an interpretation of the various requisite mental sates as indicators not of levels, or types, of culpability in a normative sense, but instead of

---

ele estava ciente do risco de matá-lo, mas foi adiante, mesmo assim, e atirou; ou, com alguma dúvida, que ele deveria ter sabido mas não sabia realmente do risco substancial de matar Victor, ou que ele sabia que era errado matar um ser humano, ou que ele deveria ter sabido; ou que ele realmente não pensava que Victor estava tentando matá-lo; ou que ele pensava que Victor queria matá-lo mas apenas um idiota teria pensado nisso; ou que ele não estava bêbado ao ponto de estar inconsciente quando matou Victor; ou que, mesmo estando emocionalmente perturbado, ele não estava completamente psicótico, etc., etc.” Tradução nossa. (PACKER, Herbert. The Limits of the Criminal Sanction (1968), 104-5. apud DUBBER; HÖRNLE, 2014, p. 235).

[140] Ibid., p. 235.

[141] Ibid., p. 233.

[142] JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 24-25.

> degrees, and types, of dangerousness. From this, treatmentist perspective, an act committed with, say, purpose (or *Absicht*), for instance, would not render the actor more culpable and therefore deserving of greater punishment, but instead indicate a diagnosis of greater criminal dangerousness, than an act committed, with, say, negligence. And the line between criminal liability and no criminal liability would be the line between the presence and absence of criminal dangerousness, rather than the presence or absence of "guilt".[143]

A responsabilidade criminal da pessoa jurídica, no common law, começou a ser construída jurisprudencialmente a partir dos crimes omissivos (onde não havia ato positivo ou *mens rea* que necessitasse ser imputado à empresa) e, posteriormente, nos crimes que não exigem o *mens rea*, ou culpabilidade, aceitando, em consequência, a responsabilidade direta ou strict liability. Muitos desses delitos são delitos regulatórios, chamados de statutory ou regulatory offences. Posteriormente, decisões de tribunais ingleses começaram a aceitar a responsabilização das empresas em crimes que exigiam um ato de vontade, a prova de intenção, e um estado mental culposo, basicamente forjando a teoria da identificação ou *alter ego* (ao imputar a conduta e o estado mental de agentes da alta hierarquia administrativa à empresa).[144]

Atualmente, na Inglaterra, usam-se as duas formas de imputação, tanto a vicarial como a que é estabelecida com base no princípio da identificação. Normalmente, contudo, a lei (statute) irá criar a responsabilidade corporativa, indicando se o delito requer *mens rea* ou não, ou seja, impondo a responsabilidade objetiva (strict). A lei poderá deixar claro que a forma de imputação é vicarial, ou silenciar sobre isso. Quando a lei não estabelece a responsabilidade corporativa, os procuradores poderão, ainda assim, responsabilizar a empresa, de acordo com os

---

[143] Enquanto essa objeção é frequentemente fundada num requisito geral de culpabilidade, ou culpa (principalmente na forma do "princípio de culpabilidade" alemão, ela também pode ser colocada em termos de outra característica fundamental do agente, como uma periculosidade acima do normal, que justificaria o exercício do poder penal do Estado num caso particular, ou classe de casos. Essa última objeção iria se basear numa interpretação dos vários estados mentais necessários como indicadores não de níveis, ou tipos, de culpabilidade num sentido normativo, mas, ao contrário, em níveis, e tipos, de periculosidade. Desta perspectiva de tratamento, um ato cometido, digamos, com intenção (ou dolo), por exemplo, não tornaria seu autor mais culpável e, em consequência, merecedor de maior punição, mas ao contrário indicaria um diagnóstico de maior periculosidade criminal, do que um ato cometido, digamos, com negligência. E a linha entre responsabilidade criminal e nenhuma responsabilidade criminal seria a linha entre a presença e a ausência de periculosidade criminal, antes do que a presença ou ausência de "culpa". Tradução nossa. DUBBER; HÖRNLE, 2014, p. 250.

[144] FIEN, C. M. Corporate responsibility under criminal law. a study of the mens rea of corporations. **Manitoba Law Journal,** p. 421-439, 1972/1973, p. 423-429.

critérios expostos no seu manual de atuação, que indica os casos judiciais que firmaram esses critérios.[145]

A responsabilidade sem culpa está ligada aos riscos criados depois da Revolução Industrial, que foram objeto de regulações de saúde e bem-estar (health and welfare regulations). Na medida em que a distribuição de bens se tornou uma distribuição de riscos, multiplicaram-se os delitos conhecidos como “public welfare offences”, que estão ligados à negligência, quando a lei impõe o cuidado. Até poucas décadas atrás, os crimes que prevêem uma responsabilidade sem culpa estavam ligados a ofensas regulatórias com punições relativamente leves. [146] Atualmente, além das ofensas regulatórias, os crimes que prevêem a strict liability estão aqueles relacionados ao princípio *versari in re illicita* (aquele que exerce atividade ilícita pode ser responsabilizado pelas circunstâncias), assim como alguns crimes sexuais contra menores.[147]

Entretanto, em termos de responsabilidade criminal sem culpa, há ainda uma diferenciação: em alguns casos, a responsabilidade é absoluta; em outros, é apenas direta ou objetiva. Tanto a responsabilidade absoluta (absolute liability) como a responsabilidade direta (strict liability) permitem que pessoas físicas e empresas sejam consideradas culpadas sem a prova do *mens rea* (sem prova da culpa). Todavia, enquanto a strict liability permite que o réu prove, em sua defesa, que adotou a devida diligência (due diligence), livrando-se assim da responsabilização, o mesmo não é possível no regime da responsabilidade absoluta.[148]

Há diferentes propostas de criação de um *mens rea* corporativo, ou culpabilidade própria da empresa. Nos Estados Unidos, o *mens rea* é atribuído a uma empresa com base no estado mental de um agente que age com a intenção de beneficiá-la (responsabilidade vicarial). Para Fisse, isso ocorre porque não há, ainda, um conceito de culpabilidade empresarial própria que seja satisfatório.

---

[145] OS PRINCÍPIOS dos Crown Prosecutors para a persecução criminal de empresas. Disponível em: <http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/corporate_prosecutions/>. Acesso em: 18 jan. 2016.
[146] GREENBERG; BROTMAN, 2014, p. 79-80.
[147] HÖRSTER, Matthias. **Die strict liability des englishen Strafrecths:** zugleich eine gegenüberstellung mit dem deutschen straf- und ordungswidrigkeitenrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 23-24.
[148] STESSENS, 1994, p. 497.

Algumas destas propostas são a culpabilidade gerencial (managerial mens rea, baseada no estado mental de uma pessoa que age em nome da empresa, ocupando uma alta posição na hierarquia – o que pode ser entendido como a teoria da identificação inglesa); a culpabilidade composta (composite mens rea, obtida pelo somatório do conhecimento de vários indivíduos dentro da organização); e a culpabilidade estratégica (strategic mens rea*,* baseada numa política organizacional expressa ou implícita). Ele sugere, contudo, um outro modelo: a culpa empresarial reativa (reactive corporate fault*,* que seria definida pela postura e pelas medidas adotadas pela empresa *depois* da prática da conduta delituosa, onde as medidas de compliance teriam um papel importantíssimo em termos de defesa empresarial.)[149]

Nos sistemas continentais, a ideia de uma responsabilidade criminal sem culpa encontra forte oposição, pois consistiria numa violação ao princípio da culpabilidade, que tem normalmente sede constitucional, sendo considerado um direito e uma garantia fundamental.[150]

Bacigalupo, por exemplo, ao criticar o modelo espanhol, afirma que o pressuposto geral que legitima a aplicação de uma pena a uma pessoa jurídica deveria ser, apenas, a existência de um déficit ou defeito de organização.[151]

No Brasil, como já decidiu o STF, a responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto aos crimes cometidos contra o meio ambiente independe da culpabilidade do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, até porque não é necessária a dupla imputação - basta a demonstração de que o ilícito decorreu de deliberações ou de atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica, concernentes à sua atuação social ordinária; e ainda, que tal atuação tenha se realizado no interesse ou em benefício da entidade coletiva, de acordo com seus padrões e objetivos, ou seja, cumprindo funções e atividades ordinárias. Nas palavras da Ministra Rosa Weber,

---

[149] FISSE, 1982/1983, p. 1185-1195.
[150] DUBBER; HÖRNLE, 2014, p. 259.
[151] BACIGALUPO, S., 2011, p. 20.

> Para esclarecer a ideia que estou a sustentar, não se trata de considerar irrelevante o conhecimento das pessoas, organismos internos ou sucessivas seções da empresa com responsabilidades parciais pela produção de um injusto penal, pela prática de determinado ato ou decisão que se concretize em crime ambiental. O que estou a dizer é que tal identificação do procedimento interno de decisão e de produção de um fato em benefício ou interesse da empresa não significa o mesmo que atribuir a essa equipe de trabalho ou órgãos parciais de decisão o cometimento do ilícito penal, exatamente porque as competências parciais, no mais das vezes, podem levar apenas a responsabilidades incompletas das unidades operativas ou órgãos gestores, sem que essa responsabilidade parcial pelo processo de produção ou direção da empresa se possa converter numa específica responsabilidade penal por injusto típico concretizado.
> A identificação o mais aproximada possível dos setores e agentes internos da empresa determinantes na produção do fato ilícito, porque envolvidos no processo de deliberação ou execução do ato que veio a se revelar lesivo de bens jurídicos tutelados pela legislação penal ambiental, tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Mas esse esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Conforme já referi, em não raras oportunidades as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. Mesmo porque, para as pessoas físicas, não há como pretender questionar a permanência do nexo de causalidade, nos moldes em que consagrado pela evolução da ciência penal tradicional, como condição de imputação de um ilícito penal.
> Em resumo, a clivagem inerente ao funcionamento dos modernos conglomerados empresariais, em muitos casos, quase que impede a atribuição do fato delituoso a uma pessoa física determinada. Essa, exatamente, a *ratio essendi*, na minha visão, da norma constitucional que acolhe a responsabilidade penal da pessoa jurídica em atividades lesivas ao meio ambiente. Logo, não se coaduna com a norma do § 3o do art. 225 da Constituição da República o condicionar ou o subordinar a responsabilização penal do ente moral à imputação cumulativa do fato ilícito a indivíduo específico.[152]

A decisão, apesar de mencionar as várias teorias de imputação em direito comparado (princípio da identificação, responsabilidade vicarial, teoria da agregação, etc.) não chegou a se posicionar sobre o critério de fundamentação da culpabilidade empresarial, que, todavia, entendeu ser própria[153], e não derivada, por atribuição, da culpabilidade de pessoa física que age em nome ou em benefício da empresa. Segundo a relatora, a finalidade da imposição de uma pena aos entes

[152] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 548.181-PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518801>. Acesso em: 19 jan. 2016.

[153] Souza afirma que a partir desse precedente, a jurisprudência brasileira passou a acolher o modelo da autorresponsabilidade. (SOUZA, 2016, p. 158).

coletivos não poderia se guiar por critérios baseados na comparação de pessoas jurídicas com pessoas físicas, sendo necessária a elaboração de novos e exclusivos conceitos de ação e de culpabilidade válidos para as pessoas jurídicas.

Em dois momentos, contudo, o voto do Ministro Roberto Barroso dá a entender que se trata de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica:

> [...] O que nós vamos decidir aqui é uma questão jurídica quase que em tese, que diz respeito, eu diria, à responsabilidade objetiva ou não da pessoa jurídica, independentemente de qualquer sujeito. [...] O fato do art. 225, §3º, não fazer menção específica à exclusividade da pessoa jurídica, ou a possibilidade de responsabilidade seja estabelecida sem que se subjetive a culpabilidade em uma pessoa, é uma dicção, de certa forma, semelhante ao do 37, §6º, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas privadas que prestem serviços públicos, igualmente sem distinguir entre responsabilidade subjetiva e objetiva, um pouco a caracterizar que onde a Constituição não distingue é porque está admitindo qualquer tipo de responsabilização.

No âmbito do direito civil, a culpa é um dos pressupostos da responsabilidade. Segundo o art. 186 do Código Civil, a ação ou omissão do agente deve ser voluntária ou, ao menos, negligente ou imprudente. Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas, se possa afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo. Se a ação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*.[154]

A regra da culpa é a base do sistema tradicional da responsabilidade civil. Todavia, em face das diversas transformações sociais, econômicas e tecnológicas foram aparecendo situações nas quais o requisito da prova da culpa foi gradativamente desaparecendo. A partir de determinado momento, diversos países passaram a reconhecer situações nas quais a responsabilidade civil poderia ser imputável a alguém que estivesse suficientemente vinculado à causação de um dano, ainda que não se pudesse comprovar comportamento doloso, negligente ou

[154] GONÇALVES, 2011, p. 570-571.

imprudente, ou seja, ainda que não fosse possível provar a culpa. Isto é o que, nos sistemas de direito romano-germânico como o direito brasileiro, denomina-se genericamente como responsabilidade objetiva extracontratual, ou no *common law*, a *strict liability* (responsabilidade estrita).[155]

Miragem alinha diversas hipóteses que, no direito brasileiro, versam sobre responsabilidade objetiva, além das previstas no Código do Consumidor: a responsabilidade civil por danos ambientais (art. 14, §1, da Lei nº 6.938/81), por danos nucleares (art. 21, XXIII, c, da Constituição da República e art. 8º da Lei n. 6.543/77), a responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º da Constituição da República), assim como as diversas hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no Código Civil em vigor (art. 927; parágrafo único, art. 931, sobre a responsabilidade do empresário; art. 932, sobre a responsabilidade por representação, entre outros).[156] A estes exemplos se pode acrescentar a Lei n. 12.529/2011, que prevê a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, no âmbito do processo administrativo, pela prática de infrações contra a ordem econômica, independentemente de culpa (art. 36), bem como a Lei n. 12.846/2013, que prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira.

No tocante ao dano causado a terceiro pelo agente do Estado, basta que se prove o nexo causal entre o ato e o resultado lesivo, e que o agente administrativo o tenha praticado no exercício de suas funções. O nexo entre a causa (ato do agente) e o resultado danoso (em prejuízo do administrado) é essencial para a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado de indenizar. A responsabilidade do Estado, apesar de objetiva, não é absoluta: há situações nas quais o nexo causal não se forma, como por exemplo a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a culpa da vítima ou se o agente não realizou o ato danoso nessa qualidade.[157]

---

[155] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 521.
[156] Ibid., p. 522.
[157] BORGES, Etewaldo de Oliveira. **Responsabilidade extracontratual do estado por abuso de poder.** Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 121-141.

Em geral, a previsão da responsabilidade objetiva vincula-se ao fundamento do risco da atividade desenvolvida. A teoria do risco surge para resolver questões que a teoria da culpa, em face da complexidade da vida moderna, não tem o condão de fazê-lo. No direito do consumidor o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito, ou seja, respondem pelos danos causados por atividades que dão causa a riscos aqueles que as promovem e delas obtém vantagem econômica.[158]

Deixaremos para nos aprofundar nos fundamentos da responsabilidade objetiva, no direito brasileiro, quando da análise da lei anticorrupção, no capítulo terceiro. Agora, é o momento de examinar o compliance e ver qual seu papel no controle da criminalidade empresarial.

[158] Em direito privado, fala-se também em risco-criado, risco professional, risco excepcional e risco integral. (MIRAGEM, 2014, p. 524).

2 COMPLIANCE E CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

2.1 UMA APROXIMAÇÃO AO TEMA DO COMPLIANCE

Compliance é uma expressão que já foi incorporada ao vocabulário jurídico brasileiro. No julgamento da Ação Penal 470/MG, caso de grande repercussão nacional, o Supremo Tribunal Federal condenou dirigentes do Banco Rural (dois Vice-presidentes, um Vice-presidente Operacional e um Diretor estatutário) responsáveis, na dicção da denúncia, pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e pelas áreas de compliance, contabilidade, jurídica, operacional, comercial e tecnológica da instituição financeira pela prática de crimes de gestão fraudulenta de instituição financeira.[159]

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional julga, com frequência, casos de descumprimento de deveres de compliance com as normas antilavagem de dinheiro, impondo pesadas multas administrativas a pessoas jurídicas e aos diretores responsáveis pela área de compliance, além da inabilitação temporária dos últimos para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência de instituições financeiras sujeitas à fiscalização dos principais reguladores.[160]

Mesmo que a lei de lavagem de dinheiro estabeleça o dever da adoção de políticas, procedimentos e controles internos que permitam às pessoas físicas e jurídicas o cumprimento dos deveres de controle, e a lei anticorrupção fale em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, o termo em inglês *compliance* tende a se consagrar, tanto na prática das empresas como na produção doutrinária nacional, ainda incipiente.

---

[159] COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marinha Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 106, jan. 2014, p. 223.

[160] Como, por exemplo, o Acórdão/CRSFN 11465/15. (BRASIL. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. Recurso Voluntário 13474-LD. Recorrente: BANIF – Banco Internacional do Funchal (Brasil) S.A e José Roberto Ferreira da Cunha. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relatora: Adriana Cristina Dullius Britto. Brasília, 24 fev. 2015. **DOU** 16 mar. 2015, p. 30-32, Seção 1).

Compliance é um substantivo que significa concordância com o que é ordenado; *compliant* é aquele que concorda com alguma coisa, e *to comply with* significa obedecer.[161]

Essa explicação, em si, não diz muito. A acepção que interessa ao tema em estudo é a que remete à ideia de cumprimento normativo. Entretanto, que as normas são imperativas e devem ser cumpridas é um atributo do direito, como já explicitou Kelsen: "[…] o direito é um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com a palavra "norma" se alude a algo que deve ser ou produzir-se, especialmente, a que um homem deva comportar-se de determinada maneira".[162]

Longe de apenas significar o cumprimento de normas jurídicas, o termo tem relevância em razão de determinada manifestação histórica do compliance, em especial, aquele ligado à atividade empresarial. Para Kuhlen, o fenômeno tem importância mundial e protagonismo na Alemanha há pelo menos dez anos. Segundo esse autor, são chamadas de compliance as medidas pelas quais as empresas pretendem assegurar-se que as regras vigentes para elas e para seus funcionários sejam cumpridas, que as infrações se descubram e eventualmente sejam punidas.[163]

À gestão não basta apenas preocupar-se com o lucro, é fundamental manter a empresa longe de problemas. Leis, regulamentos, e regras internas da empresa devem ser seguidas tanto pelos funcionários como por terceiros (subsidiárias, correspondentes, etc.) O que começa como uma obrigação para a alta administração deve permear toda a corporação.[164]

O compliance tem objetivos tanto preventivos como reativos. Visa a prevenção de infrações legais em geral assim como a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita, na hipótese de que essas infrações

---

[161] COMPLIANCE. In: **Dictionary of law**. 3. ed. Londres: Peter Collin, 2000, p. 72, tradução nossa.
[162] KELSEN, Hans. **Teoria pura del derecho**. México/DF: Porrúa, 2005, p. 18. Tradução nossa.
[163] KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 51.
[164] PIETH, Mark. **Harmonising anti-corruption compliance**: the OECD good practice guidance 2010. Zurich: Dike, 2011, p. 45.

se concretizem. Além disso, impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso.

O aspecto reativo do compliance se revela no momento em que ocorre algum evento que demanda investigação, busca de elementos de prova, preparação de uma defesa perante autoridades regulatórias ou aplicação da lei penal, assim como a gestão do impacto do descumprimento normativo ou do escândalo, na reputação da empresa.[165]

O compliance apresenta diferenciação temática, de acordo com o ramo do direito ou problema específico ao qual se relacione. Assim, além do campo clássico do direito bancário e de ações, existe compliance com as normas do direito do trabalho, de proteção de dados, do comércio internacional, com as normas tributárias, com as normas de defesa do direito da concorrência, com normas de proteção da saúde e as relativas à indústria farmacêutica, entre outras. No âmbito do direito penal destacam-se o compliance voltado à prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção. Este ramo do compliance, que se desenvolve de maneira crescente, costuma ser referido como “criminal compliance”.[166]

Associados à ideia de compliance estão os programas ou sistemas de compliance, também denominados, em espanhol, programas ou sistemas de cumplimiento, e, em português, de programas de cumprimento ou de integridade. Os programas de compliance são frequentemente criados pela via da correlação estatal e privada, e os temas que suscita se encontram dentro do âmbito do direito, da teoria do direito, da criminologia, da sociologia e da economia.[167]

---

[165] SÁIZ PEÑA, Carlos (Coord.) **Compliance:** cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 36.

[166] ENGELHART, 2012b, p. 782. Na mesma linha está GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal compliance.** Lima: Palestra, 2014, p. 53.

[167] SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: EL DERECHO penal económico en la era compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63.

Segundo Nieto Martín, os sistemas de cumprimento constituem sistemas de controle social empresarial que ajudam o Estado e o direito penal em sua tarefa de controlar a criminalidade. Mesmo assim, o termo 'cumplimiento' é um dos mais vagos e inexpressivos que se cunhou até hoje, pois não diz, por si próprio, nada, apenas o evidente: atuar conforme a legalidade, compreendidas aí as obrigações civis e diretrizes internas da empresa. Entretanto, o autor demonstra como essa simplicidade se converte em algo extraordinariamente rico e complexo, quando se analisa como atua o cumprimento normativo mais além do ordenamento jurídico, e como se conformam os programas de cumprimento dentro das empresas.[168]

Sieber e Engelhart, na pesquisa que realizaram em empresas alemãs, verificaram que os programas de compliance são um lugar comum para a imagem corporativa das grandes companhias, ainda que esses temas possam ser tratados sob a moldura de governança corporativa ou da responsabilidade social corporativa. O fato de muitas publicações profissionais dedicarem-se aos programas de compliance, a existência de profissionais altamente especializados para a elaboração desses programas, assim como a profusão de artigos acadêmicos na Europa e nos Estados Unidos, nos últimos anos, reafirma a assertiva de que este é um tema importante.[169]

Tiedemann, por outro lado, questiona a eficácia dos instrumentos de compliance, pois estes não impedem a ocorrência de condutas delitivas, como por exemplo a de médicos que aceitam presentes de empresas farmacêuticas, ou dos empregados destas empresas, que violam, assim, os códigos de ética. Afirma existirem consideráveis reservas, na Alemanha e na França, à moda dos programas de compliance, que foi importada dos Estados Unidos da América. O problema principal, segundo o autor, é que esses programas são voluntários, e sua infração não vem acompanhada de uma sanção externa. Assim, nos Estados Unidos, muitas empresas utilizariam esses programas como uma tela protetora contra as sanções estatais. De acordo com o autor, os estudos criminológicos revelam como os altos executivos conseguem, apesar dos impressionantes programas de compliance de

[168] NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: COMPLIANCE y teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013b, p. 21-23.
[169] SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. **Compliance programs for the prevention of economic crimes:** an empirical survey of german companies. Berlin : Dunker & Humblot, 2014, p. 16.

suas empresas, praticar delitos.[170]

Uma das dificuldades ligadas ao tema do compliance é a abrangência do fenômeno, porque as normas que se aplicam à atividade empresarial vão desde o âmbito trabalhista, ambiental, tributário, penal, etc., além de normas específicas do setor de atividade da empresa (por exemplo, indústria farmacêutica). Assim, os responsáveis pelo compliance – os *compliance officers* – devem avaliar, constantemente, os procedimentos da empresa de modo a garantir sua conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tenham influência ou sejam aplicáveis à sua atividade. Assim é nos Estados Unidos e nos países da Europa Ocidental, em especial a Alemanha, onde os compliance officers têm essa função abrangente.[171]

Bacigalupo, então, define os programas de compliance como programas para a prevenção da responsabilidade penal das empresas e de seus dirigentes, empregados e colaboradores, explicando que a atualidade do tema aumenta com a incorporação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas (na Espanha), mas que não se esgota nisso, como comprovam a situação alemã e italiana, onde as pessoas jurídicas respondem apenas administrativamente. Na Itália, a lei desenvolve as linhas fundamentais de um programa de compliance que limita expressamente a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas num sentido, segundo o autor, semelhante ao que surge da ideia da culpabilidade da organização.[172]

Para a ISO 19600:2014, primeira norma internacional sobre o assunto, compliance é o resultado de uma organização cumprir suas obrigações, e que é tornado sustentável pela incorporação na cultura da organização, no comportamento e na atitude das pessoas que trabalham nela. Compliance é definido como o cumprimento de todas as obrigações de uma organização, enquanto que o

[170] TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. (Org.). **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 37.
[171] SAAVEDRA, 2011a, p. 13.
[172] BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal.** Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 11.

noncompliance ocorre pelo não preenchimento de uma obrigação de compliance[173].

Segundo Volkov, os programas de compliance têm duas funções principais: 1) promover uma cultura positiva, ética, na empresa, construindo a marca, aumentando os lucros e o orgulho dos empregados em fazer parte dela. Isso tem reflexos externos também, porque constrói a confiança nos consumidores, fornecedores, na mídia, projetando uma boa imagem no mercado, aumentando sua atratividade para investimentos (especialmente se a empresa tiver ações em bolsa); 2) proteger a empresa de riscos que vão além das investigações e ações penais, e trazem abalo à imagem e ao valor das ações da empresa no mercado, afetando ainda a cultura da empresa como um ativo que promove o comportamento ético dos altos executivos, dos gerentes e dos empregados.[174]

A prevenção dos riscos legais não se esgota naqueles que podem se concretizar contra a empresa. Para Coca Vila, o compliance se ocupa também dos riscos pessoais que recaem sobre os dirigentes da empresa. Segundo esse autor, compliance é o conjunto de medidas tendentes a garantir que todos e cada um dos membros de uma empresa, desde o presidente do conselho de administração, até o último empregado, cumpram com os mandados e as proibições jurídico-penais, e que, em caso de infração, seja possível sua descoberta e adequada sanção.[175]

É por isso que o paradoxo entre a prevenção de responsabilização penal e a concretização do compliance é apenas aparente. Para Saavedra, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, o compliance cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, se forme uma cadeia de responsabilização penal.[176] Wellner, por sua vez, relaciona o aumento da efetividade do compliance com a maior exposição da empresa à responsabilização:

---

[173] SWITZERLAND. International Organization for Standardization. ISO 19600. **Compliance management systems:** - guidelines. Systèmes de management de la conformité – Lignes Directrices, itens 3.17 e 3.18.

[174] VOLKOV, Michel. The two Ps of compliance: promote and protect. corruption, crime and compliance blog. Postado em: 12 abr. 2015, às 05:28 pm. Disponível em <http://blog.volkovlaw.com>.

[175] COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimineto como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance:** prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 54.

[176] SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre o criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**, v. 18, n. 218, jan. 2011b, p. 11.

> Thus, the more effective the corporation's compliance program, the more likely that any violations will be exposed to law enforcement officials and potential civil litigants. The very measures that a corporation takes to ensure compliance with the law also increase the chance that violations are detected, thereby increasing the firm's potencial criminal liability. This paradoxical effect creates a disincentive to implement any compliance program at all, a hindrance reinforced by the difficulty in actually securing a sentence downgrade for having and effective compliance system.[177]

Nada de surpreendente nisto, se, como já visto acima, os sistemas de cumprimento constituem sistemas de controle social empresarial que ajudam o Estado e o direito penal em sua tarefa de controlar a criminalidade.

2.1.1 Conflito agente-principal, teoria da firma e governança corporativa

As raízes do compliance podem ser encontradas na década de 1930 nos Estados Unidos, quando foram procuradas soluções para o problema do agente-principal, diagnosticado por Berle e Means. Os primeiros programas de compliance foram introduzidos pela regulação antitruste em torno de 1950. O movimento pela ética nas décadas de 1970, e pela prevenção do crime, na década de 1980, tornaram o assunto parte da agenda de empresas e de reguladores.[178]

A separação entre propriedade e gestão ocorre paralelamente ao surgimento das modernas corporações, onde a propriedade é dispersa entre uma multiplicidade de pessoas (físicas e jurídicas) detentoras das ações representativas do capital, enquanto que o controle das atividades permanece centralizado. Esta situação produz uma condição onde os interesses dos proprietários (principal) e do dirigente final (agente) podem divergir. Àqueles que exercem o controle da empresa cabem novas responsabilidades frente aos proprietários, os empregados, os consumidores

---

[177] Assim, quanto mais efetivo o programa de compliance da corporação, mais provável que qualquer violação seja exposta para as autoridades de aplicação da lei penal e para potenciais litigantes privados. As mesmas medidas que uma corporação toma para garantir o cumprimento da lei também aumentam a chance que as violações sejam detectadas, dessa forma aumentando a potencial responsabilidade criminal da empresa. Esse efeito paradoxal cria um desincentivo para a implementação de qualquer programa de compliance, um obstáculo reforçado pela dificuldade de garantir uma redução da pena pelo fato de ter um programa de compliance efetivo. Tradução nossa. (WELLNER, Philip. A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardozo Law Review,** New York, v. 27-1, 2005, p. 511).

[178] ENGELHART, 2014, p. 61.

e o Estado.[179] De acordo com Berle e Means, o surgimento dessas relações entre os dirigentes e as outras partes interessadas

> [...] has destroyed the unity that we commonly call property – has divided ownership into nominal ownership and the power formerly joined to it. [...] Men are less likely to own the physical instruments of production. They are more likely to own pieces of paper, loosely known as stocks, bonds, and other securities, which have become mobile through the machinery of the public markets. Beneath this, however, lies a more fundamental shift. Physical control over the instruments of production has been surrended in ever growing degree to centralized groups who manage property in bulk, supposedly, but by no means necessarily, for the benefit of the secutiry holders.[180]

O problema do agente-principal também é conhecido como conflito de agência, que ocorre pela desvinculação entre poder e controle (organização do poder das sociedades e na contrapartida da relação com a titularidade econômica da propriedade.[181]

A teoria da firma (agency theory of the firm) apresenta a corporação como um nexo ou rede de contratos entre os proprietários da empresa e os agentes que eles contraram para administrá-la. Há muitas variantes para essa teoria, mas a tônica é a visão contratualista do comportamento corporativo.[182]

A teoria do principal-agente-cliente também tem sido usada para adotar um enfoque econômico na análise da corrupção. Klitgaard sugere um modelo que trabalha a ideia de modificações nas seguintes variáveis: seleção de agentes, mudança em incentivos e penalidades, obtenção de informação, reestruturação da relação principal-agente-cliente e a mudança de atitudes em relação à corrupção. Os

---

[179] BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern corporation and private property.** New Brunswick: Transaction, 2009, p. 7.

[180] "[...] destruiu a unidade que nós comumente chamamos de propriedade – dividiu a propriedade entre propriedade nominal e o poder anteriormente ligado a ela. Os homens mais raramente irão dominar os instrumentos físicos de produção. Mais provavelmente, irão possuir pedaços de papel, mais conhecidos como ações, obrigações, e outros valores que se tornaram móveis através da estrutura dos mercados públicos. Por baixo disso, entretanto, há um deslocamento fundamental. O controle físico dos instrumentos de produção está compelamente entregue a grupos cada vez mais centralizados, que administram a propriedade em massa, supostamente, mas não necessariamente, em benefício dos detentores dos valores mobiliários." Tradução nossa. (Ibid, p. 7-8).

[181] COMIRAN, Giovana Cunha. O modelo anglo-americano de governança corporativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,** v. 63, jan. 2014, p. 151.

[182] Fisse e Braithwaite criticam este modelo de ação corporativa, pelo fato de que a empresa não é simplesmente uma ficção legal, assim como as corporações modernas são muito mais do que um nexo de contratos. (FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 75-78).

códigos de ética e a mudança da cultura organizacional, além da educação e do exemplo, trabalham dentro da última variável.[183]

A governança corporativa nasceu na década de 1990, como uma forma de minimizar os problemas decorrentes da relação agente-principal. Governança corporativa, basicamente, é o sistema pelo qual as companhias são dirigidas e controladas.[184] Mecanismos de controle e monitoração tendem a evitar que os gestores ajam preferencialmente em prol de seus próprios interesses (maximizando seus salários e benefícios), o que prejudicaria os interesses da empresa, seus acionistas e partes interessadas (stakeholders). Progressivamente, verificou-se que a adoção dos métodos da governança corporativa provocava uma valorização nas empresas, tornando-as mais atrativas a investimentos de capital. Um dos valores que a governança corporativa promove é a transparência, no sentido de que "mais do que a obrigação de informar é o desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. A adequada transparência resulta em um clima de confiança, tanto internamente quanto nas relações da empresa com terceiros."[185]

A ideia de governança corporativa está ligada ao mercado de capitais, quando as empresas passaram a procurar aumentar sua atratividade para a captação de investimentos nesses mercados. A pressão dos fundos de pensão americanos Calpers e Fidelity resultou num processo de aumento de transparência e de informações, buscando com isso impor limites aos abusos dos controladores das corporações.[186]

O primeiro código de boas práticas de governança corporativa é o Relatório Cadbury, produto do trabalho do Comitê sobre os Aspectos Financeiros da

---

[183] KLITGAARD, 1988, p. 69-97.

[184] LONDON STOCK EXCHANGE. **Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance**. London: Gee and Co, 1992, (The Cadbury Report) item 2.5.

[185] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Princípios básicos.** Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18163>. Acesso em: 2 maio 2015b.

[186] ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política antritruste e governança corporativa no Brasil: os programas de compliance como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,** v. 20, p. 253-295, jul./dez. 2011, p. 254.

Governança Corporativa, criado em maio de 1991 pela Bolsa de Valores de Londres. A responsabilidade do corpo de diretores perante os acionistas da companhia decorre do fato de estes são os proprietários da empresa, que elegem aqueles para gerir o negócio em seu lugar, sob a responsabilidade pelo seu progresso. A questão da governança corporativa é, portanto, como reforçar a responsabilidade (accountability) do quadro de diretores para com os acionistas.[187]

As iniciativas internacionais, em especial as da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que criou um fórum para tratar do tema, o Business Sector Advisory Group on Corporate Governance, contribuíram para difundir diretrizes e princípios internacionais, que são considerados na adequação de leis, na atuação de órgãos regulatórios e na elaboração de recomendações.[188]

O compliance tornou-se, hoje, um dos pilares da governança corporativa.[189]Mais do que uma estratégia privada de eficiência, as empresas o adotam porque - especialmente no mercado de capitais – ele é um elemento que aumenta a transparência perante o mercado e a confiança dos investidores, facilitando o acesso a capital de terceiros.[190]

As diferentes definições de compliance trazidas anteriormente tocam em aspectos que com ele se relacionam: a prevenção e a repressão dos delitos e da responsabilização de pessoas jurídicas, numa sociedade de risco; a questão da regulação e da autorregulação, a política criminal, o direito penal econômico, governança corporativa, para citar apenas alguns. O fenômeno é abrangente e pode ter um tratamento sob diversos ângulos. O que nos interessa aqui, é o compliance criminal, ou seja, aquele que se destina a evitar a ocorrência de delitos praticados por meio ou no interesse da empresa, bem como a eximi-la de penalidade ou mitigar

---

[187] LONDON STOCK EXCHANGE, 1992, item 6.1.

[188] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Origens da governança corporativa.** <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18166>. Acesso em: 2 maio 2015a.

[189] O compliance é considerado tanto um princípio de governança corporativa assim como um indicador de sua implementação. (CHAGAS, José Ferreira. **Governança corporativa:** aplicabilidade dos conceitos, dos princípios e indicadores à gestão de pequenas e médias organizações. p. 7 e p. 9. Disponível em <eco.unne.edu.ar/contabilidad/costos/VIIIcongreso/085.doc>. Acesso em: 23 jul. 2015)

[190] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico:** parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 54-55.

as sanções impostas, quando eles ocorrem, e, mais especificamente, o compliance com as normas anticorrupção. Desenvolveremos, a seguir, algumas ideias sobre estes pontos, para, ao final, examinar o compliance ligado à prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção.

A escolha desses delitos para o exame do compliance criminal se justifica da seguinte maneira: em relação ao primeiro delito, porque os padrões de compliance foram inicialmente desenvolvidos no setor financeiro, para prevenir a lavagem de dinheiro.[191] Dirigem-se, principalmente, às pessoas e aos setores obrigados aos deveres de cadastro de clientes, registro de operações e comunicação de operações suspeitas às unidades de inteligência financeira. São, principalmente, instituições financeiras, mas atualmente também setores não financeiros, designados pela lei. A justificativa para sua inclusão nos deveres de compliance está no fato de constituírem os setores da atividade econômica pelos quais passam os fluxos de dinheiro ilícito, como apontam os estudos de tipologias de lavagem de dinheiro.[192]. Numa medida de política criminal, esses setores são chamados a contribuir com a prevenção do crime.

Quanto ao segundo delito, a análise das medidas de compliance relativas à prevenção da corrupção é pertinente porque o arcabouço jurídico que foi desenvolvido, em termos de direito comparado, nesse tema, foi, em grande parte, a inspiração para a legislação brasileira sobre a matéria, que incentiva as empresas nacionais à adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, mesmo que a responsabilização, aqui, ocorra no âmbito do direito civil e administrativo.

A par disso, a relação entre a lavagem de dinheiro e a corrupção é estreita. A corrupção gera um volume significativo de recursos que necessita ser “lavado”, para circular no sistema financeiro sem que a marca da ilicitude seja visível. Por outro lado, a lavagem de dinheiro pode ser facilitada com a ação de servidores corruptos,

[191] PIETH, 2011, p. 45. Na mesma linha, SIEBER, 2013, p. 66.
[192] Para um exame destes estudos de tipologias, veja-se o site do GAFI (Grupo de Ação Financeira), no tópico “métodos e tendências”: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/>.

que permitem aos agentes da lavagem escaparem de controles e sanções.[193] Finalmente, já foi observado que países com um baixo controle da corrupção apresentam menor nível de compliance com os padrões internacionais antilavagem de dinheiro e contra o financiamento do terrorismo. Isso indica que a melhoria dos níveis de compliance com as normas de lavagem de dinheiro pode resultar na diminuição dos níveis de corrupção de um país.[194]

2.2 A SOCIEDADE DE RISCO E O IDEAL DE SEGURANÇA

A ideia de risco é central para o tema do compliance. É frequente a assertiva de que os programas de compliance são voltados à prevenção de delitos, visando evitar que sejam praticados por meio ou no interesse das empresas. Ao mesmo tempo, o compliance é uma estratégia utilizada para minimizar os riscos reputacionais e legais aos quais a empresa está sujeita, caso ocorram práticas de corrupção e/ou lavagem de dinheiro. Para mitigar os riscos, a estratégia é a prevenção.[195]

Beck descreve a emergência da sociedade de riscos:

> O conceito de sociedade industrial ou de classes (no sentido empregado por MARX e WEBER) girava em torno da questão de como dividir as riquezas socialmente produzidas de maneira desigual e ao mesmo tempo legítima. No novo paradigma da sociedade de risco, a questão é similar, mas, ao

[193] KYRIAKOS-SAAD, Nadim; ESPOSITO, Gianluca; SCHWARZ, Nadine. The incestuous relationship between corruption and money laundering. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Toulouse v. 83. 2012, p. 161.

[194] VERDUGO YEPES, Concepción. **Compliance with the AML/CFT international standard:** lessons from a cross-country anaysis. IMF Working Paper, WP/11/177. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp11177.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015, p. 19.

[195] Afirma Beck: ”Na minha opinião, a área de aplicação talvez mais interessante e influente é a dos riscos dos fluxos financeiros globais. Estamos apenas começando a compreender e a desenvolver uma conceituação para o que acontece. Pois, a meu ver, os fluxos financeiros, mas não todas as relações comerciais e condições de produção da economia, unicamente essa novas transações financeiras digitais, em tempo real, em movimento permanente em todo o globo, que erguem países inteiros para logo tornar a levá-los de roldão, representam uma das dimensões centrais da sociedade mundial do risco. Também aqui se constata a incontrolabilidade. […] Diante de tudo isso, impõe-se a pergunta: quem nos protege do brilho nos olhos dos reformadores do mundo neoliberais? Neoliberalismo é sinônimo de leviandade sem limites, é uma visão econômica descuidada e risonha. Cultiva a utopia totalmente fictícia de um capitalismo sem crises. Ocorre que as próximas crises já estão programadas, e se sabe que os fluxos de capital se deixam influenciar pelo pânico, pela euforia e pela histeria." (BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo:** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo, Fundação Editora da UNESP, 2002, p. 154-155 e p. 157).

> mesmo tempo, completamente diferente: trata-se de saber como evitar, minimizar, canalizar os riscos e os perigos produzidos sistematicamente pelo processo de modernização avançada e limitá-los e reparti-los de modo a não impedir o processo de modernização, bem como a mantê-los dentro de limites suportáveis (ecológica, médica, psicológica, socialmente?) […] O processo de modernização torna-se reflexivo: toma a si mesmo como tema e problema. As questões de desenvolvimento e de aplicação de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade, da personalidade) são substituídas por questões de 'gestão' política e científica (administração, descobrimento, inclusão, evitação, ocultação) dos riscos de tecnologias a aplicar atual ou potencialmente em relação a horizontes de relevância a definir especialmente. A promessa de segurança cresce com os riscos e precisa ser repetidamente ratificada frente a uma opinião pública alerta e crítica mediante intervenções cosméticas ou reais no desenvolvimento técnico econômico.[196]

Assim como à sociedade de classes correspondia o ideal de igualdade, à sociedade de riscos corresponde o ideal de segurança. No lugar do sistema axiológico da sociedade "desigual" aparece o sistema axiológico da sociedade "insegura".[197]

Visando aumentar a segurança, ou ao menos a promessa de segurança, multiplicam-se normas e regulamentos, no âmbito penal, civil e regulatório. O crime, com isso, passa a ser, ele também, um risco. Sgubbi critica o fenômeno, porque, num vasto campo da vida econômica e social, a responsabilidade penal surge do simples fato de uma atividade lícita, "neutra", do sujeito que, por si, objetivamente, configura uma mera transgressão, casual, acidental, das prescrições normativas de determinada disciplina administrativa sendo que essas normas não são, muitas vezes, identificáveis pelos destinatários.[198]

No campo da política criminal, predominam enfoques preventivos: proteção da coletividade, novos tipos penais que configuram delitos econômicos, crimes ambientais, responsabilidades de produtos, riscos industriais, etc.[199]

Apesar da criação de novos delitos para a proteção de novos bens jurídicos, os Estados nacionais já não podem produzir segurança na constelação da

---

[196] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25-26, tradução nossa.
[197] Ibid., p. 55, tradução nossa.
[198] SGUBBI, Filippo. **Il reato come rischio sociale:** ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 47.
[199] ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.25-26.

sociedade mundial. Uma das razões para isso é o fato de que as empresas transnacionais prevalecem sobre os Estados nacionais devido às suas formas desterritorializadas de ação.[200] Além disso, a mundialização dos mercados impõe a transposição de critérios domésticos ao âmbito transnacional. Os danos transcendem além das fronteiras, constituindo uma ameaça crescente na medida em que as transações – também elas baseadas em suborno – adquirem maior importância quantidativa. A corrupção internacional aumenta os custos das transações entre os países, restringe a transparência dos mercados, reduz a concorrência e vulnera a confiança entre as nações.[201]

Assim, pela incapacidade do Estado em reduzir altas taxas de criminalidade e prover níveis adequados de segurança, atores políticos e autoridades governamentais procuram aliviá-lo dessa responsabilidade, remodelando o controle do crime em bases mais diluídas e compartilhadas. Apoiando-se em parcerias público/privadas, e buscando ações preventivas por parte das comunidades, empresas e cidadãos, o Estado trabalha através da sociedade civil e não sobre ela.[202]

Se é verdade que os riscos estão ligados às decisões humanas[203], o problema não está somente com as decisões que geram os riscos, mas também com aquelas que os distribuem. Isso, no âmbito de uma sociedade extremamente complexa como é a nossa, faz com que, cada vez em maior medida, a proteção dos bens jurídicos de uma pessoa dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros.[204]

É justamente a expansão das normas e regulamentos em razão da sociedade de riscos, e a parceria entre a esfera pública e a privada no campo da prevenção do delito, que devemos investigar, no âmbito do capitalismo regulatório.

---

[200] BECK, 2002, p. 141-142.

[201] FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionalies (anotaciones para un derecho penal globalizado). In: LA CORRUPCIÓN en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar. Salamanca: Ration Legis, 2004, p. 237.

[202] GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 312.

[203] BECK, op. cit., p. 114.

[204] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal:** aspectos de política criminal en las sociedades postindunstriales. Buenos Aires: Euros, 2011, p. 16-17.

2.3 CAPITALISMO REGULATÓRIO E AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Há conexões muito estreitas entre a sociedade de riscos e aquilo que alguns denominam Estado regulatório. O estudo do risco foi um tema central na sociologia da regulação durante os anos 80 do século XX. O universalismo do mercado engendrou uma mentalidade de redução de perdas, através de uma estratégia focada no risco. [205]

Durante os anos 80 e 90 do século XX, milhares de privatizações de organizações públicas ocorreram pelo mundo. Na Inglaterra, por exemplo, na medida em que foram privatizadas instituições britânicas, foram criadas agências reguladoras para fiscalizar as atividades que passaram a ser desempenhadas pela sociedade civil.[206]

Braithwaite demonstra como as agências regulatórias tornaram-se *law enforcers*[207] mais significativos do que a polícia, porque a corporativização ocorrida durante o século XX fez com que a maioria das coisas feitas, para o bem ou para o mal, agora, sejam atos de corporações, mais do que de indivíduos. Em meados dos anos 90 do século XX, pela primeira vez, a maior parte das maiores "economias" do mundo eram corporações transnacionais, e não Estados nacionais.[208]

Em razão disso, a atuação das agências regulatórias cresceu em importância. Apenas como exemplo, na Austrália, em 1984, a força combinada das 100 maiores agências regulatórias aumentou para número semelhante ao das polícias públicas, fazendo com que as análises criminológicas tradicionais, focadas nas instituições do velho Estado (polícias, cortes, prisões), sejam incapazes de compreender os crimes que trazem os maiores riscos à sociedade como um todo. O âmbito mais importante do poder de polícia não seria a segurança nas ruas, e sim a regulação dos negócios

---

[205] BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. **Brit**. **J. Criminol**, n. 40, 222-238, 2000, p. 228.
[206] Ibid., p. 224.
[207] "Law enforcement" é expressão de difícil tradução para o português. Conforme o contexto, pode significar aplicação da lei; execução da lei; cumprimento da lei; concretização, reforço ou implementação. A nota comum é o aspecto coercitivo com o qual a força do direito é posta em ação, ou seja, a aplicação coercitiva das normas legais.
[208] BRAITHWAITE, op. cit., p. 229.

e a autorregulação.[209]

De acordo com Levi-Faur, a explosão do número de agências regulatórias é apenas parte de um fenômeno mais amplo, que, aliado à simultânea expansão da sociedade regulatória e de regulações globais, indica uma transformação do Estado. Muito mais adequado que pensar em Estado regulatório - o que denota uma perspectiva centrada no Estado - é falar em capitalismo regulatório, expressão que reflete melhor as mudanças que estão à nossa volta. O autor define o capitalismo regulatório como uma ordem política, econômica e social onde a regulação é a parte que se expande no governo, ao invés da provisão direta de serviços públicos e privados. Nesse contexto, o crescimento da regulação e a criação de normas é a principal forma de governança.[210]

Na mesma linha, Braithwaite deixou de falar em Estado regulatório para adotar a ideia do capitalismo regulatório: a globalização que se produziu a partir dos anos 80 do século XX teria produzido esse tipo de capitalismo, muito mais do que Estados de Bem-estar ou Estados neoliberais.[211] De fato, os Estados podem ser pensados como provedores, distribuidores ou reguladores. A regulação é concebida como uma grande parte da governança que trata de dirigir (*steer*) o fluxo de eventos, em oposição a prover e a distribuir serviços. Quando os reguladores regulam, eles comumente dirigem o prover e o distribuir, para que os entes regulados forneçam os serviços. O autor trabalha a partir da pesquisa de Jacint Jordana e David Levi-Faur, a qual demonstra que os Estados têm estado mais preocupados com a parte da governança representada pela regulação e menos em prover, desde 1980. Ao mesmo tempo, esse estudo evidencia o crescimento rápido da regulação não-estatal, no mesmo período. Em razão disso, pensa, é melhor não chamar a era em que vivemos como a de um Estado regulatório, mas sim de um capitalismo regulatório.[212].

---

[209] BRAITHWAITE, 2000, p. 229.
[210] LEVI-FAUR, David. Prefácio. In: REGULATORY capitalism: how it works, ideas for making it work better. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. viii.
[211] BRAITHWAITE, 2008, p. xi.
[212] De acordo com Braithwaite, Levi-Faur identifica uma transição do capitalismo 'laissez-faire' (1800s-1930s) para o capitalismo do bem-estar (1930s-1970s), e, deste modelo, para o capitalismo regulatório (a partir de 1970)." (Ibid, p. 1).

O que se verifica, em realidade, é a coexistência da regulação estatal com a autorregulação. A propósito da relação do Estado com a economia, há três modelos possíveis (obviamente, em tese, já que na realidade não se encontram modelos em estado puro): a autorregulação exclusiva e voluntária, a regulação exclusivamente estatal, e a autorregulação regulada. A autorregulação exclusiva e voluntária se situa num contexto de desregulamentação estatal, identificado com o liberalismo econômico. Assim, num contexto de liberdade econômica, o papel do Estado é negativo, ou seja, de não-interferência na atividade privada, confiando na capacidade do mercado e da autorregulação da economia. No extremo oposto está a regulação estatal ou heterorregulação da economia, compatível com um intervencionismo do Estado de Bem-Estar. Nesse modelo, o Estado dirige a economia, quer explorando, diretamente, algumas atividades econômicas, quer controlando determinadas práticas comerciais. Esse modelo teve ampla aceitação até as últimas décadas no século XX. Por fim, em razão da incapacidade do Estado, na prática, em corrigir e prevenir, quer autonomamente, quer através de intervenções diretas, as distorções socioeconômicas, passa-se a uma tentativa de equilíbrio. No terceiro modelo, a autorregulação regulada ou heterroregulação autônoma o Estado renuncia ao monopólio dos mecanismos de regulação, adotando um sistema normativo misto, com a coexistência das normas emanadas dos poderes legislativo e executivo, às normas internacionais e as regras estabelecidas pelos próprios setores regulados.[213] Esse modelo apresenta a vantagem de que os setores regulados, ou seus reguladores não-estatais, conhecem em maior profundidade a atividade econômica desenvolvida, estando sempre mais atualizados do que seria possível aos agentes do Estado, nos mais diversos ramos de atividade.

Esse tipo de regulação, também denominado de co-regulação, alude à forma de regulação estatal do mundo empresarial caracterizada pela incorporação do ente privado no processo de regulação, de forma subordinada aos fins concretos ou interesses públicos predeterminados pelo Estado.[214]

É importante observar, contudo, que no capitalismo regulatório o Estado regula mas também é regulado: basta observar, por exemplo, a atuação de grupos

[213] SCHMIDT, 2015, p. 32-40.
[214] COCA VILLA, 2013, p. 51.

internacionais como Grupo de Ação Financeira (GAFI), que promove o cumprimento dos padrões internacionais antilavagem de dinheiro e contra o financiamento do terrorismo, medindo o grau de compliance dos países com as 40 Recomendações.

Também regulam os Estados algumas corporações como a Standards and Poors, ou a Moody's, que possuem funções regulatórias especializadas sobre os países, porque fixam seus ratings de crédito. Da mesma forma atua o lobby global exercido por instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Comitê da Basileia, os painéis da Organização Mundial do Trabalho (WTO), e o Banco Mundial.[215]

A interação internacional, aliás, é inafastável: quem estuda o Estado percebeu que o governo passou de governo de um Estado unitário para governança em e por intermédio de redes.[216] De fato, o sistema capitalista passou por uma importante reestruturação a partir da década de 1980, com o advento da revolução da tecnologia da informação. Ao mesmo tempo, a integração dos mercados financeiros globais, ocorrida na mesma época, tornou literalmente inviáveis as políticas nacionais autônomas. De acordo com Castells, a economia surgida em escala global no último quartel do século XX é informacional, global e em rede:[217]

> É *informacional* porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É *global* porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É em *rede* porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais.[218]

---

[215] BRAITHWAITE, 2008, p. 25.
[216] Ibid., p. 1.
[217] CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** a era da informação: economia, sociedade e cultura; São Paulo: Paz e Terra, 2006, v. 1, p. 50, p. 56 e p. 119.
[218] "São, antes de tudo, *redes de empresas* sob diferentes formas, em diferentes contextos e a partir de expressões culturais diversas. Redes familiares nas sociedades chinesas e no norte da Itália; redes de empresários oriundos de ricas fontes tecnológicas dos meios de inovação, como o Vale do Silício; redes hierárquicas comunais do tipo *keiretsu* japonês; redes organizacionais de unidades empresariais descentralizadas de antigas empresas verticalmente integradas, forçadas a adaptar-se às realidades da época; redes empresariais compostas de clientes e fornecedores de determinada empresa, inseridos numa teia mais ampla de redes formadas ao redor de outras

A compreensão desse contexto é importante porque, pela primeira vez na história, o planeta inteiro é capitalista ou depende muitíssimo de processos econômicos capitalistas. O Estado-nação tem o desafio de conjugar diretrizes político-econômicas nacionais e internacionais, reduzindo, ao mesmo tempo, as próprias vulnerabilidades frente aos riscos resultantes da liberdade e da velocidade das transações econômicas globais, dentre os quais se incluem a prática de delitos praticados por meio ou no interesse das grandes corporações.[219]

Em artigo publicado em 1982, Braithwaite propôs a autorregulação regulada (enforced self-regulation) como estratégia para o controle da criminalidade empresarial, em razão do evidente fracasso do sistema de justiça criminal para controlar as empresas. Em sua ótica, elas são mais capazes do que o governo de regular suas próprias atividades, o que não significa dizer que, por isso, tenham realmente intenção de se autorregular efetivamente. Essa é a fraqueza fundamental da autorregulação voluntária. Um programa de compliance dessa natureza irá focar nas violações que tragam prejuízos à companhia, e em outras eventualmente, que não tenham custo. Vai até mesmo evitar algumas violações que beneficiem a companhia financeiramente a curto prazo, em razão do benefício de longo prazo de comprometer os empregados com a cultura de compliance. Recomendações que envolvam consequências além do custo zero (cost-neutral) num curto prazo, contanto, comumente serão ignoradas. Para Braithwaite, portanto, a autorregulação regulada é a resposta tanto para o atraso, a burocracia, os custos e a incapacidade de inovação que podem resultar de imposições governamentais muito detalhadas aos negócios, bem como à ingenuidade de confiar nas companhias para regularem-se a si próprias.[220]

O controle da criminalidade cometida por meio ou em benefício de empresas tem sido desafiador, a começar pela própria ideia de criminalidade empresarial.

---

empresas em rede; e redes internacionais resultantes de alianças estratégicas entre empresas, e suas redes auxiliares de apoio." (CASTELLS, 2006, p. 119 e p. 255).

[219] SCHMIDT, 2015, p. 30.

[220] BRAITHWAITE, 1981/1982, p. 1466 e p. 1469-1970.

2.4 A CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

Sutherland promoveu uma mudança revolucionária ao sustentar que a criminalidade empresarial poderia e deveria ser objeto de estudo da criminologia. Em sua visão, o problema central não era se as condutas empresariais que violavam leis eram criminalizadas; mas sim que as condutas empresariais ilegais fossem punidas por meio do direito civil e administrativo, ao invés do criminal.[221]

Já em 1920, estudo da Federal Trade Commission nos Estados Unidos apontava a corrupção comercial como prática comum em muitas indústrias.[222] Sutherland realizou extensa pesquisa em decisões de cortes judiciais e de comissões administrativas[223], o que revelou o comportamento delituoso das corporações americanas contra uma ou mais das seguintes classes de vítimas: consumidores, concorrentes, acionistas e outros investidores, inventores, empregados, assim como o Estado, na forma de fraudes fiscais e corrupção de funcionários públicos. Além disso, ficou claro que uma grande parte das empresas americanas era reincidente: dentre as 70 maiores empresas industriais e comerciais nos Estados Unidos, 97,1% tiveram duas ou mais condenações. Apesar disso, conclui o autor, nenhuma das penalidades aplicadas em decorrência das violações à lei foi muito eficaz no sentido de reabilitar os infratores ou de impedir que outros empresários praticassem condutas similares.[224] Sutherland cunhou a expressão "crime de colarinho branco", definindo-o como o crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua ocupação.[225]

Um dos enfoque criminológicos sugere que o exame do problema da criminalidade empresarial ou corporativa pode se dar por dois ângulos diferentes: o primeiro, individual, e o segundo, coletivo. O modelo liberal tradicional de organização social irradia a partir do indivíduo. Assim, as corporações (incluindo o Estado) são tratados como um canal para a maximização dos interesses dos seus

---

[221] MAKKAI, Toni; BRAITHWAITE, John. **Criminologial theories and regulatory compliance.** Chicago, III: American Bar Foundation, (ca. 1989), p. 25. É exatamente isso o que a Lei n. 12.846/2013 faz.
[222] SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime:** the uncut version. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 8.
[223] Ibid., p. 13-14.
[224] Ibid., p. 227.
[225] Ibid., p. 7.

membros (os indivíduos). Ao contrário, os modelos pluralistas de organização social focam nos arranjos institucionais que governam a condição humana. As corporações (incluindo o Estado) são vistos então como centros de poder com objetivos, procedimentos e práticas que servem aos interesses de seus constituintes. Dentro desta moldura pluralista, as corporações privadas são comunidades com mecanismos de controle social próprios; são grupos que se autogovernam.[226]

O problema em se adotar o modelo individualista são as deficiências que ele apresenta para dar conta da 'caixa preta' do que acontece dentro das empresas, principalmente nas grandes corporações. É bem conhecida a definição de Bierce para corporação: um engenhoso aparelho para a maximização dos lucros e a minimização das responsabilidades.[227]

Numa visão realista, não há como deixar de perceber o contexto no qual se produz a maior parte da delinquência econômica:

> A realidade da vida econômica mostra hoje, com clareza, que os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos. Existem casos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Luxemburgo, em matéria administrativa, é verdade, em que se reconheceu expressamente que a responsabilidade é da própria empresa e tal responsabilidade não decorre da imputação individual. Em outras palavras, a responsabilidade da empresa não é conseqüência da responsabilidade individual de seus agentes, mas sim da sua própria natureza e, mais do que isso, essa responsabilidade da empresa é que gera e fundamenta a responsabilidade individual. [228]

Partindo-se do reconhecimento da prática de ilícitos praticados por meio ou no interesse de uma empresa uma primeira questão que se impõe é a forma pela qual o ente coletivo será responsabilizado pelos atos lesivos decorrentes de sua atividade: se por meio de punições na esfera civil e administrativa, ou por meio de penas criminais. Já tratamos disso no final do capítulo anterior.

Tanto no Reino Unido como nos Estados Unidos, com a revolução industrial e a expansão das ferrovias, o judiciário passou a aplicar a doutrina civil da

---

[226] FISSE, Brent. **Corporate compliance programmes**. Sydney: Institute of Criminology, 1989, p. 33.
[227] BIERCE, A. The Devil's Dictionary. apud FISSE, 1989, p. 33.
[228] ARAUJO JÚNIOR, João Marcello. Direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 7, n. 25, jan./mar. 1999, p.152.

responsabilidade vicarial em casos criminais. Nos Estados Unidos a doutrina da *respondeat superior* permite imputar às empresas o comportamento ilícito de empregados que ajam dentro de suas atribuições, e em benefício da empresa. A forma da responsabilidade vicarial (objetiva) que emergiu nos Estados Unidos permitiu que fossem atribuídos às empresas os crimes que elas tentaram evitar, por exemplo, ao expedir instruções ou implementar sistemas de compliance. Apenas muito depois é que guias com parâmetros de fixação de penas, pelos juízes, e guias da atividade persecução penal foram emendados, para permitir que os programas de compliance fossem levados em consideração. Nessa linha, os países da tradição do common law foram os primeiros a falar em ética nas corporações e nos efeitos preventivos que ela pode ter no comportamento da empresa.[229]

Na tradição jurídica do civil law, progressivamente vão-se introduzindo leis que derrogam o clássico princípio *societas delinquere non potest,* como é o caso da Espanha, que modificou o Código de Penal em 2010, para prever a responsabilização das empresas no âmbito criminal.[230]

Uma outra discussão - inclusive no caso de se admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas - é sobre o tipo de legislação que poderia ser mais eficiente para a prevenção dos crimes, já que política criminal pode ser entendida como o estudo dos meios, não apenas os estritamente penais, mais adaptados a combater o fenômeno criminal.[231] A edição pura e simples de mais leis criminais não será capaz de trazer bom resultado, na opinião de Braithwaite:

> Max Weber (1954) explained why: as the quantity of law and the size of bureaucracies grows, law as an institution becomes more useful to those with institutional powers (and less accessible to others). In the mega-corporate world of the regulatory capitalist era, the more serious the

[229] PIETH, Mark; IVORY, Radha. **Corporate criminal liability:** Emergence, convergence and risk. Springer: Heidelberg, 2011, p. 7.

[230] No Brasil, a pessoa jurídica é penal e pessoalmente imputável pelos crimes cometidos contra o meio ambiente, na forma da Lei nº 9.605/98. Ela pode, inclusive, ser a única denunciada, caso não se consiga identificar a pessoa física diretamente responsável pelo ato criminoso corporativo, como já decidiu o STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 548.181-PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518801>. Acesso em: 19 jan. 2016).

[231] BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. **Rivista Italiana di Procedura Penale**, Milano, v. 31, 1998, p. 10.

> injustice, the more likely large organizations will somewhere be stakeholders in it. Metaregulatory strategies, regulated, self-regulation, then become more productive ways to justice.[232]

Para esse autor, que define "corporate crimes" de uma forma ampla, como a conduta de uma corporação ou de indivíduos agindo em nome dela, que é proibida e punível pelo direito[233], o fracasso do sistema de justiça criminal para controlar corporações é bem documentado. Juntamente com Fisse, Braithwaite propõe um modelo de responsabilização já em uso na Austrália (common law), que concilia a justiça criminal estatal com o sistema de justiça privado da empresa. Esses autores observam que as corporações têm a capacidade (mas não a vontade) de prestar contas pelas violações à lei; ao passo que o sistema de justiça criminal pode ter a vontade, mas não tem essa capacidade. A solução então pode advir da conjunção do sistema de justiça privado da empresa - capaz de identificar os verdadeiros autores das condutas - com o sistema de justiça público, que exigirá a responsabilização. Para atingir esse objetivo, sustentam que o direito deveria colocar um machado sobre a cabeça da corporação que praticou a parte objetiva da conduta (*actus reus)*. O sistema de justiça privado da empresa começaria, então, a agir, sob a sombra dessa ameaça, e o machado não iria cair se a empresa fizer o que é capaz de fazer - uma investigação interna que identifique claramente as políticas empresariais responsáveis, as tecnologias, os sistemas de gerenciamento e de tomada de decisões - e apresente um plano de ação corretiva, disciplinar e de compensação às vítimas que possa satisfazer ao judiciário. Entretanto, se a corporação quiser enganar a justiça, fugindo à sua responsabilidade de fazer o sistema privado de justiça funcionar, e pretender entregar apenas um bode expiatório, então o machado cairia sobre a empresa.[234]

Na mesma linha, Gómez-Jara Díez, ao examinar a nova responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha (na tradição jurídica do civil law), afirma que o

---

[232] BRAITHWAITE, 2008, p. 157. "Max Weber (1954) explica o porquê: na medida em que a quantidade de direito e o tamanho das burocracias cresce, o direito como instituição torna-se mais útil àqueles com poderes institucionais (e menos acessível a outros). No mundo das mega-corporações da era do capitalismo regulatório, quanto mais séria a injustiça, mais provavelmente grandes organizações terão, de alguma forma, parte nela. Estratégias meta-regulatórias, autorregulação regulada, então se tornam caminhos mais produtivos para a justiça." Tradução nossa.

[233] BRAITHWAITE, 1981/1982, p. 1466.

[234] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p.15-16.

Estado, em vista de suas próprias deficiências regulativas, por carência de recursos e conhecimento, permite a autorregulação das empresas em troca de que elas se façam responsáveis pelas consequências decorrentes dessa autorregulação. Se a pessoa jurídica detecta a ocorrência de um fato delituoso, confessa-o às autoridades, realiza uma investigação interna, repara o dano causado, entrega às autoridades o resultado de sua investigação e institucionaliza - ou reforça o sistema de compliance, a pena a ser imposta será substancialmente reduzida.[235]. Gómez-Jara Díez considera a responsabilidade penal como um indicativo da posição que os sujeitos ocupam na sociedade. Ao se atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica, no âmbito da civil law, se inaugura uma nova era de colaboração entre as organizações empresariais e o Estado, no momento de exercer o *jus puniendi*.[236]

A definição da política criminal mais adequada para o controle da criminalidade empresarial ou corporativa não é tarefa simples. Se, nos países do civil law a dificuldade está em fundamentar e detalhar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no common law a crítica é a de que o Estado se contenta com as (muitas vezes elevadas) sanções financeiras aplicadas às pessoas jurídicas, deixando de responsabilizar criminalmente os indivíduos, em razão dos crimes cometidos. As empresas parecem aceitar essa política porque, ao final, é a linha mais segura a seguir, tendo em vista a incerteza que decorre de um processo de apuração da responsabilidade subjetiva criminal, bem como, num cálculo de custos e benefícios, a crença de que as multas acabam sendo menos onerosas. [237]

Reconhecendo que a responsabilização das pessoas físicas que praticam os delitos é um dos meios efetivos para o enfrentamento da criminalidade corporativa, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos promoveu importante mudança de direção em sua política criminal. Em setembro de 2015 o Memorando Yates[238]

---

[235] Para o autor, inclusive, não deveria ser imposta qualquer pena à empresa no caso de concorrerem todas as atenuantes previstas no Código Penal espanhol.

[236] GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:** bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo: IBdeF, 2010, p. 495 e p. 511.

[237] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 1-5.

[238] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Memorandum for all United States Attorneys.** Subject: Individual Accountability for Corporate Wrongdoing. September 9, 2015. Sally Quilllian Yates, Deputy Attorney General. Disponível em: <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: 21 fev. 2016.

detalhou seis princípios que devem ser seguidos pelos procuradores americanos em qualquer investigação sobre crimes corporativos. Os princípios relativos à persecução penal de empresas (Principles of Federal Prosecution of Business Organizations) serão revistos para serem adequados a esta nova política. O memorando se aplica à negociação de acordos de colaboração (leniência) com as empresas: para obter os benefícios da colaboração, estas devem fornecer ao DoJ todos os fatos relativos aos indivíduos responsáveis pelas condutas ilícitas; as investigações cíveis e criminais devem focar nos indivíduos desde o início; procuradores cíveis e criminais devem estar em permanente comunicação uns com os outros; a não ser em casos especiais, o DoJ não irá liberar indivíduos culpados de responsabilidade civil ou criminal, ao fazer acordo com uma corporação; os procuradores do DoJ não poderão fazer acordo com empresas antes de ter um plano claro para acertar as condutas individuais; procuradores cíveis devem focar nos indivíduos assim como na companhia para avaliar a propositura de processo contra um indivíduo, baseados em considerações que devem ir além da capacidade daquele indivíduo de pagar uma multa.

2.4.1 O controle da criminalidade empresarial

A responsabilização da pessoa jurídica por atos ilícitos é defendida por determinados setores de estudos, que examinam as opções entre a responsabilização individual ou corporativa por delitos, penas monetárias e taxas regulatórias. A análise econômica do direito (economic analysis of law, ou law and economics) tornou-se uma corrente muito importante no pensamento jurídico, especialmente nos Estados Unidos, mas tem sido influente em muitas áreas da regulação corporativa. A razão para isso é facilmente compreensível, dado que os regimes econômicos de controle trazem a promessa de um grau limitado de intervenção governamental, a baixo custo.[239]

De acordo com Oded, a “Deterrence Theory”[240] foi aceita pela literatura acadêmica da análise econômica do direito como o teorema fundamental entre o crime e sua punição. Ao desenvolver políticas regulatórias, os reguladores podem

[239] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 59.
[240] Ou teoria da prevenção.

controlar muitas variáveis importantes, através das quais o nível de prevenção é determinado. A primeira variável é o tipo de sanção imposto - no caso das empresas, normalmente, são multas. É possível, contudo, que as sanções regulatórias apareçam sob a forma de revogação ou suspensão de licença, confisco, e até extinção da empresa. A segunda variável é a severidade da sanção. Os elaboradores das políticas (policymakerks) devem determinar a severidade da multa imposta, de acordo com violações específicas. A terceira variável é a probabilidade da detecção e da sanção da violação. Essa variável depende dos esforços das autoridades. Normalmente, quando maior a fiscalização, maior a probabilidade da detecção.[241]

A teoria econômica do crime está ligada ao pensamento utilitarista, em contraste com a teoria moral do crime, que foca na retribuição (retributivism). De acordo com a teoria moral, o direito penal e a política criminal deveriam punir os comportamentos criminosos na proporção da gravidade dos crimes e na razão de sua censurabilidade moral. Punição desproporcional é errada, mesmo se reduzir os custos sociais.[242]

Por outro lado, o modelo preventivo (deterrence-based enforcement approach) funda-se na racionalidade dos agentes, percebendo o papel dos sistemas de aplicação da lei como um mecanismo para garantir que os regulados cheguem à conclusão que é mais vantajoso obedecer.[243]

As raízes da análise econômica do direito podem ser encontradas nos trabalhos publicados no século XVIII por Montesquieu, Beccaria e Bentham. De acordo com Oded, uma versão mais formal do modelo preventivo que aplica a noção da teoria da escolha racional ao contexto do compliance e da aplicação da lei apareceu primeiro no trabalho seminal de Gary Becker em 1968.[244]

---

[241] ODED, 2013, p. 21.
[242] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics.** Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 455.
[243] ODED, op. cit., p. 27.
[244] Ibid., p. 16.

Para Montesquieu, que analisou três tipos governo,[245] a severidade das penas nos Estados moderados era ditada pela intenção primordialmente preventiva do legislador, que se dedicaria mais a dar exemplos do que a inflingir suplícios.[246] A causa da fraqueza do sistema penal seria a impunidade dos crimes, e não a moderação das penas[247]. Além disso, a proporção das penas com a gravidade dos crimes era a maneira correta de evitá-los, porque punir crimes de diferentes gravidades com a mesma pena iria apenas estimular a comissão dos mais graves.[248]

As penas pecuniárias deveriam ser utilizadas tanto quanto as corporais, especialmente porque aqueles que tinham posses temiam perder seus bens, e as penas pecuniárias poderiam ser proporcionais às fortunas. Além disso, a infâmia poderia ser acrescida às penas pecuniárias.[249] Montesquieu reflete, no âmbito do governo monárquico, onde a honra é o maior valor, que a desgraça é um equivalente da pena, e o processo, a formalidade mesma dos julgamentos, são as punições; quando se deve punir, e quando se deve perdoar?[250]

A infâmia é um elemento que reforça o poder do compliance: um dos mecanismos de pressão do GAFI sobre os países, para que cumpram as recomendações relativas à lavagem de dinheiro, é a inclusão em listas, afirmando sua preocupação com os riscos de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo. Isso orienta o sistema financeiro internacional e pode trazer dificuldades aos países, em suas relações internacionais e de comércio internacional. Trata-se da ‘naming and shaming technique’, ou seja, a técnica de expor e envergonhar, utilizada por muitos órgãos e instituições que trabalham no âmbito da soft law.[251]

---

[245] O republicano, a monarquia e o governo despótico (MONTESQUIEU, 2008, Livro II, Capítulo Primeiro).
[246] Ibid., Livro VI, Capítulo IX.
[247] Ibid., Livro VI, Capítulo XII.
[248] Ibid., Livro VI, Capítulo XVI.
[249] "Mais les gens riches ne craignent-ils pas de perdre leurs biens? Les peines pécuniaires ne peuvent-elles pas se proportionner aux fortunes? et enfin, ne peut-on pas joindre l'infamie à ces peines? Un bon législateur prend un juste milieu: il n'ordonne pas toujours des peines pécuniaires; il n'inflige pas toujours des peines corporelles.” (Ibid., Livro VI, Capítulo XVIII).
[250] Ibid., Livro VI, Capítulo XXI.
[251] Para uma compreensão sobre a atuação dos mecanismos de soft law, ver MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal:** a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004, p. 45-82 e p. 207-210; NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional:** um estudo sobre a soft law. São Paulo, Atlas, 2005, e DE CARLI, Carla. **Lavagem de dinheiro:** ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 154-170.

Beccaria defendia a necessidade de proporção entre os delitos e as penas, para atingir o interesse comum de que menos delitos fossem cometidos, até porque "È impossibile di prevenire tutti i disordini nell'universal combatimento delle passione umane." [252] Para o autor, as penas eram obstáculos políticos e deveriam ser graduadas numa escala correspondente à gravidade dos delitos, se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas. E sua finalidade não era atormentar nem afligir, ou desfazer um delito já cometido. A finalidade das penas não era outra senão impedir o réu de causar novos danos aos cidadãos e de impedir outros de fazerem o mesmo.[253]

Beccaria sustentava também que um dos maiores freios dos delitos não era a crueldade das penas, e sim, sua infalibilidade. A certeza de um castigo, ainda que moderado, faria sempre uma maior impressão do que o temor de um outro, mais terrível, unido à esperança da impunidade.[254] A finalidade essencialmente preventiva da legislação criminal, e o cálculo da racionalidade econômica ficam claros nesta assertiva: "È meglio prevenire i delitti che punirgli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte di condurre gli uomini al massimo di felicità o al mínimo d'infelicità possibile, per parlare secondo tutt'i calcoli dei beni e dei mali della vita."[255]

Um outro meio de prevenir os delitos era, secundo Beccaria, recompensar a virtude. Todavia, à época, as legislações dos países silenciavam sobre isso. Finalmente, o meio mais seguro porém mais difícil de prevenir os delitos seria aperfeiçoar a educação.[256] Dentro dessas duas ideias, o compliance se encaixa perfeitamente, como uma forma de prevenção da criminalidade corporativa, porque os programas ou sistemas de compliance devem promover valores éticos e infundir uma cultura de integridade. Ao mesmo tempo, as legislações contemporâneas que eximem de pena ou mitigam as penas ou sanções impostas às empresas que adotam sistemas de compliance estão, na realidade, recompensando a virtude, o

[252] "É impossível prevenir todas as desordens no combate universal das paixões humanas". Tradução nossa. (BECCARIA, 1991, p. 40).
[253] Ibid., p. 41 e p. 49.
[254] Ibid., p. 71.
[255] "É melhor prevenir os delitos do que puni-los. Este é o fim principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, para falar segundo todos os cálculos dos bens e dos males na vida." Tradução nossa. (Ibid., p. 98).
[256] Ibid., p. 102-103.

que já era defendido por Beccaria desde o século XVIII.

O princípio da máxima felicidade como o padrão de certo e de errado estava presente nas ideias de Beccaria, mas é Bentham, sem dúvida, quem desenvolveu profundamente essa linha de pensamento, sendo considerado o fundador do moderno utilitarismo.[257]

Bentham [258] utiliza, como base para seu trabalho, o princípio da utilidade, que descreve como aquele que aprova ou desaprova cada ação, de acordo com a tendência que ela tem de aumentar ou diminuir a felicidade da parte interessada na questão, ou, o que é a mesma coisa em outras palavras, a promovê-la ou a se opôr àquela felicidade. Por ação ele não quer significar apenas a ação individual, mas também a praticada por um governo. Ele considera, ainda, que o interesse em questão pode ser o da comunidade, mas esta é entendida como a soma dos indivíduos que a compõem. [259] Segundo Hart, em Bentham, ao contrário de Aristóteles, a felicidade não era fixa; ela mudava e se desenvolvia na medida em que as sociedades mudavam e se desenvolviam. Felicidade era o que estava no interesse público do povo em questão, e esse conteúdo se alterava na medida em que a civilização avançava.[260]

Para Bentham, a legislação (ou o direito) tinham dois objetivos ou propósitos gerais: um direto e positivo, seria o de acrescentar felicidade para a comunidade; e o outro, indireto e negativo, o de evitar qualquer coisa que pudesse diminuir tal felicidade. Para alcançar esses objetivos, havia dois grandes instrumentos:1) coerção (física ou moral) e 2) remuneração. Tendo esses dois instrumentos à mão, a forma pela qual o direito promove a felicidade de um determinado homem é influenciando uma ação, que pode ser a deste próprio homem ou a de outros. Quanto às ações de outro homens, a forma de influenciá-las é tanto proibindo

[257] HART, Herbert Lionel Adolphus. Intoduction. In: BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** New York: Oxford University Press, 1970, p. xxxi.

[258] Bentham inicia o Capítulo I afirmando que a natureza colocou o homem sob o governo de dois mestres soberanos; a dor e o prazer. Eles nos regem em tudo o que fazemos, no que dizemos, no que pensamos. O princípio da utilidade reconhece essa sujeição, e a assume como fundação do sistema, o objeto do qual é criar o tecido da felicidade pelas mãos da razão e do direito. (BENTHAM, 1970, p. 11).

[259] Ibid., p. 12.

[260] HART, op. cit., p. xiv.

aquelas que poderiam causar inconvenientes, em consequência das quais eles devem se abster de praticá-las, ou promovendo aquelas que produzam vantagens. Assim, criam-se obrigações ou deveres: deveres negativos ou de abstinência; deveres positivos, ou de performance.[261]

A punição, sem dúvida, era um mal, mas que podia trazer benefícios. Na raiz estava a distinção entre consequências primárias e secundárias de um ato, que podem estar em direções opostas. Em alguns casos, as consequências primárias de um ato produzem dano (mischief), mas as consequências secundárias podem ser benéficas, em até maior medida do que o dano das primárias. Assim seriam os atos de punição, quando adequadamente aplicados.[262]

Hart diz ter sido Bentham o primeiro a perceber a importância da linguagem econômica em questões politicamente sensíveis como a punição.[263] Bentham retoma o ponto de que a finalidade do direito é prevenir os danos, mas isso, quando valer a pena utilizar a punição com esse objetivo. Diz, ainda, que a prevenção dos delitos deveria ser feita da forma mais barata possível.[264]

Relativamente à proporção entre os crimes e sua punição, Bentham formula seis regras, sendo a seguinte a primeira: “The value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offence.”[265] O autor explica, em nota de rodapé, que *profit* não deveria ser entendido somente como lucro, valor pecuniário, mas também como o prazer ou a vantagem, de qualquer espécie, que um homem obtém, ou espera obter, da gratificação do desejo que o levou a praticar o delito. Para ele, é o ganho (ou a expectativa do ganho) do delito que constitui o motivo, ou, quando houver vários, a soma de motivos que leva o agente a praticar o delito. Da mesma forma, é a punição, ou a expectativa de punição que, sozinha ou conjugada a outros fatores, é o freio que age em sentido

[261] BENTHAM, 2010, p. 312-313.
[262] Ibid., p. 147.
[263] HART, 1970, p. xxxvii.
[264] BENTHAM, op. cit., p. 165 e 166.
[265] O valor da punição não deve ser menor, em nenhum caso, do que for necessário para suplantar (outweigh) o ganho (ou lucro) obtido com a prática do delito. Tradução nossa. É por isso que o autor afirma que a mera compensação (ou ressarcimento do dano causado) não será nunca suficiente para punir o furto ou o roubo. (Ibid., p. 166 e p. 170, em rodapé).

contrário, de forma a induzi-lo a se abster da conduta delitiva.[266]

E continua: quanto maior o dano do delito, maior deve ser o gasto que vale a pena ser aplicado como forma de punição. Para induzir um homem a escolher o delito menos danoso, quando houver a possibilidade de dois delitos 'competirem', a punição para o delito mais danoso deve ser suficiente para que o homem prefira o delito menos danoso. E quando alguém se decidiu a praticar um determinado delito, o próximo objetivo é induzi-lo a não causar mais dano do que seja necessário, então, a punição deve ser ajustada de tal forma que, a cada delito em particular, ou para cada parte do dano praticado, haja um motivo para abster-se de cometê-lo. O último objetivo sendo, seja qual for o dano que se pretende evitar, que isso seja feito ao menor custo possível, por isso, a punição não deve ser, em nenhum caso, maior do que seja necessário para trazer conformidade com as regras anteriormente expostas.[267]

Bentham não ignorava as diferenças individuais e as circunstâncias em razão das quais as pessoas são afetadas pela mesma causa. A punição que fosse igual em nome não iria produzir o mesmo efeito (grau de sofrimento) entre indivíduos diferentes, portanto, a quantidade de sofrimento efetivamente inflingido a cada agente deveria corresponder à quantidade desejada para criminosos similares em geral, levando em consideração as diferentes circunstâncias que influenciavam a sensibilidade.[268]

As quatro primeiras regras de proporção serviam para marcar os limites da diminuição, ou seja, os limites abaixo dos quais uma punição não deveria ser fixada; a quinta regra marcava os limites acima dos quais a punição não deveria ser aumentada. Essas regras destinavam-se a servir de guia para o legislador. A sexta regra (a que se relacionava com as diferenças individuais) era direcionada ao juiz, no momento de aplicar a lei.

---

[266] BENTHAM, 2010, p. 166.
[267] "[…] The punishment ought in no case be more than what is necessary to bring it into conformity with the rules here given." (Ibid., p. 168-169).
[268] Ibid, p. 169.

Bentham se aproxima de Beccaria quando diz que em vez de quantidade, deveria-se falar em valor, porque quantidade não abarcava apropriadamente as circunstâncias de certeza ou proximidade, as quais deveriam ser consideradas, ao dimensionar o valor de muita dor ou muito prazer. Por um lado, muita punição significa muita dor, e, por outro, o ganho de um delito é uma grande quantidade de prazer, ou seu equivalente. O ganho do delito é mais garantido do que sua punição, ou ao menos, é o que parece ser, para o agente do delito. De todo modo, é mais imediato. Assim, para manter a superioridade sobre o ganho do delito, a punição precisaria ser avaliada em termos de certeza e de proximidade. Quando a punição fica aquém do ganho do delito, em termos de certeza ou de proximidade, a forma de aumentar o seu valor é por meio de um incremento de magnitude.[269]

Em resposta às críticas dos que diziam que os criminosos não se preocupam com o direito, e que paixões não fazem cálculo, Bentham afirmava que, em matéria tão importante como a dor e o prazer, e estas no mais alto grau, quem não calcularia? Para o autor, os homens calculam, alguns com menos exatidão, outro com mais, mas todos fazem um cálculo de custos e benefícios.[270]

Apesar da teoria de punição de Bentham ter se firmado, Hart diz que ela não esteve livre de críticas. Na última década elas chegaram quase a um contra-ataque. Alguns críticos, embora simpáticos ao enfoque utilitarista de um sistema criminal de direito e de punição, rejeitam a imagem quase econômica e um tanto irrealista de potenciais criminosos calculando os custos e os benefícios da violação à lei. Outras críticas se opõem mais radicalmente à ideia de que a instituição da punição criminal seja justificada somente em termos de utilidade geral, porque isso ignora não somente outras formas plausíveis da teoria retributivista mas não deixa espaço para os anseios de justiça dos indivíduos, que devem ser considerados, em qualquer modelo moralmente tolerável de punição.[271]

Becker analisa a relação entre os crimes e sua punição, por crime querendo significar todo o tipo de violação às leis penais, das mais violentas até as de

[269] BENTHAM, 2010, p. 169-170.
[270] Ibid.,p. 173-174.
[271] HART, 1970, p. civ.

colarinho branco. Desta forma ampla, afirma que o crime é uma atividade econômica importante, que normalmente é negligenciada pelos economistas (se bem que, recentemente, a Itália anunciou que irá considerar a riqueza gerada pelas atividades ilegais, como prostituição, tráfico de drogas, contrabando e álccol no cálculo do seu Produto Interno Bruto[272]). O montante de recursos públicos utilizados para a prevenção e o combate da criminalidade deveria ser determinado levando em consideração o número de crimes praticados; o custo desses crimes; a relação entre os crimes e as punições previstas; o número de crimes, prisões, condenações e os gastos públicos em polícia e justiça criminal; o número de condenações e os custos de manutenção de prisões e outras formas de punição.[273]

Ele também parte do enfoque usualmente adotado pelos economistas sobre escolhas, e assume que uma pessoa pratica um delito se ele tem a expectativa de que a utilidade que irá conseguir com o crime excede a utilidade que ele poderia conseguir usando seu tempo e outros recursos em outras atividades. A partir daí utiliza a análise econômica para propor políticas públicas e privadas para o combate do comportamento ilegal, como parte de uma alocação ótima de recursos. Se as pessoas cometem crimes apenas quando a utilidade esperada com a violação da lei é maior do que o a utilidade esperada com seu cumprimento, Becker afirma que as punições poderão deter os criminosos de maneira mais eficiente, impedindo que cometam crimes, quando mudarem os custos do crime, tornando-os mais caros.[274]

---

[272] ITÁLIA vai incluir tráfico de drogas, prostituição e contrabando no cálculo do PIB. 26 maio 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/negocios/italia-vai-incluir-trafico-de-drogas-prostituicao-contrabando-no-calculo-do-pib-12604819>. Acesso em: 21 fev. 2016. De acordo com outra notícia, essa seria a orientação das regras da União Europeia, segundo as quais a atividade econômica produtiva ilegal deve ser reportada. SEX, drugs and GDP. 31 maio 2014. Disponível em: <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21603073-italys-inclusion-illicit-activities-its-figures-excites-much-interest-sex>. Acesso em: 21 fev. 2014. Essa notícia é confirmada pela informação no site do Instituto Nacional de Estatística da Itália - Istat, sobre as mudanças metodológicas no cálculo das contas nacionais, pelo padrão europeu ESA – European System of National and Regional Accounts: Currently three reservations specific to Italy and eight transversal reservations (applying to all countries) are in place. Most of them are connected with technical details having a minor impact on macroeconomic aggregates. One transversal reservation with a relevant impact concerns **the inclusion of illegal activities in national accounts, in accordance with the principle of comprehensiveness. According to this principle, already established in Esa95, estimates have to include all the activities producing income, regardless of their legal status. At this stage, the illegal activities to be considered are three: narcotics, prostitution and smuggling (of alcohol and tobacco)**. The estimates methodologies for these activities is based on Eurostat guidelines. (grifamos). (THE SYSTEM of national and regional accounts changes - Esa 2010. Disponível em:<http://www.istat.it/en/archive/110843>. Acesso em: 21 fev. 2016).

[273] BECKER, 1974, p. 5.

[274] Ibid., p. 3 e p. 10.

Para ele, a quantia ótima resulta, dentre outros fatores, do custo de prender e condenar os criminosos, da natureza da punição (por exemplo, se são multas ou penas privativas de liberdade) e das respostas dos criminosos às penas fixadas em lei. Essa discussão, por isso, inevitavelmente entra em questões de penologia e teorias de comportamento criminal.[275] O pressuposto é sempre o de que o criminoso faz uma escolha racional para a prática do crime, baseado numa análise dos benefícios que pode obter com o delito, frente aos custos de ser descoberto e punido pelo sistema de justiça.

Já que a economia foi desenvolvida para lidar com a alocação de recursos, para o autor uma moldura econômica se torna aplicável para a análise do comportamento ilícito, podendo enriquecê-la. Ao mesmo tempo, certos aspectos únicos do delito enriquecem a análise econômica: algumas punições, como as prisões, são essencialmente não-monetárias e são um custo tanto para a sociedade como para os criminosos; o grau de incerteza é uma decisão variável que considera tanto a receita como as funções do custo, etc.[276]

Posner e Sykes explicam que a escola econômica do direito nasceu quando os economistas perceberam que a lei aumenta ou diminui o custo de determinados comportamentos. A lei penal aumenta o curso da atividade criminosa e, por isso, deveria reduzir sua incidência.[277]

Bricola, na mesma linha, demonstra como os economistas utilizam o modelo de Becker não tanto para explicar as causas do crime, mas sim para analisar o estudo da economia da justiça, ou seja, os custos e os benefícios da justiça.[278]

Para 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 de controle, desvelada por Garland, sustentam que os custos do crime e os

[275] BECKER, 1974, p. 43.
[276] Ibid., 45.
[277] POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic foundations of international law.** Cambridge: Belknap Harvard, 2013, p. 13.
[278] BRICOLA, Franco. Conseguenze economiche e soziale del delitto: nuovi appelli alla ricerca ed alla pianificazione. **L'Indice Penale**, Padova, v. 10, 1975, p. 367.

custos da prevenção e da repressão ao crime são todos calculados, e os números colhidos norteiam as escolhas de política criminal.[279]

Oded pretende identificar as políticas criminais que induzem ao compliance corporativo. As duas principais escolas de pensamento que procuram explicar o law enforcement e analisam sua aplicação no âmbito regulatório são a deterrence theory (teoria da prevenção), que foi aceita pela doutrina da escola econômica do direito como o teorema fundamental entre o crime e a punição, e o cooperative enforcement, que é a alternativa à primeira teoria. A questão é que, para serem socialmente válidas, as regulações (ou normas) precisam ser cumpridas. Em razão disso, seu valor depende da existência de uma política de enforcement que garanta sua implementação, de modo a induzir a obediência nos regulados. Enquanto que o enfoque preventivo utiliza uma estratégia de confrontação, onde a coerção opera por meio da ameaça de sanções, o modelo cooperativo estimula o compliance através da governança corporativa, da barganha e de métodos de persuasão.[280]

A origem do enfoque de enforcement baseado na prevenção está na literatura econômica que aplica ferramentas econômicas para analisar os processos comportamentais de tomada de decisão.[281]A teoria da escolha racional (theory of rational choice) é o paradigma dominante na literatura econômica que analisa o comportamento humano e organizacional. Esta teoria econômica pretende explicar como as pessoas fazem suas escolhas. [282]

A noção de racionalidade é o centro da teoria, mas para os economistas ela significa a propensão de um ator a justapor os custos e os benefícios esperados de escolhas de comportamentos diferentes, para optar pelo comportamento que maximiza seus próprios objetivos (utilidade). O postulado da teoria é o de que os atores tomam suas decisões a partir de uma análise dos custos e dos benefícios de cada conduta.[283]

---

[279] 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.
[280] ODED, 2013, p. 4-5 e p. 15-16.
[281] Ibid., p. 16.
[282] COOTER; ULEN, 2012, p. 18.
[283] Ibid., p. 16-17.

Oded afirma que a teoria da prevenção foi alvo de muitas críticas, das quais uma das mais poderosas são os altos custos sociais envolvidos em sua aplicação. O custo do sistema de justiça criminal, por exemplo, é enorme: agências de persecução penal, a defesa dos acusados, o sistema de justiça, a polícia, as prisões. Além disso, o próprio processo tem custos altos, ligados à obtenção de provas, peritos e testemunhas. Além disso, está o erro judiciário, tanto o de condenar um inocente como o de deixar escapar um culpado. [284] Por outro lado, os críticos do modelo da escolha racional baseiam sua teoria no estudo do comportamento dos regulados, que, por vezes, tendem ao cumprimento das normas, mesmo quando o cálculo meramente econômico indique o contrário, ou seja, quando os custos do compliance sejam mais altos do que os riscos de sanções.[285]

Outras críticas questionam a própria racionalidade dos agentes, afirmando que em muitos casos as decisões tomadas afastam-se do que se poderia considerar como uma escolha racional. A complexidade do mundo e a ambiguidade envolvida no processo de tomada de decisões comprometeria a eficácia do modelo baseado na escolha racional.[286]

De fato, em muitos casos as pessoas cumprem a lei mesmo quando um cálculo racional conduziria à postura oposta, ou seja, mesmo quando a probabilidade de sanções for baixa. Assim, os behavioral scholars sugerem que as decisões dos atores de compliance não deveriam ser avaliadas meramente de acordo com o receio da punição. Ao contrário, atitudes pessoais e obrigações morais devem ser levadas em conta quando se pretende entender as escolhas do comportamento.[287]

Outra crítica diz que um dos maiores problemas com a análise puramente econômica da responsabilidade corporativa é o foco em incentivos financeiros que exclui completamente a noção de responsabilidade. Um valor muito limitado, ou até inexistente é ligado à responsabilidade individual.[288]

---

[284] ODED, 2013, p. 36-37.
[285] Ibid., p. 48-49.
[286] Ibid., p. 45.
[287] Ibid., p. 49-50.
[288] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 78.

Além disso, a análise econômica não diferenciaria a responsabilidade civil da criminal, porque todas as formas de responsabilidade seriam reduzidas ao custo monetário dos danos. Assim, multas, penalidades monetárias e taxas seriam funcionalmente os mesmos, porque expressam o preço a ser pago pela ausência de compliance.[289] Nesses termos, a punição não possui o aspecto simbólico nem a carga de reprovabilidade que o direito penal atribui. Braithwaite traz a citação de Coffee, numa audiência da US Sentencing Commission em Nova Iorque, em 11 de outubro de 1988, para quem uma grande diferença existe e deveria existir entre a taxação de um comportamento indesejado e sua criminalização.

> We tax cigarettes, but outlaw drugs. Both are disincentives but the criminal sanction carries a unique moral stigma. [...] The message needs to be clearly communicated that there is no price that, when paid, entitles you to engage in the prohibited behaviour.[290]

Outro elemento que faltaria na abordagem econômica da prevenção do crime, segundo a teoria de Braithwaite e Ayres, é o espaço da negociação e da barganha, para obter o cumprimento da lei. De acordo com os autores, as agências regulatórias normalmente investem mais em persuasão do que em punição, não apenas porque essa estratégia custe menos, mas também porque costuma funcionar melhor. A sugestão que propõem é a adoção da pirâmide regulatória, que coloca um leque de opções em ordem crescente de gravidade. Esse regime de regulação é conhecido como regulação responsiva (responsive regulation), e parte do princípio de que o compliance depende mais de um jogo dinâmico de enforcement do que de uma escala ótima de penalidades.[291]

ODED resume a teoria de Braithwaite e Ayres como o uso de medidas de persuasão como estratégia inicial, que devem ser utilizadas antes de que medidas mais intrusivas entrem em ação. O regime da regulação responsaiva garante uma escalação gradual de intervenção contra o regulado que resiste em cumprir a lei.[292]

---

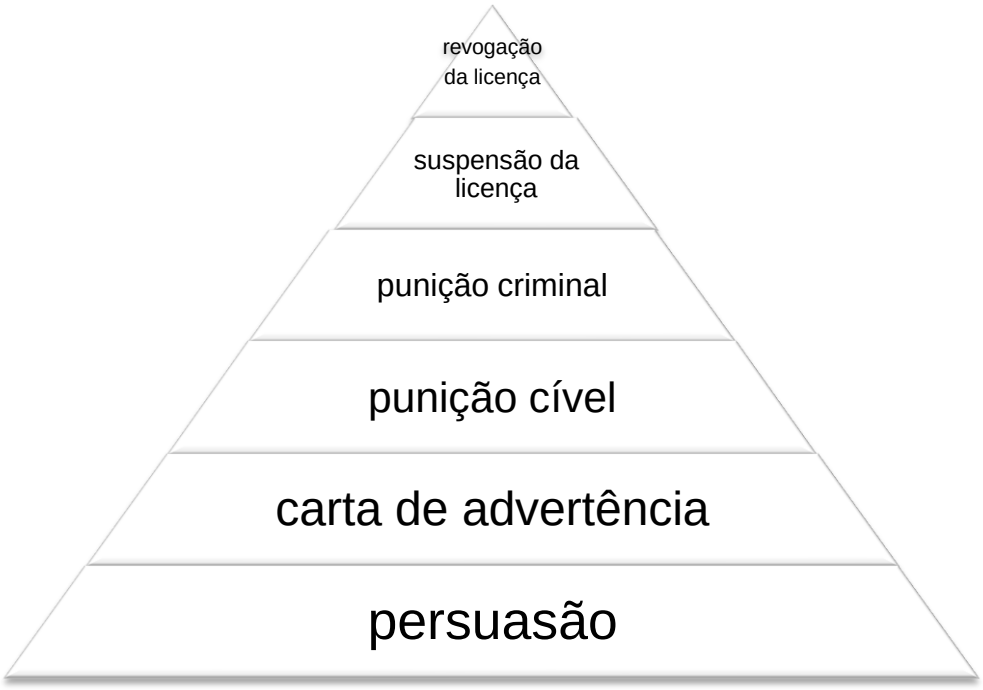
[289] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 84.
[290] Taxamos cigarros, mas proibimos o consumo de drogas. Ambos são desincentivos, mas a pena criminal carrega um estigma moral único. [...] A mensagem deve ser claramente comunicada, de que não há preço que possa ser pago para que alguém infrinja a lei. Tradução nossa. (Ibid., p. 84).
[291] Ibid., p. 85.
[292] ODED, 2013, p. 61.

Braithwaite explica que a ideia fundamental da regulação responsiva é a de que os reguladores devem estar atentos e se pautar pela conduta daqueles que pretendem regular, ao decidirem por uma resposta mais ou menos intervencionista, avaliando qual delas é necessária.[293]

A pirâmide regulatória é o elemento mais característico da regulação responsiva. Uma das pirâmides propostas pelo autor procura resolver o problema de quando punir e quando usar a persuasão. Na base da pirâmide está o diálogo, num enfoque mais restaurativo, na ideia de garantir o cumprimento de uma lei justa. Na medida em que se sobe na pirâmide, mais e mais intervenção punitiva está envolvida. A ideia é começar sempre por baixo, na base da pirâmide, escalando para enfoques mais punitivos apenas quando o diálogo falhar. E, sucessivamente, ir subindo na pirâmide quando as punições mais leves tiverem se revelado insuficientes. O regulador vai adotar as alternativas com a empresa recalcitrante numa escala progressiva, iniciando com persuasão, para uma carta de advertência, seguida de penalidades cíveis e, caso não sejam suficientes, penalidades criminais, para chegar, ao final, à pena capital da punição empresarial: a revogação permanente da licença de operação.[294]

[293] BRAITHWAITE, 2008, p. 88.
[294] Ibid., p. 88-89.

Figura 1 – Pirâmide Regulatória de Ayres e Braithwaite



Fonte: BRAITHWAITE, 2008, p. 89.

É possível perceber o uso deste tipo de estratégia pelo Grupo de Ação Financeira – GAFI, para assegurar o compliance no tocante aos padrões internacionais antilavagem de dinheiro. Examinaremos, a seguir, a regulação internacional na matéria e a configuração da pirâmide regulatória que visa alcançar o compliance com as normas antilavagem de dinheiro.

2.5 O COMPLIANCE COM O REGIME ANTILAVAGEM DE DINHEIRO

O tema do compliance surgiu, no campo criminal, no âmbito das medidas preventivas da lavagem de dinheiro. O principal ator e o gestor da política internacional antilavagem de dinheiro no mundo é hoje, sem sombra de dúvida, o Grupo de Ação Financeira – GAFI (em inglês, FATF – Financial Action Task Force), um grupo constituído em 1989 em caráter provisório pelo G7, que foi se tornando, progressivamente, reconhecido, alcançando autonomia, e conseguindo prorrogar sucessivamente os seus mandatos.[295]

Este grupo de trabalho elaborou e mantém atualizadas 40 Recomendações,

[295] Para uma análise do surgimento do GAFI, da história de sua progressiva autonomia e o exame de suas relações de poder, veja-se PIO CORRÊA, Luiz Maria. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI):** organizações internacionais e crime transnacional. Brasília: FUNAG, 2013.

que são consideradas os padrões internacionais contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Elas são princípios de ação, que cobrem medidas destinadas a reforçar o sistema de justiça criminal, o sistema financeiro, e a cooperação internacional. Para garantir o cumprimento dessas recomendações, o GAFI faz uso de instrumentos de pressão política, que se consubstanciam no âmbito da soft law, em avaliações mútuas (peer review) e pressões exercidas pelos pares (peer pressure).[296]

O GAFI trabalha tanto com mecanismos de persuasão como de pressão. A persuasão se revela através da elaboração de manuais de tipologias[297], guias de orientação para os diferentes setores obrigados aos deveres de compliance[298], bem como pela dinâmica das três reuniões anuais dos grupos de trabalho especializados e da Plenária, assim como a atuação conjunta com os grupos regionais estilo-Gafi. [299] A pressão resulta do sistema de inclusão em listas públicas (public statements, atualmente) e da aplicação da Recomendação 19, que pode ser seguida, ainda, do chamado aos países para a aplicação de contramedidas.

A Recomendação 19 do GAFI destina-se aos países que trazem alto risco ao sistema financeiro, e tem o seguinte teor:

> **19. Higher-risk countries**
> Financial institutions should be required to apply enhanced due diligence measures to business relationships and transactions with natural and legal persons, and financial institutions, from countries for which is called for by the FATF. The type of enhanced due diligence measures applied should be effective and proportionate to the risks.
> Countries should be able to apply appropriate countermeasures when called upon to do so by the FATF. Countries should also be able to apply countermeasures independently of any call by the FATF to do so. Such

[296] Sobre os mecanismos de funcionamento do soft law, e o uso da peer review e peer pressure no âmbito do GAFI, veja-se DE CARLI, 2012, p. 137-170, e DE CARLI, Carla. Sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013b. p. 31-50. e DE CARLI, Carla. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013a. p. 215-274.

[297] Como, por exemplo, o estudo sobre o risco do abuso de organizações não-governamentais e sem fins lucrativos por organizações terroristas. (RISK of terrorist abuse in non-profit organisations. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/risk-terrorist-abuse-non-profits.html>. Acesso em: 27 jun. 2015).

[298] Veja-se o guia para o setor bancário voltado ao enfoque baseado no risco. (Ibid.)

[299] Os resultados da reunião Plenária de junho de 2015, por exemplo, podem ser conferidos em <http://www.fatf-gafi.org/documents/news/outcomes-plenary-june2015.html>. Acesso em: 27 jul. 2015.

countermeasures should be effective and proportionate to the risks.[300]

O GAFI recomenda a adoção de procedimentos reforçados de diligência às relações negociais e transações financeiras com pessoas físicas e jurídicas e instituições financeiras do país que for identificado como de maior risco, e, portanto, objeto da aplicação da Recomendação 19. Entretanto, não especifica de que forma deverá ser feita esta diligência reforçada, nem esclarece como serão implementadas as contramedidas, pelos demais países. Por outro lado, recomenda que essas medidas sejam efetivas e proporcionais aos riscos.[301]

Como refere Pio Corrêa, isso confere à recomendação flexibilidade para ajustar-se às diferentes situações e certa imprevisibilidade, tornando-a mais intimidadora. Na prática, a associação do nome de um país a essa recomendação já é considerada uma sanção em si mesma, com sérias consequências para a economia e as finanças do país em questão. E o chamado para a adoção de contramedidas pode ter efeitos ainda mais graves. Basta observar o que aconteceu a partir de junho de 2008, quando o GAFI disseminou alerta às instituições financeiras sobre os riscos que o Irã apresentava para o sistema financeiro global. Em fevereiro de 2009, conclamou os países membros a aplicarem as contramedidas em relação ao Irã, significando a adoção de vigilância redobrada em transações com clientes e bancos de origem iraniana ou relacionados a instituições iranianas, além da necessidade de comunicação de todas transações como suspeitas, em princípio. Na prática, o que ocorreu é que as instituições financeiras acabaram não autorizando transações envolvendo entidades e indivíduos iranianos.[302]

---

[300] **19. Países de alto risco*** As instituições financeiras deveriam estar obrigadas a aplicar medidas reforçadas de devida diligência acerca do cliente para relações de negócios e transações com pessoas físicas e jurídicas e instituições financeiras de países onde as Recomendações GAFI assim o exigirem. O tipo de medida reforçada de devida diligência aplicada deverá ser efetivo e proporcional aos riscos. Os países deveriam estar aptos a aplicar contramedidas adequadas quando solicitados pelo GAFI. Os países deveriam estar aptos a aplicar contramedidas independentemente de qualquer solicitação do GAFI a esse respeito. Tais contramedidas deveriam ser efetivas e proporcionais aos riscos." Tradução pelo COAF, Disponível em <http://www.coaf.fazenda.gov.br/pld-ft/novos-padroes-internacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-da-proliferacao-as-recomendacoes-do-gafi-1>. Acesso em: 27 jul. 2015.

[301] DE CARLI, 2012, p. 163.

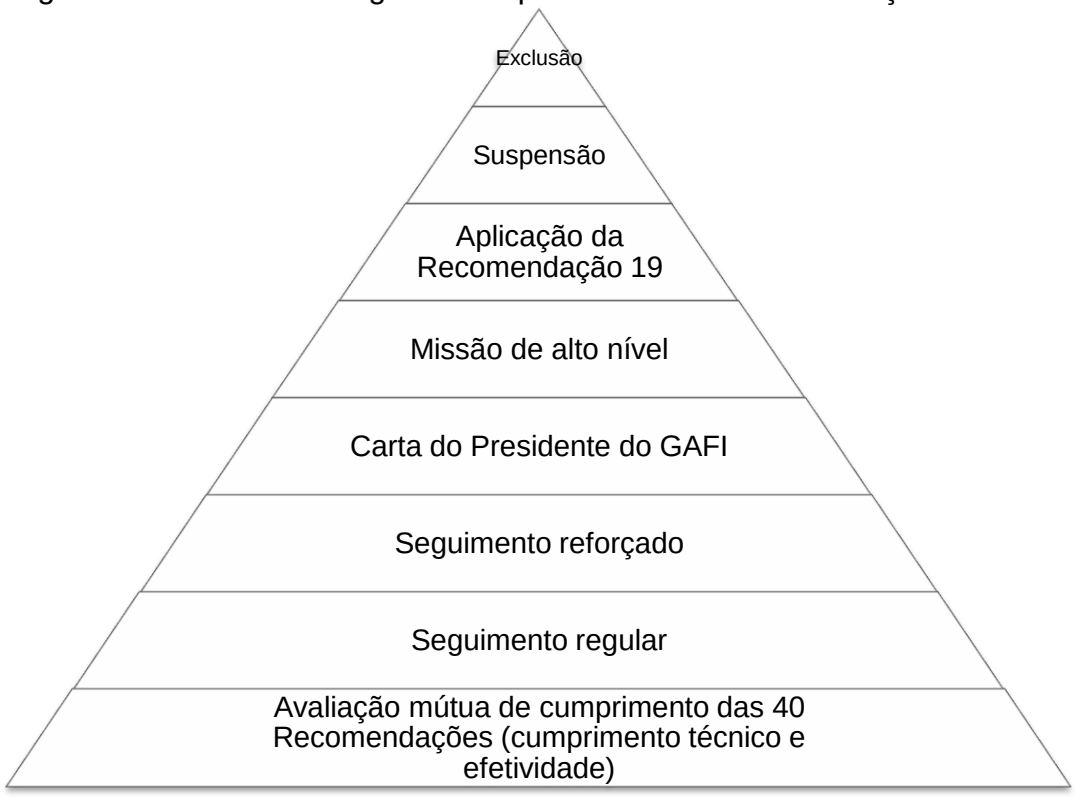
[302] PIO CORRÊA, 2013, p. 43 e p. 162.

Uma característica interessante da atuação do GAFI é que ele espera o cumprimento das 40 Recomendações tanto de países membros como de países não-membros. A razão para isso é o fato de todos estarem inseridos dentro do sistema financeiro internacional; portanto, operações de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo que ocorrem num país que apresenta deficiências em seu sistema legal e regulatório trazem risco aos demais países e ao sistema financeiro internacional como um todo.[303] As exigências de compliance com os padrões do GAFI, na prática, fazem com que os países elaborem ou alterem leis e regulamentos, reforcem estruturas de fiscalização, criem agências voltadas à prevenção da lavagem da dinheiro e do financiamento do terrorismo, além de, num efeito cascata, exigirem de seus nacionais - instituições financeiras e não financeiras, bem como de setores e atividades designados - o cumprimento (compliance) dessas normas legais e regulamentares.[304]

Caso apliquemos a pirâmidade regulatória de Ayres e Braithwaite[305] ao sistema do GAFI, teremos a seguinte configuração:

[303] DE CARLI, 2012, p. 162-163.
[304] No caso brasileiro, os setores regulados, obrigados aos deveres de compliance, estão arrolados no artigo 9º da Lei nº 9.613/98.
[305] Referida ao final do tópico anterior.

Figura 2 - Pirâmidade Regulatória aplicada ao modelo de sanções do GAFI



Fonte: A autora, com base nas etapas do processo retiradas do documento Procedures for the FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations

Para exemplificar o funcionamento desse sistema, pode-se lembrar a situação da Turquia, que foi objeto da aplicação de pressão progressiva pelo GAFI. Já em 1995 havia preocupação com as deficiências no sistema antilavagem de dinheiro do país. Em 1996 o GAFI enviou carta a Ministros turcos; posteriormente, houve a visita do Presidente, acompanhado de representantes de delegações de países membros (missão de alto nível), que se reuniu com altos funcionários do governo. Em setembro do mesmo ano o GAFI determinou a aplicação da Recomendação 21 (à qual corresponde a Recomendação 19, na versão de 2012 das 40 Recomendações). Em novembro a Turquia aprovou a lei de prevenção à lavagem, e em dezembro foi suspensa a aplicação da Recomendação 21.[306]

A situação com a Áustria foi um pouco mais longe: apesar de ser membro fundador do GAFI, relutava em eliminar contas anônimas de poupança (o que tornaria possível a ocultação do real proprietário dos valores nelas depositados). O GAFI aplicou a Recomendação 21 em fevereiro de 1999, pedindo às instituições

[306] PIO CORRÊA, 2013, p. 127.

financeiras a máxima atenção em relação a transações financeiras com bancos austríacos, que, à época, eram destino preferencial de fundos de origem duvidosa, provenientes da antiga União Soviética e do Leste Europeu. Em fevereiro de 2000 o GAFI ameaçou suspender a Áustria, caso até junho do mesmo ano a questão não estivesse resolvida. Em novembro foram aprovadas leis extinguindo as contas de poupança anônimas e adotando medidas de fortalecimento ao sistema antilavagem austríaco.[307]

A Argentina foi outro país membro sobre o qual foram aplicadas, escalonadamente, as etapas de pressão pelo GAFI. No processo de avaliação mútua da 3ª rodada (quando havia 40 recomendações sobre lavagem de dinheiro e 9 recomendações especiais sobre o financiamento do terrorismo), das 49 recomendações, o país não conseguia cumprir, minimamente, 47. Das 16 consideradas essenciais (core and key), ele não cumpria nenhuma. Em razão desse resultado, a Argentina passou a ser submetida a duplo e rigoroso processo de monitoramento: pela Plenária, o seguimento reforçado (enhanced follow-up), e, pelo ICRG (International Cooperation Review Group, que faz parte do GAFI), o "targeted review". Seria necessário aprovar, até junho de 2011, uma legislação que sanasse as deficiências mais básicas. Além disso, o GAFI demandava um plano de ação detalhado, com medidas que o governo pretendia adotar, exigindo-se o comprometimento de altas autoridades do país (em nível de ministério). Às vésperas da reunião plenária de junho de 2011, a Argentina conseguiu aprovar, em curtíssimo espaço de tempo, importante legislação antilavagem de dinheiro. Ainda assim o país foi incluído na lista "cinza". Remanescia a necessidade de uma lei que criminalizasse o financiamento do terrorismo. Havia delegações que sustentavam a necessidade de se aplicar a Recomendação 21, com a ameaça de suspensão do GAFI.[308] A Argentina continuou trabalhando para sanar as deficiências em seu sistema antilavagem e contra o financiamento do terrorismo, aprovando novas leis, até que, em 2014, foram reconhecidos seus esforços na declaração "Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process – 24 October 2014". Neste documento, o GAFI afirmou que o país não estava mais sujeito a esse processo de monitoramento, e que havia conseguido estabelecer um quadro legal e regulatório

[307] PIO CORRÊA, 2013, p. 127.
[308] Ibid., p. 210-214.

de acordo com o plano de ação apresentado, sanando assim as deficiências detectadas no relatório de avaliação mútua de 2011.[309]

Em 2012, o GAFI revisou, pela terceira vez, o texto das 40 Recomendações[310], incorporando definitivamente a ideia de enfoque baseado no risco: os países devem, inicialmente, identificar, avaliar e entender os riscos de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa aos quais estão expostos; e então adotar medidas adequadas para mitigar esses riscos. O enfoque baseado no risco (risk-based approach) permite que os países adotem, dentro da moldura dos requerimentos do GAFI, as medidas preventivas que forem mais adequadas à natureza dos riscos, de modo a priorizar seus esforços da maneira mais efetiva.[311] A revisão das recomendações levou em consideração contribuições advindas do diálogo com o setor privado (inclusive alguns setores regulados), com a sociedade civil e outros interessados na integridade do sistema financeiro internacional.

Os padrões internacionais (FATF Standards) compreendem o texto das 40 Recomendações (que integram, na versão de 2012, os temas da lavagem de dinheiro, do financiamento do terrorismo e do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa), as Notas Interpretativas e o Glossário. Os setores cobertos são a) as políticas e a coordenação da prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo; b) lavagem de dinheiro e confisco; c) financiamento do terrorismo e financiamento da proliferação; d) medidas preventivas; e) transparência e identificação do real proprietário (beneficial ownership) de pessoas jurídicas e arranjos legais; f) poderes e responsabilidades de autoridades competentes e outras medidas institucionais; e g) cooperação internacional. Esses padrões devem ser implementados por todos os membros do GAFI e dos Grupos Regionais Estilo-GAFI.[312]

---

[309] Disponível em <http://www.fatf-gafi.org/topics/key/fatf-compliance-oct-2014.html>. Acesso em: 27 jul. 2015.

[310] A primeira versão é de 1990; a segunda, de 1996; a terceira, de 2003, e a quarta, de 2012.

[311] Introdução das 40 Recomendações (Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>. Acesso em: 27 jul. 2015).

[312] Para a conhecer a composição do GAFI, bem como os Grupos Regionais Estilo-GAFI (Associate Members) ver <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/>.

A implementação dos padrões – ou o nível de compliance com esse referencial – é medida em processo de avaliações mútuas, realizadas pelo GAFI ou pelos Grupos Regionais Estilo-GAFI, assim como nos processos de avaliação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, com base em metodologia comum, estabelecida pelo GAFI. A sistemática de avaliação ficou ainda mais complexa, na nova Metodologia: dividiu-se, por um lado, o cumprimento técnico (basicamente, a existência de normas legais, regulamentares e a existência de poderes e procedimentos para autoridades competentes pela prevenção e pela repressão das condutas delitivas) e, por outro, a efetividade do sistema (se – e em que grau – o sistema existente funciona, e quais resultados, efetivamente, alcança).[313]

O objetivo principal a ser atingido pela implementação das medidas antilavagem de dinheiro e contra o financiamento do terrorismo[314] é que "Financial systems and the broader economy are protected from the threats of money laundering and the financing of terrorism and proliferation, thereby strengthening financial sector integrity and contributing to safety and security".[315] Esse objetivo de alto nível (High-Level Objective) é fracionado em três resultados intermediários (Intermediate Outcomes), representando os objetivos temáticos maiores, que são: 1) políticas, coordenação e cooperação mitigam os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo; 2) bens e valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes, ou fundos utilizados para financiar o terrorismo deixam de entrar no sistema financeiro ou em outros setores da economia, ou são percebidos e 'reportados' por esses setores; e 3) ameaças de lavagem de dinheiro são detectadas e a lavagem é interrompida, os criminosos são punidos e privados dos recursos ilicitamente obtidos, terroristas são privados de recursos, e aqueles que financiam o

[313] A Metodologia de fevereiro de 2013 pode ser consultada em <http://www.fatf-gafi.org/topics/fatfrecommendations/documents/fatfissuesnewmechanismtostrengthenmoneylaunderingandterroristfinancingcompliance.html>. Para comparar com a antiga forma de avaliação, ver DE CARLI, 2012, p. 157-164; e DE CARLI, 2013a, p. 222-225. Ainda sobre o GAFI e a relevância de seu papel, na criação e na promoção das políticas antilavagem de dinheiro e contra o financiamento do terrorismo, como uma forma de proteção ao sistema financeiro global, ver DE CARLI, 2013b, p. 31-44.

[314] AML/CFT, em inglês, ou ALD/CFT, em português.

[315] Sistemas financeiros e a economia, em sentido amplo, estão protegidos contra as ameaças de lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo, deste modo reforçando a integridade do setor financeiro e contribuindo para a proteção e a segurança. Tradução nossa. Methodology for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the effectiveness of AML/CFT systems, p. 14.

terrorismo são punidos, desta forma contribuindo para a prevenção de atos terroristas.

A avaliação do grau de alcance dos três resultados intermediários, e, ao final, do objetivo principal, é feita pelo exame de 11 (onze) resultados imediatos (Immediate Outcomes, ou IOs). É este exame, o do alcance dos resultados imediatos, que caracteriza a etapa da avaliação da efetividade do sistema antilavagem e contra o financiamento do país, e que foi desenvolvido pelo GAFI de forma inovadora. Os assuntos a que se referem os onze objetivos imediatos são: IO1) risco e coordenação; IO2) cooperação internacional; IO3) supervisão; IO4) medidas preventivas; IO5) beneficiário final; IO6) inteligência financeira; IO7) investigação e persecução penal da lavagem de dinheiro; IO8) confisco; IO9) investigação e persecução penal do financiamento do terrorismo; IO10) prevenção do financiamento do terrorismo; e IO11) financiamento da proliferação.

A medição do grau de compliance, ou da efetividade de um sistema ou programa de compliance, é tarefa complexa, e o GAFI tem atraído a atenção de outras organizações internacionais, interessadas em conhecer sua nova metodologia. A sistemática de avaliação da efetividade do compliance de um país em relação aos padrões internacionais antilavagem de dinheiro pode fornecer elementos para a construção de uma metodologia de avaliação do compliance de empresas em relação aos padrões internacionais anticorrupção, o que tentaremos delinear, minimamente, no último capítulo.

A pressão exercida pelo GAFI sobre os países é, no que cabe, por eles transferida aos setores obrigados, por meio da legislação e pelas normas infralegais emitidas pelos reguladores. Assim, a Lei 9.613/98 submete o setor financeiro e as atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) às obrigações de compliance (art. 9º). O Banco Central do Brasil (BACEN) consolida atualmente na Circular 3.461 as regras sobre os procedimentos a serem adotados pelas instituições financeiras e demais instituições por ele autorizadas a funcionar. O mesmo é feito pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) na Instrução 301/99, com relação às pessoas que se encontrem sob sua disciplina e fiscalização. A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) dispõe, na Circular 445/12, sobre

os controles internos a serem adotados no mercado de seguros. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) disciplina, na Resolução nº 24/13, os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador. O Ministério da Previdência Social (PREVIC) estabelece, por meio da Instrução 18/14, as orientações e procedimentos a serem adotados pelas entidades fechadas de previdência complementar. Outros reguladores procedem da mesma maneira – o Conselho Federal de Contabilidade (CFC), o Conselho Federal de Corretores Imobiliários (COFECI), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), etc; disciplinando os controles e procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas e jurídicas sujeitas à sua fiscalização, para a prevenção da lavagem de dinheiro.[316]

Exemplificativamente, a Recomendação 10 do GAFI, relativa à devida diligência acerca do cliente e a manutenção de registros está refletida no inciso I, §2º, do art. 1º e art. 2º, da Circular BACEN 3.461; nos arts. 1º e 3º da Instrução CVM 301/99; no art. 7º da Circular SUSEP 445/12; nos arts. 4º e 8º da Resolução COAF 24/13; e nos arts. 5º e 9º da Instrução PREVIC 18/14.

A Recomendação 12 do GAFI, que estabelece a obrigação da adoção de diligência reforçada e identificação da origem dos fundos envolvidos em transações de clientes considerados Pessoas Politicamente Expostas (PEPs) está contemplada no art. 4º e inciso II, do art. 10, da Circular BACEN 3.461; nos incisos II a VI do art. 3º-A e no art. 3º-B da Instrução CVM 301/99; nos arts. 4º e 9º, da Circular SUSEP 445/12; na alínea “f”, inciso I, do art. 4º da Resolução COAF 24/13; e nos arts. 3º, 4º a 8º da Instrução PREVIC 18/14.

A obrigação de comunicação de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo à Unidade de Inteligência Financeira (UIF) – Recomendação 20 –, bem como a obrigação de confidencialidade dessas comunicações, resguardando-se as instituições financeiras, seus diretores, funcionários e empregados de responsabilização civil e administrativa no caso de comunicações de boa-fé – Recomendação 21 – encontram-se previstas nos arts. 12,

[316] Todas estas normas estão disponíveis no site do COAF, em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas>. Acesso em: 23 jan. 2016.

13 e 14 da Circular BACEN 3.461; nos arts. 6º e 7º da Instrução CVM 301/99; no art. 14 da Circular SUSEP 445/12; nos arts. 9º, 10 e 17 da Resolução COAF 24/13; e no art. 11 da Instrução PREVIC 18/14.

A obrigação de "especial atenção" (significando monitoramento contínuo reforçado, mediante a adoção de procedimentos mais rigorosos para a apuração de situações suspeitas, bem como a análise com vistas à verificação da necessidade de comunicação das operações ao COAF) para as operações oriundas ou destinadas a países ou territórios que apliquem insuficientemente as recomendações do GAFI, de acordo com as informações que são divulgadas pelo Banco Central do Brasil, é prevista no inciso V do art. 10 da Circular BACEN 3.461. Essa medida internaliza e dá força às listas publicadas pelo GAFI ao final de cada reunião plenária, quando são identificados os países e jurisdições de alto risco, bem como a dissemina a orientação para a aplicação de contramedidas, de acordo com a Recomendação 19.

2.6 A PRIVATIZAÇÃO DA LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO – FCPA E OUTROS TRATADOS

O compliance com as normas anticorrupção é fortemente influenciado pela legislação norte-americana. Muito do que se observa hoje no plano internacional decorre de uma política criminal iniciada no final dos anos 70 do século XX. Após o escândalo de Watergate, a SEC – Securities Exchange Commission nos Estados Unidos - descobriu que empresas norteamericanas haviam pago milhões de dólares em subornos, para corromper funcionários públicos estrangeiros. A SEC reportou que dinheiro de "caixa 2" de empresas estava sendo usado para fazer contribuições de campanha ilegais nos Estados Unidos e para o pagamento de propinas no exterior. Além disso, as empresas estavam falsificando seus registros contábeis para ocultar esses pagamentos. Em resposta a esse escândalo, que manchou a reputação das empresas americanas e prejudicou o eficiente funcionamento dos mercados, além de prejudicar a política externa do país, o Congresso norte-americano elaborou, em 1977, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).[317]

[317] FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. **A resource guide do the U.S. Foreign Corrupt Practices Act.** Disponível em: <www.justice.gov/ criminal/fraud/fcpa and

Para Pieth, a edição desta lei marca o primeiro passo importante no enfrentamento da corrupção comercial transnacional. As práticas das empresas americanas que adquiriram negócios localmente ou em outros países por meio de corrupção de funcionários públicos estrangeiros foram expostas pela investigação do procurador especial que examinou as contribuições à campanha para a reeleição do Presidente Nixon. Em reação às demandas da sociedade, a SEC lançou um programa de *disclosure,* anunciando anistia para as empresas que revelassem ter realizado pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros, desde que se comprometessem também a adotar procedimentos internos de compliance anticorrupção. A extensão das revelações foi chocante: mais de 400 empresas, dentre as quais 100 entre as maiores do mundo, confessaram ter pago propinas substanciais no passado. A administração do Presidente Ford sugeriu então uma legislação que exigisse das empresas americanas a revelação do pagamento de subornos. Foi apenas na administração do Presidente Carter, entretanto, que a legislação criminalizando o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros e exigindo controles e supervisão dos requerimentos de auditoria e contabilidade foi editada, entrando em vigor em dezembro de 1977.[318]

Essa lei trouxe duas grandes inovações: a preocupação em sancionar apenas o lado da oferta da corrupção (as empresas) e sua aplicação extraterritorial. A lei americana é aplicada a empresas americanas e também às estrangeiras que forem listadas na bolsa de valores nos Estados Unidos (tanto ações como American Depository Receipts – ADRs), ou se os negócios forem feitos no mercado de balcão (over-the-counter market) nos Estados Unidos, sendo a empresa obrigada a reportar à SEC.

Em 1988 o FCPA foi revisto, para incluir duas possibilidades de defesa (affirmative defenses[319]): a defesa da legislação local e a defesa da boa-fé (the reasonable and bona fide promotional expense defense). O Congresso Americano,

---

www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2015, p. 3.

[318] PIETH, Mark. Introduction. In: PIETH, Mark; LOW, Lucinda A.; CULLEN, Peter J. **The OECD Convention on Bribery:** a commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 6-7.

[319] *Affirmative defense* é aquela que serve de base para a prova de fato novo; neste tipo de defesa, o réu não pode simplesmente negar uma acusação, ele deve oferecer prova nova para evitar um julgamento que o desfavoreça; o réu precisa alegar esta defesa em sua resposta, e ele tem o ônus da prova em relação ao fato alegado. Tradução nossa. (AFFIRMATIVE defense. In: BARRON'S Law Dictionary. 5. ed. New York: Steven H. Gifis, 2003, p. 135).

na mesma ocasião, encarregou o Presidente dos Estados Unidos de negociar um tratado internacional com os países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), para proibir o pagamento de propinas em transações comerciais internacionais por muitos dos parceiros de negócio Americanos, até porque, num primeiro momento, o FCPA colocava as empresas americanas em desvantagem em relação aos concorrentes internacionais.[320]

Foi apenas depois da emenda de 1988 que se alcançou um consenso interno quanto à lei. Até então os debates haviam sido intensos e as tentativas de emenda em 1980, 1981, 1983 e 1985 não lograram êxito. Os estudos preliminares sobre os impactos do FCPA nas empresas americanas apontaram um custo alto com o compliance. Parte do problema, contudo, relacionava-se mais à falta de orientação sobre as obrigações de controle interno do que com a lei em si. Também se evidenciou a percepção das empresas de que a adoção de uma legislação internacional contra a corrupção iria nivelar a concorrência no mercado internacional para as empresas americanas (as quais, até então, eram as únicas obrigadas a se abster de corrupção transnacional). De acordo cm Anyu, estudos posteriores indicaram um ganho, a longo prazo, pela adoção da FCPA, sobre os problemas enfrentados inicialmente pelas empresas americanas.[321]

Com efeito, para que uma política possa efetivamente regular o comportamento de corporações transnacionais é geralmente necessário: 1) que exista um nível de consenso razoável entre os atores políticos ; 2) que a política seja responsiva às necessidades domésticas e de política externa que impulsionaram a edição da lei, e; 3) que a política escolhida regule as oportunidades econômicas internacionais de forma a não afetar a concorrência de maneira desfavorável com as as empresas do país que criou a lei.[322]

As negociações dos Estados Unidos para a adoção de um tratato internacional anticorrupção preferiram a OCDE em parte em razão dos procedimentos já estabelecidos de peer review e peer pressure, mas também por

[320] PIETH, 2007, p. 8.
[321] ANYU, J. Ndumbe. **The foreign corrupt practices act:** a catalyst for global corruption reform. Baltimore: Publishamerica, 2006, p. 191, p. 198-191.
[322] Ibid., p. 192-193.

ser esta organização – que congrega as principais nações exportadoras e de investimento – a mais adequada ao desenvolvimento de regras internacionais sobre suborno transnacional.[323] Na realidade, a OCDE já adotara iniciativas relacionadas à prevenção da corrupção – em 1976 publicou um guia para empresas multinacionais (Guidelines for Multinational Enterprises). O trabalho de grupos no âmbito da OCDE, para estudo das legislações nacionais sobre a matéria, bem como a de propostas para ações concretas levou, em 1994, à adoção de uma Recomendação aos Estados Partes da organização, no sentido de adotarem medidas efetivas para deter, prevenir e combater o suborno de funcionários públicos estrangeiros, no âmbito de transações comerciais internacionais. A recomendação não é juridicamente vinculante, mas teve grande impacto político, porque foi o primeiro documento internacional em que os Estados assumiram um compromisso público de adotar medidas concretas para atingir o objetivo e concordaram com um mecanismo de monitoração da implementação da recomendação.[324]

O Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE (WGB, Working Group on Bribery) trabalhou sob a premissa de que a melhor maneira de harmonizar normas entre sistemas jurídicos diferentes seria pelo uso da soft law. Entretanto, países como a França e a Alemanha entendiam que a exigência de criminalização estaria melhor colocada dentro de um instrumento juridicamente vinculante. Assim, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi finalizada e assinada em 17 de dezembro de 1997 em Paris, quatro anos após a decisão de adotar a recomendação.[325]

A Convenção da OCDE adota a mesma lógica do FCPA: preocupa-se somente com a corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais; exige que os Estados responsabilizem o lado da oferta da corrupção nas operações comerciais internacionais, as pessoas jurídicas; recomenda a aplicação extraterritorial da jurisdição para o processo de nacionais por delitos cometidos no exterior, e ocupa-se ainda da contabilidade das pessoas

[323] PIETH, 2007, p. 10.
[324] Ibid., p. 11-13.
[325] Ibid., p. 15.

jurídicas, determinando aos Estados-parte que proíbam o caixa dois, o registro inadequado de operações, ou de despesas inexistentes, bem como o uso de documentos falsos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção. Quanto aos funcionários corruptos, sua responsabilização deverá ocorrer no país onde exercem suas funções, com base no direito doméstico.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada em 2003, é um documento internacional bastante mais amplo, que impõe aos Estados Partes a obrigação de criminalizar, investigar e punir tanto a corrupção ativa como a passiva de funcionários públicos nacionais (artigo 15), assim como o suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas (artigo 16). A Convenção também exige a responsabilização das pessoas jurídicas por sua participação nos delitos de corrupção, na esfera penal, civil ou administrativa, sem prejuízo da responsabilidade penal que caiba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos (artigo 26).

A Convenção impõe ainda aos Estados Partes a obrigação da adoção de medidas no setor privado, destinadas a prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria, com a necessária sanção (civil, administrativa ou penal) em caso de descumprimento dessas medidas. Essas medidas poderão consistir, entre outras, na promoção da formulação de normas e procedimentos destinados a salvaguardar a integridade das empresas, incluindo a elaboração de códigos de conduta para o correto exercício das atividades comerciais, a promoção de boas práticas entre as empresas e em suas relações contratuais com o Estado; na promoção da transparência, principalmente na identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas na constituição e na gestão das empresas; além de velar para que as empresas disponham de suficientes controles internos contábeis e pela adoção de procedimentos de auditoria e certificação (art. 12).

Tanto a Convenção da OCDE como a Convenção da ONU possuem mecanismos de monitoração de compliance. Na OCDE, os procedimentos são conduzidos pelo WGB (Working Group on Bribery) e funcionam na sistemática de

peer review, sendo estruturados em fases.[326] A Tour de Table é conduzida quatro vezes ao ano, onde os relatórios de acompanhamento dos países são apresentados e submetidos às críticas do WGB. Os relatórios são publicados na página da OCDE na internet. Os Estados-parte presentes nessas reuniões podem formular perguntas quanto a casos concretos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, mas esta parte do trabalho permanence confidencial. A avaliação de um país é conduzida por uma equipe de dois países signatários, escolhidos em razão de sua proximidade geográfica, cultural, e de similitude com o sistema jurídico.[327] A Fase 1 é responsável por avaliar o cumprimento abstrato com a Convenção, pela edição de normas legais necessárias para implementá-la. A Fase 2 dedica-se a avaliar a aplicação prática da Convenção e da Recomendação, entrando em detalhes como as estruturas e os recursos que os países têm para investigar casos de suborno transnacional, o nível de treinamento de seus profissionais, etc. Esta etapa inclui visita ao país para obter de diversas autoridades e representantes do setor privado, informações necessárias para as conclusões do relatório. A Fase 3 aprofunda ainda mais o exame do país. Atualmente discute-se a metodologia e o objeto Fase 4. As fases podem se desenrolar de maneira concomitante no WGB porque são aplicadas sucessivamente a cada país. Países que aderem posteriormente à Convenção começam a avaliação pela Fase 1, e cumprem, depois, as fases subsequentes.[328]

Na Convenção da ONU contra a Corrupção, os procedimentos para avaliar o compliance ficam a cargo da Conferência dos Estados Partes, estabelecida em cumprimento ao artigo 63 da convenção[329] As avaliações da convenção, que é conhecida em inglês pela sigla UNCAC (United Nations Convention against Corruption) realizam-se em ciclos. Em 2015 encerrou-se o primeiro ciclo, centrado no capítulo III da Convenção (criminalização da corrupção e aplicação da lei) e IV (cooperação internacional).[330]

---

[326] Como explicitado em <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininternationalbusinesstransactions.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

[327] SARAIVA, Wellington Cabral. Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção. In: TEMAS de cooperação internacional. Brasília: MPF, 2015, p. 176-177.

[328] PIETH, 2007, p. 31-

[329] O funcionamento da Conferência e os mecanismos de avaliação da implementação da Convenção são descritos em <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html>. Acesso em: 31 ago. 2015.

[330] SARAIVA, 2015, p. 181.

No âmbito regional, na Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (a qual precede cronologicamente as convenções da OCDE e da ONU) o mecanismo de acompanhamento de implementação é o MESICIC (Mecanismo de Seguimiento de la Implantación de la Convención Interamericana contra la Corrupción). A Conferência dos Estados Partes supervisiona o processo de avaliação dos países, que é realizado pela Comissão de Peritos. Ao final de cada rodada de avaliações, é aprovado e divulgado o relatório hemisférico sobre o estado de aplicação da convenção no continente americano.[331]

Os instrumentos internacionais contra o suborno transnacional são dirigidos aos Estados Partes, que devem implementar e garantir a aplicação dos padrões estabelecidos na convenção. O objetivo final, segundo Pieth, não é o de alcançar o maior número possível de corruptores, mas sim o de impedir que as empresas permitam-se utilizar comercialmente do suborno; a ideia é a de que elas percebam que, com isso, expõem-se a sérios riscos materiais e reputacionais. A ameaça da sanção – inclusive a criminal – deve servir para induzir à adoção de programas de compliance significativos.[332]

A Inglaterra editou o “The Bribery Act” em 2010, para, dentre outras razões, atender às críticas da OCDE quanto ao cumprimento da Convenção e sanar deficiências em sua legislação anticorrupção. Por meio desta lei, foi criminalizada a oferta de suborno a funcionário público estrangeiro. Mas a lei aborda também todas as formas de corrupção doméstica, tanto ativas como passivas. À semelhança do FCPA e da Convenção da OCDE, o Bribery Act tem aplicação extraterritorial: não apenas a empresas incorporadas no Reino Unido ou nacionais do Reino Unido, mas também a companhias estrangeiras que tenham negócios no Reino Unido, para transações que ocorram dentro ou fora deste território. A disposição mais controversa da lei, sem dúvida, é a prevista no artigo 7, que cria o tipo penal de falha de uma empresa comercial em evitar a corrupção.[333]

---

[331] SARAIVA, 2015, p.178.
[332] PIETH, 2007, p. 37-38.
[333] BLACKSTONE’S Guide to The Bribery Act 2010. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3-4

O artigo 9 da lei determina que o Secretário de Estado deveria publicar um Guia para as empresas comerciais que desejem estabelecer procedimentos para a prevenção da corrupção; isso foi feito em março de 2011, pouco antes do Bribery Act entrar em vigor, em julho do mesmo ano. Esse documento deixa claro que uma linha de defesa para a pessoa jurídica acusada dos delitos previstos na lei é a de que, a despeito do ato de corrupção ocorrido, a empresa tinha procedimentos adequados para prevenir que pessoas a ela associadas oferecessem suborno, ou seja, que possuía mecanismos ou um programa de compliance. O guia explicita a política pública do Reino Unido com relação ao artigo 7 e fixa seis princípios que informam o compliance adequado das empresas submetidas à lei. Esses princípios serão estudados no último capítulo.[334]

Ao refletir sobre o marco global anticorrupção, Nieto Martín discorre sobre esta nova estratégia da enfrentamento da criminalidade, que se caracteriza, no âmbito regulatório, por ser uma das demonstrações mais claras do exemplo regulador da *global law*: confluência de organizações internacionais, que trabalham em rede com atores públicos e privados (empresas multinacionais) e utilizam, para alcançar seus objetivos, ferramentas normativas procedentes do *hard law,* do *soft law* e da autorregulação empresarial.[335]

O autor afirma que o modelo de prevenção da corrupção, adotado a partir da lei americana (FCPA), e cujo projeto mais bem acabado é o UK Bribery Act, significa uma transferência às empresas do trabalho de prevenção e descoberta de delitos, bem como da imposição de auxílio ao Estado, nesta tarefa. Seja através da responsabilidade vicarial, seja por meio da responsabilidade pela culpabilidade própria da empresa, o que se quer é que ela ponha em marcha um sistema policial interno que impeça a comissão de delitos como a corrupção, e, caso tenham sido cometidos, que se os descubra e os puna.[336]

---

[334] O guia está disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2015.

[335] NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013a, p. 193.

[336] Ibid., p. 201-202.

2.6.1 A legislação anticorrupção como indutora da adoção de mecanismos e programas de compliance (e seu enforcement): plea agreements, NPAs, DPAs e acordos de leniência

A existência de mecanismos ou de um programa de compliance pode consistir numa linha de defesa de uma empresa, dependendo da legislação adotada. Entretanto, a efetiva aplicação da lei (enforcement) é fundamental para que ela possa produzir o efeito de regular o comportamento dos agentes econômicos.

Um princípio jurídico utilizado na aplicação da legislação anticorrupção norte-americana (FCPA) é o *respondeat superior*, segundo o qual um simples empregado ou agente pode expor uma organização empresarial à responsabilidade civil e criminal, mesmo que sua conduta tenha sido contrária à política de compliance existente na empresa, ao tempo dos fatos.[337]

O Manual da U.S. Sentencing Commission que guia a aplicação das penas impostas às pessoas jurídicas (Chapter Eight – Sentencing of Organizations) lista seis fatores a serem considerados para a dosimetria da pena de uma organização. Quatro deles são agravantes e dois, dirimentes. A existência de um programa de compliance efetivo é um dos fatores que podem mitigar a pena. A revelação do fato delitivo às autoridades, a colaboração e a aceitação de responsabilidade constituem o segundo fator de redução da pena. Todavia, a auto-denúncia e a colaboração com as autoridades são mais valorizadas (reduzem 5 pontos no cálculo da pena) do que a existência de um programa de compliance (reduzem 3 pontos apenas).[338]

Na prática, a maioria das investigações ou persecuções penais contra empresas, por violação do FCPA, são encerradas ou suspensas em razão de acordos de não-persecução (NPAs – Non-Prosecution Agreements) ou de suspensão das ações penais (DPAs – Deferred Prosecution Agreements). De acordo com Koehler, até 2014 somente em dois casos as empresas não fizeram acordo e preferiram deixar que o Departamento de Justiça arcasse com o ônus de

[337] KOEHLER, Mike. **The foreign corrupt practices act in a new era.** Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 47.

[338] UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines manual.** 2014. Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8C2.5.(f) (g). Disponível em:<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>. Acesso em: 26 jan. 2016.

provar as acusações. Em ambos (Harris Corporation e Lindsey Manufacturing Enforcement) a tese da acusação não prevaleceu.[339]

No bojo desses acordos, frequentemente existem cláusulas destinadas a impor às empresas a obrigação de implementar programas de compliance ou de reforçar e aperfeiçoar programas já existentes. Mais recentemente, é prevista também a figura de um *compliance monitor*, para acompanhar e avaliar o cumprimento do pacto. Até 2012, 33 empresas receberam monitores de compliance.[340]

Os acordos incluem essas cláusulas impondo uma condição que poderia ser aplicada judicialmente, caso a empresa fosse condenada. De acordo com o Manual da Sentencing Commission a sentença de *probation* poderá ser imposta, entre outros casos, quando a empresa tiver mais do que cinquenta empregados ou quando lhe era exigido, por lei, possuir um programa de ética e de compliance efetivo, e a empresa não tinha, ao tempo da sentença, esse programa.[341] A empresa deverá então apresentar à corte o planejamento de um programa de compliance e ética que esteja de acordo com os critérios estabelecidos no Manual da Sentencing Commission (§8B2.1), com um cronograma de implementação. Ela poderá ficar sob supervisão por até cinco anos.

O manual dos procuradores federais norte-americanos a respeito dos princípios para a persecução penal de empresas considera que a exigência de implementação de um programa de compliance ou a reforma do existente é condição válida num acordo de reconhecimento de culpa com a empresa (plea agreement) porque denota o esforço de reabilitação e o compromisso de manter-se

---

[339] Segundo o autor, o primeiro acordo de não-persecução (NPA) foi utilizado em 2004 no caso da empresa InVision Technologies. Desde então, NPAs e DPAs foram utilizados em 85% dos casos de violações do FCPA. Em 2012, 100% dos casos relacionados ao FCPA foram resolvidos por meio desses acordos. (KOEHLER, 2014, p. 60-61).

[340] FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil:** como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais? 2015. 282 f. Tese (Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 150.

[341] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Sentencing Commission. **Guidelines manual.** 2014. Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8C2.5.(f) (g). Disponível em:<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>. Acesso em: 26 jan. 2016.

fiel à lei, no futuro. [342]

Os DPAs e os NPAs, contudo, não se enquadram no tradicional processo de negociação de acordos de culpa (plea-bargaining process). Por meio deles, uma empresa negocia e aceita uma combinação de restituição, sanções monetárias e outras medidas de governança ou reformas estruturais, sem declarar-se, contudo, culpada dos crimes[343], o que lhe traz uma vantagem.

Além disso, os acordos eliminam ou reduzem o risco de uma condenação criminal, o que traria efeitos deletérios à imagem e aos negócios. São, portanto, firmados em razão de uma política de aversão a risco das empresas, que preferem negociar multas elevadas, porém menores do que as que seriam impostas em uma decisão judicial. Outro fator positivo, do ponto de vista das empresas, é que os acordos evitam as consequências acessórias de uma condenação criminal, como a proibição de contratar com a administração pública.

Tal como os plea agreements, os NPAs e os DPAs são formas de resolução de conflitos através das quais tanto o governo norte-americano como as empresas evitam os custos de um processo judicial.[344] A redução dos custos (de provar o crime, para a acusação; da defesa judicial, para a empresa), assim como a redução das incertezas (de uma condenação, para a acusação; da magnitude das penas e dos efeitos adversos decorrentes de uma investigação criminal ou de uma possível condenação, para a imagem da empresa) são motivos que explicam o uso crescente desses institutos.

Uma característica desses acordos, entretanto, é a ausência de controle judicial significativo[345], o que os torna alvo de severas críticas. Koehler explica que o

---

[342] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Offices of the United States Attorneys. U.S. **Attorney's manual.** Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, 9-28.1500. Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 26 jan. 2016.

[343] 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, p. 537-593, 2015, p. 537.

[344] Ibid., p. 544.

[345] Enquanto os NPAs são firmados apenas entre a acusação e a defesa, os DPAs são propostos ao juiz – na realidade, o procurador acusa a empresa (files charges) - entretanto, costumam ser homologados sem quaisquer alterações. Uma exceção parece ser o caso United States v. HSBC

FCPA é uma das poucas legislações de atribuição exclusiva do Departamento de Justiça dos Estados Unidos; portanto, do ponto de vista de supervisão e de discricionariedade, poucos indivíduos “aplicam” o FCPA atrás de portas fechadas, em Washington D.C., sem que o judiciário possa construir os parâmetros de aplicação.[346]

Outras críticas sustentam que os acordos violam o princípio da separação dos poderes, pois transformam os procuradores em juízes ou júris.[347] Brandon questiona a eficácia dos acordos firmados com grandes empresas americanas, afirmando não estar claro o que os procuradores ganham em troca da leniência: apenas 63% exigiam alguma forma de programa de compliance; somente um quarto deles determinava o uso de monitores independentes para supervisionar o compliance, e um número menor de acordos exigia a avaliação da efetividade do compliance. O autor não considera possível que a cultura de uma empresa possa ser mudada em dois anos, que é a média de tempo em que duram esses acordos.[348]

Em 2014, o Departamento de Justiça norte-americano aceitou o plea agreement da Avon Products (China) Co. Ltd. (subsidiária) e firmou um DPA com a Avon Products, Inc. (a empresa-mãe), em razão de violações ao FCPA. Os plea agreements são mais rigorosos que os DPAs, e uma tendência tem sido o que ocorreu neste caso, conceder à empresa principal a suspensão da ação penal e fazer uma transação, com reconhecimendo de culpa, com a empresa subsdiária, quando os fatos ocorreram em seu âmbito. No plea não foi determinado nenhum tipo de acompanhamento ou supervisão (probation), porque a empresa-mãe (parent corporation), a Avon Products, Inc., havia concordado com a exigência de um

---

Bank, onde o magistrado analisou efetivamente o acordo de persecução diferida, terminando por aprová-lo, submetendo-o, contudo, a monitoramento judicial de sua execução e implementação. O juiz John Gleeson também impôs ao governo a obrigação de fornecer relatórios trimestrais à corte. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court. Eastern District of New York. United States of America v. HSBC Bank USA, N.A. and HSBC Holdings, PLC. **Case 1:12-cr-00763-JG.** Memorandum and Order. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-edny/legacy/2015/04/06/HSBC%20Memorandum%20and%20Order%207.1.13.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

[346] KOEHLER, 2014, p. 58-60

[347] ALEXANDER; COHEN, 2015, p. 538.

[348] GARRET, Brandon L. **Too big to jail:** how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2014, capítulo 3.

monitor independente.[349] No DPA firmado com a Avon Products, Inc.[350], em razão da falta de controles internos adequados, que tornaram possível o esquema de falsificação de livros e registros na subsidiária chinesa, o Departamento de Justiça incluiu cláusulas obrigando a empresa a reforçar seu programa de ética de de compliance, destinado a evitar e detectar violações do FCPA e outras leis anticorrupção em todas as suas operações, incluíndo filiais, agentes, e terceirizadas; assim como modificar ou adotar novo sistema de auditoria interna que garantisse registros contábeis acurados, e um rigoroso códico de compliance anticorrupção. A empresa aceitou ainda a designação de um monitor independente de compliance, durante a primeira metade dos três anos do acordo, a ser escolhido pelo Departamento de Justiça dentre três nomes por ela propostos. O monitor ficou responsável por avaliar o cumprimento do acordo por parte da empresa, principalmente quanto ao programa de compliance corporativo definido num dos anexos, com especial atenção aos controles internos, à manutenção dos registros e os procedimentos de compliance com o FCPA e outras leis anticorrupção. O monitor iria reportar ao Conselho de Administração da Avon bem como Departamento de Justiça suas conclusões a respeito da implementação do programa de compliance, podendo propor recomendações para aumentar a efetividade do programa.

Também na Inglaterra os programas de compliance são importantes para evitar a responsabilização criminal. Uma legislação recente (Crime and Courts Act 2013)[351] introduziu no ordenamento jurídico inglês a figura dos DPAs, mas com uma configuração um pouco diferente da praticada nos Estados Unidos (disponível apenas para pessoas jurídicas; especificação dos crimes nos quais é admitido, dentre os quais os de violacão ao Bribery Act 2010; submetido a aprovação judicial; publicidade aos termos do acordo, após sua aprovação). De acordo com o Código de Práticas em DPAs do Reino Unido, a existência de um programa de compliance efetivo tanto ao tempo do crime como ao tempo da comunicação às autoridades

[349] PLEA AGREEMENT. United States v. Avon Products (China) Co. Ltd. **Case 1:14-cr-00828-GBD**, Document 7. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/12/30/avon-china-plea-agt-file-stamped.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

[350] DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT. United States v. Avon Products, Inc. **Case 1:14-cr-))828-GBD**, Document 4. Disponível em:<http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/12/30/avon-dpa-file-stamped.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

[351] REINO UNIDO. **Crime and courts act.** 2013. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf>. s. 45, Schedule 17. Aceso em: 27 jan. 2016.

(mas que foi inefetivo na circunstância que possibilitou a ocorrência do crime) será um fator positivo que o procurador da Coroa levará em consideração, ao considerar a possibilidade da sus pensão da ação penal.[352]

O primeiro acordo firmado e aprovado (DPA Standard Bank PLC, 2015), e relativo ao crime do art. 7 do UK Bribery Act 2010 (falha em impedir a corrupção), inclui a obrigação de revisão da implementação dos controles existentes, políticas e procedimentos relativos ao compliance com a lei anticorrupção inglesa, além de outras leis anticorrupção aplicáveis, onde o Standard Bank PLC deverá contratar, às suas expensas, um relatório independente, em comum acordo entre a empresa Price Waterhouse Coopers LLP e o Serious Fraud Office.[353] No sistema inglês, os DPAs serão submetidos a um controle judicial efetivo, para verificar se eles servem ao interesse da justiça (interesse público) e se os seus termos são justos, razoáveis e proporcionais.[354]

No Brasil, a divulgação do teor dos acordos de leniência não é a regra. Em alguns casos, o sigilo se impõe, temporariamente, em razão do disposto no §3º, art. 7º, da Lei 12.850/2013 (cessando no momento em que for recebida a denúncia). As fontes, por isso, são, em sua maioria, limitadas a notícias publicadas nos sites dos órgãos. Assim, até janeiro de 2015, a CGU não havia firmado nenhum acordo de leniência com base na lei anticorrupção.[355] O Ministro da Controladoria-Geral da União informou, em 10 de outubro de 2015, que a CGU trabalhava com processos de responsabilização de 29 empresas no âmbito da Operação Lava Jato, sendo que

---

[352] O Código de Práticas possui disposições detalhadas sobre a nomeação de um monitor de compliance no âmbito de um DPA. (DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS CODE OF PRACTICE. **Crime and Courts Act. 2013.** Serious Fraud Office; Crown Prosecution Service, item 2 e 7.11. Disponível em:<https://www.sfo.gov.uk/media/264623/deferred%20prosecution%20agreements%20cop.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016).

[353] DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT. **Standard Bank PLC** (now known as ICBC Standard Bank PLC) and the Director of the Serious Fraud Office (the "SFO").Disponível em: <http://www.sfo.gov.uk/media/290239/deferred%20prosecution%20agreement%20-%20standard%20bank.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

[354] Veja-se o teor da decisão que aprovou o DPA inglês: REINO UNIDO. Queen's Bench Division. Royal Courts of Justice. Serious Fraud Office v. Standard Bank PLC (Now known as ICBC Standard Bank plc). **Case No: U20150854.** 30 nov. 2015.

[355] CGU esclarece notícias veiculadas na imprensa sobre o contato com o Ministério Público Federal (MPF) para tratar de acordo de leniência. Notícia publicada no site da CGU em: 22 jan. 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/01/nota-de-esclarecimento-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 27 jan. 2016.

seis delas haviam manifestado interesse em firmar acordos de leniência.[356] Não há como avaliar, ainda, a importância que será dada, no âmbito do Poder Executivo federal, à implementação ou reforço de programas de compliance pelas empresas, nem se haverá a exigência da instituição de um monitor de compliance. O texto da MP 703/2015, contudo, ao propor a modificação do art. 16 da Lei 12.846/13, condiciona o acordo de leniência ao comprometimendo da pessoa jurídica à implementação ou à melhoria de mecanismos internos de integridade.[357]

A Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Ministério Público Federal (MPF), pela Força-Tarefa da Operação Lava Jato firmaram em março de 2015, em conjunto, 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 Petrobras. Este acordo complementa o Termo de Leniência já firmado pelo Ministério Público Federal com as empresas do Grupo Setal em outubro de 2014.[358]As condutas anticompetitivas relatadas consistiram em acordos de fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação e divisão de mercano entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial ‘onshore’ da Petrobrás do Brasil. A versão pública do acordo não traz qualquer disposição relativa a compromisso de implantação de mecanismos de integridade, os quais não estão previstos entre as obrigações da empresa, nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011.[359]

Em agosto de 2015, o Ministério Público Federal firmou acordo de leniência com a Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.; neste acordo, a empresa se

---

[356] A EMPRESA deve reparar integralmente o dano que causou frisa ministro da CGU. Notícia publicada no site da CGU em 19 out. 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/10/a-empresa-deve-reparar-integralmente-o-dano-que-causou-frisa-ministro-da-cgu>. Acesso em: 27 jan. 2016.

[357] BRASIL. **Medida Provisória n. 703**, de 18 de dezembro de 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm> Acesso em 27 jan. 2016. A medida provisória tem o prazo de tramitação de 60 dias, prorrogável por igual período, após o qual perderá a eficácia, se não for convertida em lei pelo Congresso Nacional.

[358] MPF e CADE celebram acordo de leniência para obter provas de cartel na Petrobras. Notícia publicada na página da Procuradoria Geral da República. 20 mar. 2015. Disponível em:<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-para-obtencao-de-provas-de-cartel-na-petrobras>. Acesso em 27 jan. 2016.

[359] ACORDO de leniência CADE/MPF e Grupo Setal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Versão_Pública.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

comprometeu a implantar mecanismos modernos e eficazes de compliance com as regras de combate à corrupção, “os quais, se adotados pelas demais empreiteiras, implicariam um ambiente corporativo mais limpo e honesto no Brasil.”[360]O acordo foi tornado público, embora com algumas restrições, no âmbito da ação de improbidade proposta contra a empresa na Justiça Federal do Paraná.[361]Este é o primeiro acordo de leniência proposto pelo MPF no bojo do qual foi imposta a condição de formular e implementar um programa de compliance.

[360] NOTA à Imprensa: Acordo de leniência com a Camargo Corrêa. Notícia publicada na página da Procuradoria Geral da República. 21 ago. 2015. disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/combate-a-corrupcao/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-camargo-correa/?searchterm=leniência>. Acesso em: 27 jan. 2016.

[361] O termo do acordo pode ser visualizado nos autos da ação de improbidade administrativa em trâmite perante a 5a. Vara Federal de Curitiba. (PARANÁ. 5a. Vara Federal de Curitiba. **Processo eletrônico nº 5006717-18.2015.4.04.7000**. chave de acesso 890040590515. disponível em: <http://www.jfpr.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2016).

3 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Lei 12.846/13 foi editada para "suprir uma lacuna no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira"[362], conforme é declarado em sua exposição de motivos. Havia necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil com a ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), no âmbito da ONU, com a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996), no âmbito da OEA, e com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), da OCDE.[363]

Essas normas internacionais, como já referido, não definem em qual esfera deverá se dar essa responsabilização (civil, administrativa ou penal), desde que as sanções aplicadas às empresas sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas[364]. A Convenção das Nações Unidas dá ampla liberdade para o Estado Parte optar entre sanções de natureza penal, civil ou administrativa; a Convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, contudo, diz que essa opção existe apenas caso a responsabilidade criminal, no sistema jurídico do Estado Parte, não se aplique às pessoas jurídicas. Não é bem esse o caso do Brasil, pois a Constituição da República admite a responsabilidade criminal da pessoa jurídica (no caso dos crimes praticados contra o meio ambiente e também para os atos praticados contra a ordem econômica e financeira, bem como contra a economia popular). Além disso, o PLS 236/2012, que pretende a reforma do Código Penal

---

[362] Exposição de Motivos Interministerial nº00011/2009 – CGU/MJ/AGU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 1 jan. 2016.

[363] Introduzidos no ordenamento jurídico nacional, respectivamente, pelo Decreto nº 5.687/06, Decreto 4.410/02 e Decreto 3.678/00.

[364] A Convenção Interamericana não chega a tratar, em um dispositivo próprio, sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, como fazem as outras duas convenções citadas. Entretanto, o artigo III conclama os Estados Partes a proibir o tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas com o pagamento de propinas; assim como a implantar mecanismos para garantir que as sociedades mercantis mantenham registros e controles contábeis acurados. (BRASIL. **Decreto 4.410**, de 07 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.)

Brasileiro[365], propôs a ampliação da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os crimes praticados contra a administração pública[366], fato que não passou

[365] Atualmente em tramitação, aguardando a designação de Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com a informação disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 1 fev. 2016.

[366] O texto inicialmente proposto foi o seguinte: Responsabilidade penal da pessoa jurídica
Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contractual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
§1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.
§2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.
§3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o director, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.
Penas das pessoas jurídicas
Art. 42 Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes cumulativa ou alternativamente:
I – multa;
II – restritiva de direitos;
III – prestação de serviços à comunidade;
IV – perda de bens e valores.
Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.
Art. 43. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são, cumulativa ou alternativamente;
I – suspensão parcial ou total de atividades;
II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
III – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação ou celebrar qualquer outro contrato com a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta;
IV – proibição de obter subsidies, subvenções ou doações do Poder Público, pelo prazo de um a cinco anos, bem como o cancelamento, no todo ou em parte, dos já concedidos;
V – proibição a que seja concedido parcelamento de tributos, pelo prazo de um a cinco anos.
§1º A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ano que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou reguamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado.
§2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
§3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsidies, subvenções ou doações será aplicada pelo prazo de dois a cinco anos, se a pena do crime não exceeder cinco anos; e de dois a dez anos, se exceder.
Art. 44. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:
I – custeio de programas sociais e de projetos ambientais;
II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
III – manutenção de espaços públicos; ou
IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas, bem como as relacionadas à defesa da ordem socioeconômica.
Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=10/07/2012&paginaDireta=33259>. Acesso em: 1 fev. 2016.

desapercebido à OCDE, quando em visita ao país para a avaliação do cumprimento de sua convenção.[367]

A Constituição da República, portanto, admite a possibilidade da responsabilização criminal das pessoas jurídicas, havendo, no artigo 225, §3º, um mandado de criminalização, e no art. 173, §5º pelo menos, uma abertura constitucional a esta via de responsabilização. Estabelecidos os limites mínimos, nada impede que o legislador ordinário positive outras possibilidades de responsabilização criminal da pessoa jurídica, quando isso for necessário à proteção de bens jurídico-penais.

A esfera penal de responsabilização foi rejeitada pelo legislador "porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias", enquanto que "o processo administrativo [...] tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade".[368]

O parecer da Comissão de Juristas, aprovado em 17.12.2013, reduziu a disciplina da responsabilidade penal da pessoa jurídica para um artigo somente, com o seguinte teor:
Responsabilidade penal da pessoa jurídica
Art. 38. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
§1o A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, e depende da identificação ou da responsabilização destas.
§2o A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.
§3o O juiz poderá determinar que as penas sejam aplicadas à pessoa jurídica constituída com a finalidade de evitar a aplicação da lei penal àquela em cuja administração foram praticados os fatos criminosos.
§4o Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade.
(Nesta versão, restringiu-se os casos de responsabilidade para os já estritamente previstos no §5º do artigo 173 da Constituição da República. Entretanto, esse texto não é definitivo, porque outro parecer será apresentado e votado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, previamente à da deliberação em Plenário. O projeto será a seguir enviado à Câmara de Deputados.)

[367] Veja-se, a respeito, a discussão sobre o regime de responsabilidade administrativa escolhido, à p. 17 do Relatório da Fase 3 sobre a implementação da Convenção da OCDE, bem como a possibilidade de migração para um regime de responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, às p. 21 e 22 do mesmo documento. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

[368] De acordo com o item 10 da Exposição de Motivos, Exposição de Motivos Interministerial nº00011/2009 – CGU/MJ/AGU. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 1 fev. 2016.

Entretanto, o ponto que merece reflexão é o de que esta lei pretende responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de crimes de corrupção previstos nas convenções internacionais antes referidas. Trata-se, portanto, de responsabilidade em face da *prática de crimes.* Não há como contestar a natureza penal da corrupção. Em nossa ótica, estão presentes as justificativas tanto para o ilícito como para a pena, na dicção de D'Ávila: a "dignidade de proibição penal" (Strafverbotswürdigkeit), e a "necessidade de pena" (Pönalisierungsbedürftigkeit).[369]

Nesse passo, a imposição de sanções administrativas e civis será suficientemente dissuasiva para coibir a prática destas condutas? Não há dúvidas de que a escolha da forma de responsabilização é uma questão de política criminal, mas pensamos que o incentivo para a adoção de programas de compliance está fundamentalmente ligado ao grau de prevenção geral que a lei possa alcançar.

Tendo em vista que o modelo escolhido no Brasil foi o regime administrativo e civil de responsabilização, a proposta deste trabalho é verificar se (ou em que medida) a Lei 12.842/3012 vai provocar um aumento no uso de programas de compliance pelas empresas brasileiras.

Assim, tentaremos responder, neste capítulo, às seguintes perguntas:

a) a ameaça de punição administrativa e civil é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas de compliance?

b) o efeito mitigador dos programas e medidass simplificadas de compliance sob a Lei 12.846/2013 dá incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas ou medidas?

Estamos, com isso, retornando ao esquema básico proposto por Bentham para explicar a ação do direito ao regular comportamentos: a proibição (sob sanção) dos comportamentos que possam trazer inconvenientes à sociedade e a promoção,

[369] D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB,** v. 1, n. 1, p. 65-73, jun. 2013, p. 70.

por meio de incentivos, daqueles comportamentos que possam trazer vantagens aos outros homens.[370]

Num primeiro momento, trata-se de discutir se, em princípio, o regime administrativo e civil de responsabilização das pessoas jurídicas é tão efetivo quanto o regime penal de responsabilização, para coibir a criminalidade empresarial, ou se para responder a ela é necessário um regime penal de responsabilização. Após, no exame concreto do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se enfrentar a questão que indaga sobre a possibilidade de um modelo penal de responsabilização, em razão da natureza dos ilícitos que a lei pretende punir.

Superada esta etapa, trata-se de analisar as escolhas feitas pela lei, tanto em vista do regime de responsabilização como pelo tipo e alcance das sanções, para verificar se têm o potencial de infundir fundado temor de responsabilização às empresas.

Num segundo momento, passa-se ao exame do benefício oferecido pela lei, para a empresa que possuir e implementar um programa de compliance efetivo, a fim de verificar se representa estímulo suficiente para o desenvolvimento de tal programa.

Iremos nos valer da análise econômica do direito para apurar a existência de problemas de racionalidade pragmática (incapacidade de motivar a conduta dos destinatários) e de racionalidade teleológica (incumprimento dos fins a que se propunha a cumprir). A escolha dessa moldura teórica está ligada, primeiro, à natureza dos destinatários da lei – em linhas gerais, as empresas, ou seja, agentes econômicos, que desenvolvam seu objeto social com o objetivo de lucro. Em segundo lugar, porque o enfoque econômico é utilizado para analisar questões sociais que vão muito além daquelas usualmente consideradas por economistas. Como explicou Gary Becker, no discurso de aceitação do Prêmio Nobel em Ciências Econômicas em 1992, “the economic approach I refer does not assume that

[370] BENTHAM, 2010, p. 312-313.

individuals are motivated solely by selfishness or gain. It is a *method* of analysis, not an assumption about particular motivations".[371]

Esse *método de análise* parte da premissa de que os indivíduos procuram maximizar seu bem-estar, da forma como o concebem, seja de uma maneira egoísta, altruísta, leal, rancorosa ou masoquista. Seu comportamento é voltado ao futuro e é consistente ao longo do tempo. Especificamente, eles tentam, da melhor maneira possível, antecipar as consequências incertas de suas ações. Entretanto, como aponta Becker, o comportamento voltado ao futuro pode estar enraizado no passado, porque o passado pode projetar uma longa sombra sobre atitudes e valores.[372]

Klitgaard defende a utilidade da análise econômica no desenvolvimento de políticas públicas de combate à corrupção[373], assim como Rose-Ackerman, para quem as contribuições da microeconomia podem ajudar a estruturar reformas baseadas em incentivos, quer reduzindo-os para aqueles que praticarem os delitos, quer aumentanto os custos da corrupção.[374]

De fato, as contribuições da economia têm sido utilizadas, nos países do common law, para elaborar políticas públicas e verificar como as normas jurídicas devem ser configuradas, para que possam, uma vez definidas as condutas lícitas e as ilícitas, criar incentivos adequados que influam nos comportamentos dos membros da sociedade.[375] A grande influência da legislação norte-americana na moldura de enfrentamento à corrupção, absorvida, em alguma medida, pelas

[371] O enfoque econômico que eu refiro não pressupõe que os indivíduos sejam motivados apenas por egoísmo ou ganho. Ele é um *método* de análise, não uma premissa sobre motivações particulares. Tradução nossa. (BECKER, Gary. **The economic way of looking at life.** Nobel Lecture, December 9, 1992. Department of Economics, University of Chicago, Chicago, IL. 60637, USA, p. 38-58, p. 38. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html>. Acesso em: 16 fev. 2016).

[372] BECKER, 1992, p. 38.

[373] KLITGAARD, 1988, Preface, p. xiii.

[374] ROSE-ACKERMANN, 1999. ROXIN, 2000, p. 39.

[375] Isso não significa, porém, que a análise esteja limitada às situações nas quais os ganhos e os custos possam ser quantificados monetariamente, como explica Rodríguez López. Da mesma forma, não é necessário descartar casos em que certo comportamento se justifica ou se evita por motivos morais, já que a aceitação ou a rejeição a esse tipo de princípios pode também ser considerado como um elemento que supõe maior ou menor bem-estar entre os agentes. (RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho. In: LA CORRUPCIÓN en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 16).

convenções internacionais e pela própria lei anticorrupção brasileira, é mais um argumento em defesa do referencial adotado.

Com base na ideia da escolha racional então, o objetivo principal é verificar se, frente a um quadro natural de escassez de recursos, as empresas escolheriam implementar programas de compliance, de forma a maximizar seus objetivos, ou correriam os riscos de responsabilização por atos de corrupção.

3.1 DIREITO ADMINISTRATIVO X DIREITO CIVIL X DIREITO PENAL

Se é certo que os países costumam adotar diferentes modelos de responsabilização para os crimes cometidos por meio ou em benefício de empresas, não será equivocado dizer que as características desses regimes variam, assim como os efeitos que as punições podem alcançar, em cada um deles.

Não iremos aqui, contudo, perquirir acerca de uma diferenciação qualitativa ou quantitativa entre ilícito administrativo e ilícito penal, já que o ponto de partida do estudo é a opção concretamente feita pelo legislador brasileiro. Assim, estaremos basicamente contrapondo a via administrativa de responsabilização, entendida como aquela que impõe uma sanção no âmbito de um processo administrativo, que é instaurado, conduzido e julgado por uma autoridade administrativa, com a via penal de responsabilização, entendida como aquela que é instaurada pelo impulso de um órgão oficial de acusação, perante o poder judiciário, sendo julgada por um juiz e/ou por um tribunal.

Essa distinção se alinha ao assinalado por Feldens, ao comparar as sanções de natureza penal e administrativa. Para o autor, não existe um critério material substancialmente válido e universalmente aceito que distinga essas sanções, senão o fato de que a sanção administrativa é aplicada por uma autoridade administrativa dentro de um procedimento administrativo, ocorrendo o mesmo, *mutatis mutandis*, com a sanção penal.[376]

[376] FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 130.

A concepção mais comum na doutrina, inclusive a partir de uma análise em direito comparado, é considerar que as punições administrativas não comportam uma censura moral, por isso não trariam um estigma à empresa. De acordo com Osório, apesar do caráter aflitivo comum das sanções administrativas e das sanções penais, a multa administrativa parece muito mais próxima do Direito Civil do que do Direito Penal. Todavia, tanto as sanções administrativas como as civis podem ser extremamente graves, do ponto de vista econômico.[377] Ainda assim, a censura penal tem caráter acentuadamente mais grave:

> As pessoas jurídicas recebem tratamentos punitivos cada vez mais rigorosos, e se o problema é visto pela ótica penal ou administrativa, não raro será uma questão quase secundária, ante a notória e intensa aproximação entre esses ramos jurídicos e também porque as consequências penais são, nesse especial aspecto, todas identificáveis com potenciais consequências administrativas. Fica, assim, o problema relegado a um plano secundário de rótulos, salvo no tocante aos efeitos estigmatizantes do Direito Penal, bem assim ritos e competências correspondentes a esse setor, teoricamente mais severos, porém inegavelmente mais comprometidos com direitos humanos, direitos fundamentais e discursos garantistas.[378]

Se, por um lado, há inegável interesse da Administração em recompor o patrimônio lesado pela corrupção, bem como em sancionar ilícitos que se tenham produzido em relações contratuais com empresas privadas, o aspecto intimidatório de uma condenação imposta por um órgão da administração não se equipara ao de uma condenação imposta na esfera penal.

Quanto ao direito civil, conforme assinala Feldens, não é ele vocacionado a uma finalidade propriamente sancionatória, ostentando, primeiramente, um caráter regulador de relações entre sujeitos privados. As respostas obtidas por meio desse ramo do direito, pela prática de um ilícito civil, reduzem-se, normalmente, à reparação do dano causado, ou, em caso de responsabilidade contratual, à execução da cláusula de inadimplemento bilateralmente adotada. As vias legislativas destinadas à proteção normativa de bens jurídicos, portanto, estariam reduzidas a duas opções: o direito penal ou o direito administrativo sancionador.[379]

---

[377] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101-102.
[378] Ibid., p. 405.
[379] FELDENS, 2005, p. 129-130.

Rodríguez López parte da classificação de normas jurídicas protetivas do exercício de direitos, em Calabresi e Melamed, em três tipos: as normas de propriedade, que definem a titularidade nominal de direitos; as normas de responsabilidade, que associam a vulneração de direitos a uma sanção igual ao valor do dano causado; e as normas de inalienabilidade, que vão acompanhadas de sanções fixadas em uma quantia superior ao benefício que pode esperar obter o potencial infrator. Assim,

> Cabe recordar en este punto que la naturaleza del Derecho penal se considera habitualmente que difere de la del Derecho civil, entre otros factores, en cuanto que el primeiro intenta proteger el contenido de un derecho, mientras que el segundo intenta preservar el contenido patrimonial del mismo; siendo esto así cabe esperar que las normas de Derecho penal se basen principalmente en normas de inalienabilidad (acompañadas de sanciones eficaces), y que las de Derecho civil lo hagan en normas de propiedad y de responsabilidad.[380]

Para esse autor, apenas as normas de inalienabilidade, que fixam sanções superiores (em valores ou em severidade) aos benefícios obtidos ou esperados com a prática dos crimes seriam capazes de desincentivar os comportamentos corruptos, o que revelaria a incapacidade do direito sancionador de cumprir adequadamente o objetivo de proteção de direitos.

Como já alinhamos no primeiro capítulo, a responsabilização criminal é uma solução mais eficiente do que a responsabilização administrativa para deter o comportamento criminal das pessoas jurídicas. Não vemos como discordar de Tiedemann, quando afirma que

> It is a trilogy often repeated by the EU in many areas of white-collar crime law that corporations must be subject to “proportionate”, but also “effective” and “dissuasive” sanctions. In this regard, there can be no doubts that a genuine criminal liability to legal persons is the more effective solution as compared to administrative fines, as long as it is embedded into an appropriate framework. Such a framework notably consists of procedural provisions on criminal proceedings against legal persons. Also, criminal prosecution authorities should be empowered—legally and factually—to investigate corporate crimes, as it is the case in many countries which

[380] Cabe recordar neste ponto que a natureza do Direito Penal se considera habitualmente que difere da do Direito Civil, entre outros fatores, enquanto que o primeiro procura proteger o conteúdo de um direito, enquanto que o segundo procura preservar o conteúdo patrimonial do mesmo; sendo assim, cabe esperar que as normas de Direito Penal se baseiem principalmente em normas de inalienabilidade (acompanhadas de sanções eficazes), e que as de Direito civil o façam em normas de propriedade e de responsabilidade. Tradução nossa (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2004, p. 18).

> introduced specialized public prosecution offices against corruption and other white-collar crimes.
> Moreover, a corporate criminal sanction is more deterrent as compared to an administrative fine. In terms of general prevention, this results from the same effect already known from comparing criminal offenses to administrative offenses. Imposing administrative sanctions for crimes is, instead, inconsistent and counter-productive to deterrent effects. Finally, the stronger stigmatization of a corporation by criminal law measures reflects the social role corporations play in the perception of the general public in a much better way.[381]

O receio do impacto negativo de processos criminais para a imagem da empresa pode ser medido pelo exemplo da empresa Chiquita, nos Estados Unidos, que alterou seu nome para United Brands Corporation depois da prática de graves crimes, o que ocorreu também na Alemanha, com a empresa Imhausen Chemie.[382]

A eficácia de outras soluções – como a mera reparação do dano causado – não se pode comparar à intimidação presente na sanção penal. Para Azevedo, "é ponderável o argumento no sentido de que a consciência social permanence insensível ou indiferente diante da sanção reparadora, em contraste com a comoção resultante da pena, até porque esta ainda carrega consigo a estigmatização do criminoso."[383]

Outro fator que pesa em favor da responsabilização penal é a moldura de garantias oferecidas pelo direito penal e processual penal. Como relembra D'Ávila, o direito penal não é apenas um instrumento de solução de conflitos, mas consiste em um verdadeiro legado civilizacional. Foi neste âmbito e por meio do direito penal que

---

[381] É uma trilogia frequentemente repetida na União Européia em muitas áreas do crime de colarinho branco que as corporações precisam estar sujeitas a sanções proporcionais, mas também efetivas e dissuasivas. Neste aspecto, não pode haver dúvidas de que uma responsabilidade genuinamente criminal é a solução mais efetiva, quando comparada com as multas administrativas, desde que estejam inseridas na moldura adequada. Esta constitui-se em provisões procedimentais em processos criminais contra pessoas jurídicas. As autoridades de persecução penal devem ter poderes – legais e factuais – de investigar crimes corporativos, como é o caso em muitos países que introduziram escritórios especializados de persecução penal contra a corrupção e outros crimes do colarinho branco. Além disso, uma sanção criminal é mais dissuasiva do que uma multa administrativa. Em termos de prevenção geral, isso resulta do mesmo efeito já conhecido de comparar ilícitos penais com ilícitos administrativos. Impor sanções administrativas para crimes é, ao contrário, inconsistente e contraproducente, em termos dissuasão. Finalmente, a maior estigmatização de uma corporação por medidas de lei penal reflete melhor o papel social que as corporações desempenham na percepção da sociedade. Tradução nossa (TIEDEMANN, 2014, p. 14).

[382] Ibid., p. 14.

[383] AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. **Revista de Direito Ambiental,** v. 42, p. 208-240, abr./jun. 20006, p. 211.

as principais liberdades e garantias que hoje estruturam inúmeras constituições ao redor do mundo foram conquistadas.[384]

Não é por outra razão que parte da doutrina tem dito que a Lei n. 12.846/13 é uma lei penal encoberta, defendendo, por isso, que algumas garantias do direito penal e do processo penal sejam reconhecidas quando de sua aplicação.[385]

De fato, as relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador são estreitas. Bacigalupo já dizia, antes da introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Espanha, que uma vez admitida a responsabilidade das pessoas jurídicas no direito administrativo sancionador, não existiriam razões de peso para excluí-la no direito penal. Segundo o autor,

> [...] es preciso tener en cuenta que no existe una diferencia esencial entre ambos sistemas sancionadores; que entre las sanciones administrativas y las penales para las personas jurídicas sólo existe – y no siempre – una diferencia cuantitativa así como que los principios generales del derecho penal (principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad) – como lo tienen establecido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional – son de amplia aplicación en el derecho sancionador administrativo. Especialmente es de destacar que tanto la estrutura de las normas de uno y otro subsistema (administrativo y penal), como el sistema de imputación que rige en ambos, tienen idénticas características. En ambos se opera, además, con las categorías de la tipicidad, la justificación o antijuridicidad y la culpabilidad, y en ambos ámbitos es preciso la individualización de las consecuencias jurídicas aplicables sobre la base del principio de proporcionalidad.[386]

---

[384] D'ÁVILA, 2013, p. 68.

[385] Nessa linha, BOTTINI, Pierpaolo. A lei Anticorrupção como uma lei penal encoberta. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta?>. Acesso em: 4 fev. 2016. No mesmo sentido, ONZI, Eduarda. **O legislador entre o direito administrativo sancionador e o direito penal:** a controversa natureza jurídica das sanções previstas na lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. 2015. 56 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Nucci, por sua vez, afirma que a natureza da lei é penal. NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 94.

[386] [...] É preciso ter em conta que não existe uma diferença essencial entre ambos sistemas sancionadores; que entre as sanções administrativas e as penais para as pessoas jurídicas só existe – e não sempre – uma diferença quantitativa assim como que os princípios gerais do direito penal (princípios de legalidade, culpabilidade e proporcionalidade) – como o tem estabelecido o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional – são de ampla aplicação no direito administrativo sancionador. Especialmente é de destacar que tanto a estrutura das normas de um e de outro subsistema (administrativo e penal), como o sistema de imputação que rege ambos, tem idênticas características. Em ambos se opera, ademais, com as categorias da tipicidade, a justificação ou antijuridicidade e a culpabilidade, e em ambos âmbitos é preciso individualizar as consequências jurídicas aplicáveis sobre a base do princípio de proporcionalidade. Tradução nossa (BACIGALUPO, E., 2010, p. 2 de 10).

O direito penal e o direito administrativo sancionador, portanto, somente constituem dois âmbitos nos quais se manifesta a potestade positiva única do Estado, com distinta intensidade.[387]

3.2 UM REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL POR ATOS DE CORRUPÇÃO?

Estabelecido o caráter mais dissuasivo do direito penal, assim como sua aptidão em proporcionar maiores garantias (tanto materiais, como processuais), em comparação com o direito administrativo sancionador, resta examinar se o legislador brasileiro poderia ter optado pela via de responsabilização penal das pessoas jurídicas, pela prática da corrupção.

Ao analisar os mandados de criminalização implícitos, Feldens refere haver uma zona gris, não controlável juridicamente, que faz a transição entre a obrigação e a conveniência da criminalização. A teoria dos mandados implícitos de penalização é uma teoria de extremos, segundo o autor, pela qual, uma vez afirmada a necessidade de tutela jurídica (normativa) a um bem jurídico de inequívoca dignidade constitucional, caberia ao legislador ordinário, no âmbito de sua liberdade de conformação legislativa, estabelecer, dentro da política criminal do Estado, qual esfera de incidência do poder sancionador (administrativa ou penal) será adequada.[388]

D'Ávila sustenta a existência de três espaços normativos; um, restrito ao direito administrativo sancionador, para aqueles ilícitos que não ofendam bem jurídico-penal; outro, formado por fatos detentores de ofensividade, quando a intervenção estatal poderia se dar tanto por meio do Direito Penal como do direito administrativo sancionador; e um terceiro, de tutela exclusiva do Direito Penal.[389]

---

[387] BACIGALUPO, E., 2010, p. 8 de 10.
[388] FELDENS, 2005, p.139, 153.
[389] D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 60, p. 9-35, maio/jun. 2006, p. 18.

Apesar de rejeitar a responsabilização penal da pessoa jurídica, por considerar que a responsabilização administrativa seria suficiente, juntamente com a responsabilização civil, Osório não vê, na Constituição da República, princípios penais que limitem a responsabilidade da pessoa jurídica. Os princípios dogmáticos tradicionais teriam que ser reinterpretados, mas o autor admite um espaço para a configuração legislativa dessa hipótese.[390]

Azevedo, em artigo que discute a responsabilização da pessoa jurídica por crime ambiental, reflete sobre a natureza da pena, afirmando que ela tem caráter retributivo, entretanto, a Constituição não identifica pena com prisão, ou crime com privação de liberdade; "[...] a Constituição abre até mesmo a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica – e, quanto a esta, consabidamente, não de há de cogitar acerca de prisão."[391]

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem dúvida, não é aceita por aqueles que a consideram uma ficção legal. Como já vimos no primeiro capítulo, tanto a capacidade de ação como a capacidade de culpa lhes são negadas. A teoria real da corporação, de Von Gierke, contudo, parece-nos muito mais adequada à compreensão do papel que as empresas desempenham na sociedade atual, no âmbito do capitalismo. Desde as pequenas empresas até as grandes corporações multinacionais, como sustentar a natureza de ficção jurídica? Se o direito atribui personalidade jurídica aos entes coletivos, dotando-os da capacidade de firmar contratos, produzir bens, prestar serviços, contratar empregados, tomar decisões de negócios, adotar planos estratégicos, como negar que possa ferir bens jurídicos? Como já dizia Pontes de Miranda, a discussão sobre serem as pessoas jurídicas reais ou não é uma falsa questão, já que a realidade é conceito do mundo fático, e a pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.[392]

Não nos filiamos, portanto, à tese de que a pessoa jurídica não possa responder criminalmente pelos danos causados aos bens jurídicos penalmente

[390] OSÓRIO, 2015, p. 400.
[391] AZEVEDO, 20006, p. 212.
[392] MIRANDA, 1983a, p. 280-284.

tutelados.[393] E de fato ela responde, já, no Brasil, pelos crimes cometidos contra o meio ambiente, de acordo com as disposições da Lei 9.605/98, que veio principalmente para regulamentar o §3º do art. 225 da Constituição da República. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue esta linha:

> *Habeas Corpus.* Negativa de seguimento. Agravo regimental. Pessoa física. Representante legal de pessoa jurídica que se acha processada criminalmente por delito ambiental. Ausência de constrangimento legal a ser reparado. Cabimento do HC. Agravo regimental desprovido.[394]

No entendimento da Corte, a responsabilização criminal da pessoa jurídica não está condicionada à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável, no âmbito da empresa, até porque "as organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para se imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta."[395]

No caso do §3º do art. 225 da Constituição da República, como já mencionamos, vemos um mandado de criminalização, que foi atendido e regulamentado com a edição da Lei 9.605/89. No §5º do art. 173, há, nitidamente,

---

[393] Não desconhecemos que a posição majoritária na doutrina brasileira é contrária à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, pelos princípios já alinhados, basicamente, no primeiro capítulo. Entretanto, como já afirmado, o foco desta pesquisa não é a discussão profunda da capacidade e da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por todos, ver DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 163-201; SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275-292; BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – Incompatibilidades dogmáticas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública,** Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 9-19, jan. 2016. PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120, p. 290.

[394] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 88.747-0.** Espírito Santo. Agravente: Antônio Carlos da Silva. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 15.09.2009. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605046>. Acesso em: 4 fev. 2016.

[395] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 548.181-PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 06/08/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518801>. Acesso em: 19 jan. 2016.

uma abertura constitucional a esta via de responsabilização.[396] Com efeito, a redação do dispositivo estabelece que

> 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. (grifo nosso)

Que a natureza da pessoa jurídica permite sanções criminais, à luz da Constituição da República, já se pode concluir em razão do disposto no §3º do art. 225. Assim, as sanções serão de natureza pecuniária ou restritivas de direitos. Havendo dignidade penal do bem jurídico tutelado pela norma, como é o caso da administração pública, pensamos que o legislador ordinário podia, caso tivesse julgado conveniente, ter editado lei que responsabilizasse criminalmente as empresas pelos atos de corrupção praticados por meio delas ou em seu benefício.

3.3 O REGIME ADMINISTRATIVO E CIVIL DA LEI 12.846/2013

As condutas arroladas no art. 5º da lei anticorrupção têm o caráter de ilícitos administrativos porque são passíveis de sanções administrativas, aplicadas, via de regra, pela própria Administração pública, no exercício de função administrativa, no interior de um processo administrativo litigioso.[397]

Muitas delas, contudo, caracterizam também ilícitos penais (como a prevista no inciso I, que corresponde ao crime do art. 333 do Código Penal, ou a alínea “a”, do inciso IV, que corresponde ao art. 90 de Lei 8.666/93). Outras podem caracterizar igualmente improbidade administrativa, como é o caso da alínea “d”, do inciso IV, que corresponde à conduta descrita na primeira parte do inciso VIII da Lei 8.429/92.[398] Em razão da independência entre as instâncias, uma determinada conduta poderá caracterizar, ao mesmo tempo, um ilícito civil, administrativo e até

[396] A posição de Nucci é de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes econômico-financeiros e contra a economia popular é autorizada por esse dispositivo constitucional. (NUCCI, 2015, p. 88).

[397] SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 138.

[398] LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público,** Belo Horizonte, v. 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014,p. 42.

penal. Desde que a esfera de responsabilização seja diversa, não haverá violação do princípio *ne bis in idem*. Como 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."[399]

A lei conferiu legitimidade ativa (originária) para a imposição das sanções administrativas às pessoas jurídicas de direito público lesadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por meio de seus órgãos e entidades. Vemos, nesse modelo, uma vantagem e três inconvenientes. A vantagem é que a pessoa jurídica lesada terá, em princípio, maiores condições para detectar e comprovar o ato lesivo ocorrido no curso da execução de um contrato por ela firmado com uma empresa; ou qualquer outro ato de corrupção, ocorrido nas diferentes relações das empresas privadas com a Administração Pública.

O primeiro inconveniente está relacionado ao objetivo principal da lei, que é o controle da corrupção e de outros atos lesivos. Em se tratando corrupção, há o envolvimento de agentes públicos, não sendo desarrazoado falar em hipóteses em que a corrupção possa se infiltrar nas altas esferas da Administração. Com essa preocupação, Vale observa que o *caput* do art. 8º da lei confere a legitimidade para a instauração do processo administrativo para a autoridade máxima de *cada órgão ou entidade* dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, não somente aos chefes dos entes federativos (prefeitos, governadores e Presidente da República). Tanto as autoridades máximas das pessoas jurídicas estatais descentralizadas (Administração Pública indireta) quanto as autoridades máximas dos órgãos administrativos (que decorrem do fenômeno da desconcentração administrativa) poderiam instaurar e julgar esses processos administrativos, em tese. O risco jurídico criado com a lei é, portanto, o notável empoderamento do gestor público na responsabilização administrativa da pessoa jurídica parceira da Administração Pública, na estratégia adotada pela Lei n. 12.846/13, ou seja, todas as autoridades de órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta de

[399] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 287.

todos os Poderes e de todos entes federativos.[400] Queiroz, por sua vez, vê a possibilidade da aplicação da lei de maneira mais restrita, no sentido de que ela seja interpretada de forma a estender a legitimidade ativa às entidades da administração indireta.[401]

Sendo assim, é possível que a própria autoridade legitimada para a instauração e o julgamento do processo administrativo sancionador esteja envolvida nos fatos delituosos, o que faria com que esta se omitisse da iniciativa de instaurar o procedimento. Para esta hipótese, a lei previu, de maneira subsidiária, a legitimidade ativa (derivada) ao Ministério Público (art. 20).

Por outro lado, as condutas previstas no art. 5º têm formulação bastante ampla. Vale sugere que a abstração normativa na definição de quais atos concretos correspondem a várias condutas lesivas ali descritas, bem como a inexistência de critérios precisos para a incidência das rígidas sanções administrativas previstas cria um ambiente de ampla discricionariedade punitiva dos gestores públicos, à revelia da segurança jurídica aos destinatários das normas. Essa circunstância, aliada ao elevado número de autoridades administrativas legitimadas, como adiante apontado, irá, segundo o autor, ensejar o aumento da prática de crimes contra a Administração Pública, tais como a concussão (art. 316 do CP), a corrupção passiva (art. 317, do CP) e os atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), tipicamente praticados por esses agentes públicos.[402]

O segundo inconveniente é para o administrado, a empresa que eventualmente possuir contratos em mais de uma unidade federada, podendo haver relações com diferentes municípios, Estados e a União. Cada esfera de poder

---

[400] VALE, Murilo Melo. A Lei Anticorrupção Empresarial: um contraponto à agenda de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública,** Belo Horizonte, v. 4, n. 11, p. 191-214, maio/ago. 2015, p. 206-209.

[401] Queiroz cita o exemplo de ato lesivo em uma Universidade Federal, quando o processo de responsabilização poderia, nessa hipótese, ser instaurado e julgado pelo Reitor, após manifestação jurídica da Procuradoria Federal, ramo da Advocacia-Geral da União. Caso a interpretação seja mais restritiva, a Universidade deveria provocar a União para pleitear a responsabilização judicial, por intermédio da Procuradoria da União, ramo da Advocacia-Geral da União que faz a representação jurídica da Administração Direta. Considerando a elevada quantidade de entes e órgãos da administração indireta, seria difícil que a União pudesse dar cabo de todas as responsabilizações judiciais ocorridas no âmbito de toda a administração pública federal. (QUEIROZ, 2015, p. 302-303).

[402] Ibid., p. 209-210.

poderá regulamentar de maneira diferente a lei (basta pensar nos 5.561 municípios no Brasil [403]), e os processos de responsabilização poderão, igualmente, ser instaurados perante todas essas esferas. No caso de a empresa desejar colaborar, e firmar um acordo de leniência, com quem esse acordo seria firmado? Qual a garantia de que o acordo firmado em uma esfera seria respeitado nas outras? Para uma lei de aplicação nacional, a ampla diversidade de regulamentações possíveis confere um elevado grau de insegurança jurídica para os administrados.

O terceiro inconveniente afeta a efetividade da lei: a opção pelo direito administrativo implica em que a resolução final da questão sobre a condenação da pessoa jurídica, a execução da pena de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória, na prática, somente irão ocorrer após o esgotamento da discussão no judiciário, porque, no Brasil, as decisões administrativas submetem-se ao controle jurisdicional.[404] O princípio da unidade da jurisdição (decorrente do inciso XXXV da Constituição da República) implica em que as lesões ou ameaças a direito (a condenação à pena de multa afeta o direito de propriedade, protegido constitucionalmente) não podem ser excluídas da apreciação judicial. Como explica Di Pietro,

> O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade** (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37). Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de **mérito** (oportunidade e conveniência). [405]

Essa garantia constitucional de controle judicial dos atos da Administração Pública garante maior segurança ao administrado, porém, irá ter repercussões

---

[403] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores sociais municipais 2000**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm> . Acesso em: 18 fev. 2016. Tabela 1 – Número de municípios, população residente, por situação do domicílio, taxa de crescimento e razão de dependência, segundo as Unidades da Federação e clases de tamanho da população dos municípios do Brasil – 2000.

[404] O que demonstra que a justificativa para a escolha da via administrativa – a de que o processo administrativo é mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos e procedimentos administrativos, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade – não se sustenta.

[405] DI PIETRO, 2015, p. 898.

importantes na capacidade da lei motivar o comportamento das empresas, como se verá oportunamente.

Há uma segunda esfera de responsabilização, que a lei denomina judicial (porque ocorre por meio de um processo judicial) mas cuja natureza é, na realidade, civil. A legitimidade ativa para o processo judicial de responsabilização foi conferida igualmente à União, aos Estados e aos Municípios, por meio das respectivas advocacias públicas ou órgãos de representação judicial ou equivalentes, e ao Ministério Público. Para as sanções de natureza civil, portanto, as discussões já se iniciam na esfera do Poder Judiciário.

3.3.1 Sanções: tipos e alcance das penas

A lei prevê sanções administrativas, aplicáveis no processo administrativo, e civis, aplicáveis no processo judicial. O valor do dano causado é importante, sendo utilizado como referencial para a definição dos valores da multa[406]; sem que se possa eximir a pessoa jurídica de sua reparação, no caso de um acordo de leniência[407]. Entretanto, a reparação do dano, seja em que âmbito for exigida, não configura sanção. De acordo com Souza, "a reparação integral do dano não possui caráter punitivo/sancionatório, mas configura mera consequência civil de prejuízo causado a outrem, valendo lembrar que o dever de indenizar pode decorrer inclusive da prática de atos lícitos."[408] Na mesma linha, Queiroz lembra que a obrigação da reparação do dano decorre do disposto no §5º do art. 37 da Constituição da República (imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário[409]), bem como

[406] No âmbito federal, o Decreto n. 8.420/15 considera o dano causado ou a vantagem auferida ou pretendida para a 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://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016).

[407] Todavia, a MP 703/15, entre outras disposições deletérias, permite que o acordo de leniência contenha "cláusulas sobre a forma de amortização, que considerem a capacidade econômica da pessoa jurídica", ou seja, permite que a Administração Pública celebre acordo de leniência que determine a reparação não integral do dano (§4º do art. 16). (BRASIL. **Medida Provisória 703**, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 27 jan. 2016).

[408] SOUZA, 2015, p. 155.

[409] O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo 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 Zavascki. Brasília, 03.02.2016. Disponível

do art. 927 do Código Civil, que consagra a obrigação de reparação do dano causado por ato ilícito.[410] É certo, também, que, dada a pluralidade de leis dedicadas, de uma forma ou de outra, ao enfrentamento da corrupção no Brasil, ao ponto de se poder falar em um microssistema anticorrupção[411], a condenação simultânea da pessoa jurídica ao ressarcimento do dano causado ao erário em mais de uma esfera de responsabilização somente poderá ser executada uma vez (desde que se refira ao valor total do dano), sob pena de configurar enriquecimento ilícito do Estado.

Azevedo assevera que a reparação do dano não é sanção, nem é compatível com a ideia de retribuição. Por outro lado, se o que caracteriza a sanção penal é a retributividade, é necessário dizer que esta – a retributividade – não é exclusiva ao campo penal.[412] Por isso, não parece adequada a justificativa dada pela Exposição de Motivos sobre a escolha da via civil de responsabilização, quando afirma que ela "é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário".[413]

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

---

em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=669069&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 4 Fev. 2016).

[410] QUEIROZ, 2015, p. 294.

[411] Queiroz relaciona os dispositivos do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/40), a Lei do Impeachment (Lei 1.079/50), a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65), o Código Eleitoral (Lei 4.737/65), a lei dos crimes de prefeitos (Decreto-Lei 201/67), o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.122/90), a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), a Lei Geral das Eleições (Lei 9.504/97), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98), a Lei da Compra de Votos (Lei 9.840/99), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10), a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11), a Lei de Conflito de Interesses na Administração Pública Federal (Lei 12.813/13), e a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13). (QUEIROZ, 2015, p. 285-286 e p. 294).

[412] AZEVEDO, 2006, p. 211.

[413] BRASIL. **Lei 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Exposição de Motivos Interministerial nº00011/2009 – CGU/MJ/AGU. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 1 fev. 2016.

As sanções passíveis de aplicação na esfera administrativa são a multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, e a publicação extraordinária da decisão condenatória. O valor máximo que a multa administrativa poderá alcançar é o de 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício do ano anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), quando não for possível utilizar o critério do faturamento bruto da pessoa jurídica; ou, no plano federal, a três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida, se este for menor que os 20% do faturamento bruto da empresa.

Na esfera cível, as sanções são o perdimento dos bens ou valores que representem a vantagem ou o proveito direta ou indiretamente obtidos com a infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, a dissolução compulsória da pessoa jurídica 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.

O art. 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 que as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

3.3.2 Responsabilidade objetiva

Às sanções e às respectivas esferas de responsabilização precisa ser adicionado um terceiro componente, para se ter ideia do potencial de dissuasão: a responsabilidade objetiva. Como já delineado no primeiro capítulo, a responsabilidade objetiva é aquela onde não se perquire sobre a culpa do agente, bastando o nexo entre a conduta e o resultado lesivo.

Se um agente de um delito será ou não punido vai depender bastante da forma de responsabilização, seja ela objetiva ou subjetiva (baseada na culpa).[414] O legislador apostou na responsabilização objetiva justamente para evitar as dificuldades da comprovação de culpa das pessoas jurídicas[415] e, com isso, aumentar a probabilidade de condenações. As razões de veto da Presidente ao §2º do art. 19 do Projeto de Lei 39/13 (6.826/10 na Câmara dos Deputados), que pretendia submeter a aplicação das sanções de suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos públicos à comprovação de culpa ou dolo deixam claro que a lógica norteadora do projeto de lei está centrada na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, com o que "a introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei." [416]

Não é demais recordar que a responsabilidade objetiva da qual fala a lei é relativa à pessoa jurídica, somente. As pessoas naturais, dirigentes ou administradores da empresa, ou qualquer outra, autora, coautora ou partícipe dos atos ilícitos poderão ser responsabilizadas individualmente, inclusive na esfera penal, mas esta responsabilização depende da apuração da culpabilidade desses agentes.

Nucci considera absurda a pretensão da lei de punir as pessoas jurídicas com responsabilidade objetiva. Em razão de afirmar o caráter penal da lei anticorrupção, parece aceitar que a imposição de penas – tal como a de liquidação da pessoa jurídica – apenas seria imponível se for apurada a responsabilidade subjetiva.[417]

Carvalhosa comunga da visão de que a lei tem nítida natureza penal, afirmando que o regime de responsabilidade objetiva nela previsto constitui

---

[414] POLINSKY; SHAVELL, 2000, p. 47.
[415] BRASIL. **Lei 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Exposição de Motivos Interministerial nº00011/2009 – CGU/MJ/AGU. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 1 fev. 2016.
[416] BRASIL. Presidência da República. **Razões de veto:** Mensagem 314, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016.
[417] NUCCI, p. 101 e p. 104.

> [...] a transposição, para o direito penal-administrativo, da teoria da imputação objetiva, que representa o instrumento moderno de julgamento e condenação por parte do juiz criminal, não mais fundado na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pela pessoa corrupta. Supera-se, assim, o tipo subjetivo da prática delitiva, fundado no dolo ou na culpa como elemento causal. 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 de seu relacionamento com o Poder Público em cada caso particular, cuja antijuridicidade está elencada no art. 5º.[418]

Assim, a condenação pelo delito de corrupção praticado pelas pessoas jurídicas fundar-se-ia na inobservância do cuidado objetivo necessário, que corresponde à realização de conduta criadora juridicamente reprovada. Por esse critério objetivo, prossegue o autor, não se daria relevância causal subjetiva da conduta da pessoa jurídica, fundada no dolo, prevalecendo a análise da conduta corruptiva da pessoa jurídica contrária ao bem jurídico.[419]

Discordamos dessa posição. Primeiramente, porque não pensamos que a lei anticorrupção tenha natureza penal – ao contrário, defendemos que ela deveria ter adotado o modelo de responsabilização criminal da pessoa jurídica, como já alinhado acima, mas não foi esta a opção do legislador. Em segundo lugar, porque não nos parece que a teoria da imputação objetiva implique no abandono da apuração da culpabilidade do agente para justificar a imposição de sanção criminal a uma pessoa física.[420]

---

[418] CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

[419] Ibid., p. 38-39.

[420] A teoria da imputação objetiva é uma das três correções feitas à amplitude extrema da responsabilidade fundamentada na causalidade (as outras são os elementos do tipo penal e os requisitos do dolo e da imprudência). Assim, pela teoria da imputação objetiva, o resultado causado por uma ação humana somente pode ser-lhe imputado quando dita ação criou uma situação de colocação em perigo do objeto material protegido juridicamente proibida, e o risco se realizou no resultado típico. (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 298-307). Mir Puig, ao estudar a parte objetiva dos tipos dolosos, assevera que para a tipicidade objetiva de uma conduta não basta que a mesma resulte (*ex post*) encaixada na descrição literal do tipo, senão que é necessário que, *ex ante*, ao se ir realizando, fosse objetivamente previsível que daria lugar à realização do tipo (a periculosidade *ex ante* é necessária para o injusto penal). Assim, como elementos gerais da parte objetiva do tipo – exigíveis não somente para os tipos dolosos, mas também para os culposos – há que existir 1) um fato que se encaixe na descrição literal do tipo imputável a uma conduta perigosa *ex ante*; e 2) nos tipos que exigem a produção de um resultado separado, isso supõe que exista uma determinada relação de imputação entre dito resultado e a conduta perigosa. Ambos requisitos são exigidos para os tipos de resultado pela chamada teoria da imputação objetiva, para a imputação jurídica de um fato como realizador da parte objetiva de um tipo daquela classe. Mir Puig explica que, assim como a doutrina mais tradicional, essa teoria requer que nos delitos de ação – não nos delitos de comissão por omissão – o resultado tenha sido causado pela conduta (relação de causalidade), mas acrescenta, ademais, a exigência de uma determinada relação de risco entre o

De fato, Roxin, que formulou a teoria da imputação objetiva mais aceita atualmente, fundamenta a responsabilidade na culpa e na necessidade preventiva:

> Die Verantwortlichkeit hängt von zwei Gegebenheiten ab, die zum Unrecht hinzukommen müssen: der **Schuld** des Täters und der aus dem Gesetz zu entnehmenden **präventiven Notwendigkeit** strafrechtlicher Ahndung. Der Täter handelt schuldhaft, wenn er strafrechtliches Unrecht verwirklicht, obwohl er in der konkreten Situation von der Appellwirkung der Norm (noch) erreicht werden konnte und eine hinreichende Fähigkeit zur Selbststeurerung besass, so dass eine rechtmässige Verhaltensalternative ihm psychisch zugänglich war.[421]

Tamasaukas e Bottini fundamentam a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica no princípio da função social da empresa, a qual teria, a partir da lei

---

resultado e uma conduta perigosa. Assim, a imputação objetiva deve entender-se como o juízo que permite imputar juridicamente a realização da parte objetiva do tipo à sua execução material. Nos tipos de autoria, se requer que o fato possa ser imputado ao sujeito como seu. (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015, p. 240-241 e p. 258). Jakobs afirma que ao tipo subjetivo pertencem precisamente aquelas circunstâncias que convertem a realização do tipo objetivo em ação típica, ou seja, dolo e culpa, assim como outros elementos subjetivos do injusto que a lei menciona, para caracterizá-lo ou estabelecer um determinado *quantum* de injusto. O tipo subjetivo deve concorrer no momento de empreender a ação executiva, que é a realização daquela ação com a qual o autor deixa sair de seu âmbito de organização o curso causal conducente ao resultado, de maneira real (consumação) ou segundo sua representação (tentativa). A relação subjetiva do autor com as consequências principais se chama intenção (ou também *dolus directus* de primeiro grau, dolo direto). A relação positiva com o aspecto dos impulsos reside em que o autor age em função das consequências principais, e neste sentido *quer* essas consequências. O dolo deve compreender também a causalidade da ação para o resultado. Por vezes será difícil determinar se e em que medida o dolo também deve referir-se ao curso causal que leva ao resultado e ao resultado em sua configuração completa. O certo é que o autor deve conhecer o risco que se realiza, mas não o curso causal concreto mediante o qual se realiza. Ao tratar da culpabilidade, Jakobs a define como a falta de fidelidade ao Direito, ou, em outras palavras, como infidelidade ao Direito. Para Jakobs, o autor de um fato antijurídico tem culpabilidade quando dita ação antijurídica não somente indica uma falta de motivação jurídica dominante, mas também quando o autor é responsável por essa falta. Essa responsabilidade se dá quando falta a disposição a motivar-se conforme a norma correspondente, e esse déficit não se pode compreender sem que afete a confiança geral da norma. Essa responsabilidade por um déficit de motivação jurídica dominante, em um comportameto jurídico, é a culpabilidade. (JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 309, p. 321, p. 356 e p. 566). Souza e Japiassú explicam que as teorias da imputação objetiva surgiram a partir do trabalho de Richard Honig, em 1930. Citam duas teorias de imputação objetiva; a teoria do risco, de Roxin, e a teoria dos papéis, de Jakobs. Roxin vincula as categorias jurídico-penais às concepções contemporâneas dos fins preventivos da pena, onde a peça central da construção de sua dogmática é a teoria da imputação ao tipo objetivo. Assim, somente se pode imputar ao tipo objetivo o resultado causado se a conduta criou um risco não-permitido ao bem jurídico. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 214-215).

[421] A responsabilidade depende de duas condições, que precisam concorrer no ilícito: da culpa do autor e da necessidade de punição penal para os fins de prevenção, extraída da lei. O autor age culposamente quando pratica um ilícito penal, embora ele, na situação concreta, pudesse (ainda) ser alcançado pelo chamado da norma e possuísse capacidade suficiente de se orientar de acordo com ela, de forma que uma conduta alternativa de acordo com o direito lhe era psiquicamente possível. Tradução nossa. (ROXIN, Claus. **Strafrecht.** Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre. München: C.H.Beck, 2006, p. 852).

anticorrupção, o dever de atuar conforme a moralidade administrativa, em sua relação com o Estado. Entretanto, admitem-na apenas para a reparação do dano causado, julgando inconstitucional a imposição de penas (sanções de caráter retributivo) sem que se perquira sobre um mínimo de reprovabilidade em sua conduta, ou em decorrência de debilidade na organização da estrutura empresarial. Assim, a existência de um sistema interno de integridade (compliance), organizado de forma eficaz e seguindo as melhores práticas possíveis poderia demonstrar que o ato corrupto de determinado colaborador foi isolado e individual, afastando a culpabilidade da empresa.[422]

De outra banda, e porque a adoção da responsabilidade objetiva não significa que não possam existir excludentes - a terminologia utilizada pela lei pressupõe o nexo causal entre a conduta (omissiva ou comissiva da pessoa jurídica) e o resultado lesivo – Osório sustenta que os mecanismos internos de compliance poderão levar à ruptura do nexo de causalidade.[423]

Assim, a doutrina, nesses primeiros tempos de vigência da lei anticorrupção, de um modo geral, procura compatibilizar a responsabilização objetiva com o princípio da culpabilidade, concentrando as expectativas de solução nos programas de compliance. Entretanto, não é novidade, no Brasil, a imposição de penas, tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas, mediante responsabilidade objetiva, no âmbito de um processo administrativo: a Lei 12.529/11 prevê a punição pela prática de infrações contra a ordem econômica, e a jurisprudência do CADE confirma essa possibilidade. [424] Veja-se que nesta lei (na qual o legislador confessadamente se inspirou, para a determinação das penas da lei anticorrupção) a pena para a empresa é de caráter nitidamente retributivo: multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, não podendo ser, jamais, inferior à vantagem auferida (inciso I, art. 37), além da possibilidade de publicação do extrato de decisão condenatória e outras penas restritivas de direitos.

---

[422] TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 947, p. 133-144, set. 2014, p. 142-145.

[423] OSÓRIO, 2015, p. 406.

[424] CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

No âmbito civil, impõe-se, também de maneira objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa, a multa administrativa por danos ambientais, nos termos do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81, desde que se constate o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade[425]; nesse caso, a jurisprudência admite a cumulação da recuperação com a indenização pelos danos causados.[426]

Pimentel Filho, ao analisar o âmbito da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção, afirma ser recentíssima no direito administrativo sancionador a prática de responsabilização sem consideração de culpabilidade. Segundo ele, a redação utilizada na lei provoca dúvidas, em especial sobre os critérios que devem ser utilizados, para que seja devida a punição da pessoa jurídica. A leitura literal da lei poderia levar à concepção amplíssima de responsabilidade objetiva, bastando que a empresa tivesse interesse ou fosse beneficiada, ainda que não exclusivamente, pelo ato lesivo. A interpretação mais consentânea com a lógica dos artigos 1º a 3º da lei, contudo, seria a de que o ato corrupto deve ter sido praticado por agente que de algum modo representava o interesse da empresa envolvida na prática corrupta.[427]

A redação original do projeto enviado ao Executivo fazia referência a atos praticados por qualquer agente ou órgão que a represente, porém, essa redação foi abandonada durante a tramitação legislativa, o que permite supor que o legislador preferiu a opção ampliativa.[428] Assim, caberá à doutrina e à jurisprudência delimitar

---

[425] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.277.638.** Santa Catarina. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Agravado: Madeireira São Sebastião Ltda. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 7 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101764495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 19 fev. 2016.

[426] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.307.938.** Goiás. Recorrente: Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S/a CDSA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília: 16.06.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200143467&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 fev. 2016.

[427] Primeiramente, o autor ressalva que o objetivo precípuo da lei não é a reparação dos danos causados, mas sim de punir a pessoa coletiva por ato antiético praticado em sua relação com Administração Pública. No caso dos atos ilícitos tratados pela lei, nem sempre haverá prejuízo material ocasionado pela pessoa jurídica. Após, observa não haver apenas uma teoria de responsabilidade objetiva, mas várias espécies de responsabilidade nas quais não se perquire a presença de culpa do agente. (PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 63-86, p. 77-79.

[428] Ibid., p. 80.

o campo de aplicação da responsabilidade objetiva, assim como a forma de imputação dos atos à empresa. Parece-nos que a formulação ampla da lei permitirá a imputação dos atos dos órgãos (que são da pessoa jurídica, apesar de praticados por pessoas físicas), bem como a imputação dos atos dos empregados (responsabilidade vicarial), com base no art. 932 e 933 do Código Civil, sempre que houver interesse ou benefício da empresa.[429]

Não parece ser outro o caminho para a solução dos problemas de aplicação das penas da lei anticorrupção, mediante a responsabilização objetiva, que não o do Direito civil.

Analisando os fundamentos da responsabilização civil, Rocha afirma serem basicamente dois: o primeiro, mais antigo, radica na antijuridicidade do comportamento imputável ao agente que deliberadamente quis afetar a esfera jurídica protegida de outrem (dolo) ou agiu de modo reprovável (culpa). O segundo, mais moderno, prescinde da antijuridicidade do comportamento e concentra a censura no dano injusto à esfera jurídica de outrem. Esta é uma hipótese de responsabilidade objetiva e seu fundamento repousa no risco da atividade, que pode, inclusive, ser lícita. Trata-se da aplicação da teoria do risco-proveito ou risco da atividade, que impõe a responsabilização objetiva do empreendedor pelos prejuízos sofridos por terceiros, a partir daquela atividade. Assim, à apropriação dos ganhos corresponderia também um aumento da responsabilidade pelos danos causados.[430]

Em ambas modalidades de responsabilidade civil (subjetiva e objetiva) exige-se a ocorrência de um dano e a comprovação do nexo de causalidade. É frequente a hipótese de que o agente causador do dano não seja o mesmo responsável pela indenização, caracterizando o que se denomina responsabilidade por fato de terceiro. Essas circunstâncias (dano e nexo de causalidade entre o comportamento

[429] Para a análise dos modelos de imputação dos atos à pessoa jurídica, remetemos o leitor ao primeiro capítulo.

[430] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Revista Brasileira de Infraestrutura,** Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 131-142, jan./jun. 2015, p. 135-136.

do agente e o dano) permitem diferenciar responsabilização (como ressarcimento de dano) do mero sancionar (que dispensa a ocorrência de dano).[431]

Ainda de acordo com Rocha, para a configuração da infração administrativa, deve haver definição prévia na lei do comportamento esperado do agente, em razão do princípio da legalidade (em modalidade restrita) e do princípio da tipicidade, a fim de possibilitar ao administrado a exata noção do que é lícito e do que é ilícito fazer. É necessário um comportamento voluntário do agente, no sentido de violar a conduta que era esperada. A infração administrativa poderá, ou não, causar dano.[432]

Ao tecer considerações sobre o art. 2º da Lei 12.846/13, o autor afirma que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada objetivamente, sem que isso configure anomalia sistêmica, por danos causados direta e indiretamente por dirigentes seus, previstos no estatuto ou no contrato social, ou, ainda por atos de seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele. Em ambos os casos o empregador responderá pelos atos culposos, dolosos ou de responsabilidade objetiva dos respectivos empregados. O fundamento desta responsabilidade é a previsão do inciso III do art. 932 do Código Civil, que, com apoio na teoria do risco, consagrou a responsabilidade objetiva:[433]

> Por semelhantes razões, a pessoa jurídica pode ser indicada também como responsável administrativa pelas consequências derivadas de atos infracionais administrativos praticados por seus dirigentes, empregados e prepostos. A infração administrativa é cometida pelo dirigente, empregado ou preposto, por dolo, mas o responsável pelas sanções é a pessoa jurídica numa clara dissociação legal entre infrator e responsável. [...] Pela descrição das infrações na Lei nº 12.846/13, deve haver dolo do dirigente, empregado ou preposto para que ocorram a infração administrativa e a

[431] Rocha explica que no âmbito civil, as hipóteses de aplicação de sanções são raras, e, normalmente, limitadas a poucos institutos, como a cláusula penal, a perda ou suspensão do poder familiar, a deserdação e a indignidade. No âmbito penal, as sanções são previamente tipificadas em lei e somente podem ser aplicadas depois do devido processo judicial. No âmbito administrativo, a pessoa física e a jurídica, privada ou pública, podem ser punidas quando, de modo injustificado, deixam de observar um dever administrativo normativamente imposto. Para que a pessoa se inclua na situação de administrado punível, devem concorrer quatro condições: a) a pessoa deve estar sujeita, por norma, ao cumprimento de um dever administrativo certo e determinado; b) a pessoa deixe de cumprir o dever administrativo que lhe foi imposto; c) o descumprimento esteja sujeito à sanção administrativa geral, por expressa disposição normativa; e d) o descumprimento seja injustificado. “Nesse aspecto, a infração administrativa em nada difere do ilícito civil ou penal, porque revela ser, em última análise, um ato contrário ao prescrito em norma integrante do ordenamento jurídico.” (ROCHA, 2015, p. 137).

[432] Ibid., p. 138-139.

[433] Ibid., p. 140.

> consequente responsabilização da pessoa jurídica. Todas as situações hipotéticas descritas revelam a intenção preordenada do agente de lesar a moralidade, a igualdade e a impessoalidade. A responsabilidade administrativa não pode ser estendida, no entanto, a todo e qualquer ato praticado por terceiro. Há necessidade da presença de vínculo de presentação, representação ou de subordinação entre a pessoa jurídica e o infrator, pena de violação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da pessoalidade da sanção.[434]

A responsabilização civil ou administrativa por atos praticados por terceiros sem que esteja presente a relação de presentação, representação ou subordinação somente seria possível, segundo o autor, de maneira subsidiária, se a empresa não tiver procedimentos internos de compliance que, caso existentes, poderiam detectar fraudes e procedimentos comerciais atípicos.[435]

Não é objetivo deste trabalho articular detalhadamente a forma de aplicação da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas, pela prática dos atos lesivos capitulados no art. 5º da lei anticorrupção. Interessa-nos apenas estabelecer sua possibilidade e, com base nisso, considerá-la com o um fator relevante no potencial dissuasivo da lei, a ser acrescido à severidade das penas.

Assim, depois desta breve análise, já temos condições de afirmar, quanto às penas administrativas, que poderiam ser severas: as multas podem chegar a valores elevados, e crescerão de acordo com o porte da empresa, se forem calculadas de acordo com seu faturamento bruto. A pena de publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação, por exemplo, poderá trazer efeitos estigmatizantes, comprometendo o nome da empresa e afetando sua credibilidade, além de repercutir no valor de ações, se for uma sociedade anônima. Trarão prejuízo à empresa, em síntese.[436]

As sanções de natureza civil, que poderão ser impostas no âmbito de um processo judicial, possuem igualmente, potencial dissuasivo: apesar de não constar a proibição de contratar com a Administração (a sanção mais temida, para as

[434] ROCHA, 2015, p. 140-141.
[435] Ibid., p. 142.
[436] Convém registrar a ressalva do Relatório da Fase 3 da Avaliação da OCDE, o qual indica que as penas previstas na lei poderão não ser efetivas, proporcionais e dissuasivas, quando se tratar das maiores empresas brasileiras. O relatório levanta a possibilidade de que “fines in the alternative fine range may be part of large companie’s business models and ‘may be worth the investment” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014, p. 25).

empresas que baseiam sua atividade nos negócios com o poder público) a suspensão ou interdição parcial das atividades, assim como 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 de um a cinco anos, são consideravelmente incômodas. A mais grave das sanções previstas, a dissolução compulsória da pessoa jurídica, tem sido chamada de “pena capital”, em associação com a pena de morte... Se a empresa for “de fachada”, constituída exclusivamente para a prática de crimes, para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (por exemplo, na hipótese da alínea ‘e’ do inciso IV do art. 5º da lei anticorrupção), não deverão seus sócios sofrer grandes prejuízos com sua dissolução, porque normalmente essas empresas são abandonadas quando os crimes são descobertos, deixando as vítimas e os credores à própria sorte... Entretanto, se a empresa tiver atividade real, empregados, patrimônio, e dedicar-se efetivamente à produção de bens ou prestação de serviços, a pena será gravíssima.

A proibição de contratar com a administração (debarment) tem sido considerada em muitos relatórios da Fase 3 da OCDE como o elemento de mais forte dissuasão, na comunidade empresarial.[437] A lei anticorrupção brasileira, como já comentamos, não incluiu esta sanção dentre as que poderão ser impostas às empresas que praticarem atos lesivos à administração, o que reduz, em alguma medida, seu poder dissuasório. Apesar de considerar que as multas disponíveis para aplicação, pela lei anticorrupção são elevadas, às quais se acresce a determinação de publicação extraordinária da decisão condenatória, a OCDE recomendou ao Brasil que reconsiderasse a possibilidade de incluir a proibição de contratar como mais uma sanção a ser imposta na via administrativa ou civil.

A possibilidade da imposição destas sanções de maneira objetiva à empresa, ou seja, sem que seja necessário apurar sua culpabilidade, bastando a prova do nexo de causalidade entre a conduta de presentante, representante ou subordinado da pessoa jurídica e o dano (ou ato lesivo), aumenta consideravelmente a probabilidade da condenação.

[437] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014.

Esse conjunto de circunstâncias – severidade das penas e responsabilização objetiva – será ameaça suficiente para motivar as empresas a adotarem programas de compliance, que poderiam atenuar a pena de multa? Como um agente econômico agiria, dentro de uma escolha racional, ao priorizar os recursos da empresa? Para completar essa análise, será preciso examinar as contribuições que a teoria econômica pode trazer, sobre a maneira pela qual as pessoas fazem suas escolhas.

3.3.3 O enfoque econômico

Já abordamos as ideias do enfoque econômico no segundo capítulo e no início deste, mas gostaríamos de iniciar este tópico retornando à crítica de Fisse e de Braithwaite, de que a análise econômica do direito não diferencia entre penas criminais, civis ou administrativas, porque reduziria todas as formas de responsabilidade ao custo monetário dos danos.[438] Essa assertiva não parece ser correta. Se fosse assim, a análise econômica anularia por completo o valor do direito penal ou de penas privativas de liberdade. Cooter e Ulen, por exemplo, propõem um modelo de comportamento criminoso baseado na escolha racional para a prática de crimes e sugerem políticas criminais destinadas a minimizar o custo social dos crimes.[439]

De fato, os economistas não só aceitam as penas criminais, como calculam que as penas privativas de liberdade têm um custo e trazem desutilidade. Assim, o custo é tanto no tempo do preso, como em sua perda de rendimentos lícitos, pelo prazo do cumprimento da pena, caso tivesse uma ocupação legal, assim como a perda em capital humano, ou seja, os relacionamentos, os contatos, as habilidades de uma pessoa. Ao contrário do que diz a crítica, os economistas da análise econômica do direito defendem inclusive que certos crimes não devam ser punidos meramente com multa, sendo a pena de prisão a indicada.

Assim pensa Posner, por exemplo, quando trata da natureza econômica e da função do Direito Penal. Se as sanções civis forem suficientes para deter as

[438] FISSE; BRAITHWAITE, 1993, p. 78.
[439] COOTER; ULEN, 2012, p. 460-532.

condutas ilícitas (no sistema americano, os *tort remedies*, que incluem os *damages* e os *punitive damages*[440]) não haverá necessidade de usar-se o Direito Penal. Para réus poderosos, entretanto, as sanções pecuniárias podem não ser suficientemente dissuasivas: sua riqueza, embora podendo ser grande, ficará aquém do nível ótimo de indenização, por causa da diminuição da probabilidade de serem apanhados e punidos (uma das razões citadas pelo autor são os excelentes advogados que podem ser contratados pelos réus, os quais diminuirão, muito, a chance de condenação, mesmo que sejam culpados), o que diminui o efeito dissuasório.[441]

> If fines are indeed a more efficient method of punishment than prison when the criminal is solvent, how to explain the increasing use of prison sentences to punish the typical crimes of the afluent, such as price fixing, tax evasion, securities and other corporate fraud, and bribery? The question is not identical to why affluent criminals are prosecuted at all, rather than left to the tort system, because a criminal conviction carries a stigma, even when the only puhishment is a fine, that may impair the defendant's human capital, as well as trigger colateral consequences such as being banned from future employment in the securities industry, if it is a criminal violation of securities law. The more human capital a defendant has, the greater the impairment of it by a criminal conviction. Nevertheless the solvency limitation discussed earlier remains a decisive argument for a nonpecuniary penalty, though if efficiency concerns do figure in sentencing practice we expect (and find) heavier fines and shorter prison sentences for wealthier defendants (holdig constant other characteristics of the crime and the criminal) because imprisonment is more costly to the government than a fine, when the fine is collectable, and also because imprisonment imposes greater disutility the larger the difference between the prisoner's standard of living before he was imprisoned and his standerd of living in prison.[442]

---

[440] *Tort* é o ilícito civil, extracontratual, em razão do qual pode ser obtida uma ordem de ressarcimento ou indenização. *Damage* é tanto o dano ou a lesão a uma pessoa ou propriedade, como a compensação por esse dano ou lesão. A compensação também pode ser referida como *compensatory damages. Punitive damages* são devidos em acréscimo à reparação do dano causado, quando o agente procedeu com negligência, malícia, ou engano. Os *punitive damages* têm função punitiva, e por isso, dissuasiva da conduta culpável. São considerados quase-criminais, e têm natureza de multas privadas, destinadas à punição daquele que praticou o ilícito, e à prevenção de um futuro comportamento semelhante. (TORT. In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014; DAMAGES. In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014, PUNITIVE damages In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014).

[441] POSNER, 2014, p. 257.

[442] Se as multas são um método de punição mais efetivo que a prisão quando o criminoso é solvente, como explicar o crescente uso das penas de prisão para punir os crimes dos poderosos, como acordo de preços, evasão fiscal, fraudes no mercado de ações e outras fraudes corporativas, e corrupção? A questão não é a mesma de porque os criminosos influentes são processados criminalmente, e não deixados ao sistema civil de recuperação de danos, porque uma condenação penal traz um estigma, mesmo quando a pena for apenas de multa, e isso pode afetar o capital humano do réu, assim como desencadear consequências colaterais como ser banido de futuras oportunidades de emprego no mercado de valores, se se tratar de um crime contra a lei de valores mobiliários. Quanto maior o capital humano do réu, maior sua diminuição, por uma condenação criminal. Embora a limitação de solvência discutida anteriormente continue um argumento decisivo para a imposição de penas não pecuniárias, se preocupações de eficiência figuram na prática dos julgamentos, nós esperamos (e encontramos) multas mais pesadas e termos de prisão mais curtos em sentenças de réus mais ricos (mantendo constante outras características do crime e do

É certo que os custos de impor penas de prisão excedem em muito os custos de arrecadar multas (além do fato destas entrarem para a receita do Estado). A manutenção e a operação de prisões, a perda da produção econômica do preso (se é que existe) durante o tempo da pena, que gera desutilidade para ele mas não gera benefício correspondente ao Estado, assim como a diminuição de sua capacidade de produção em atividades legítimas depois de sua liberação são custos das penas de prisão. A perda relevante aqui não é causada pelo estigma da condenação (porque isso dependerá do tipo de penalidade imposta, e não de sua severidade); ela é causada pela depreciação de habilidades, perda de contatos, etc., durante o tempo de prisão, ou seja, o capital humano do condenado. Mas a vantagem da pena de prisão sobre a multa é, ao menos, o efeito incapacitante, que impede o criminoso, enquanto estiver preso, de continuar cometendo crimes.[443]

Quanto ao efeito do estigma trazido pela pena de multa criminal (assim como de qualquer outra pena criminal), esse não é um valor transferido para o Estado. Nesse ponto de vista, ele é uma perda social (deadweight social loss) mas na medida em que o estigma fere o criminoso, traz informação útil para pessoas que poderiam entrar em transações com ele, e, por isso, pode criar um valor social que pode suplantar o sofrimento.[444]

A análise econômica do direito é alvo ainda de outras críticas. Uma delas, recorrente, é a de que os fundamentos normativos do enfoque econômico seriam tão repulsivos que o sistema jurídico não poderia abraçá-los. Outra, que a abordagem econômica do direito seria politicamente conservadora. Um terceira crítica é a de que o enfoque econômico ignora a justiça. Critica-se, ainda, a premissa de que todos os homens agem de maneira racional, ignorando as contribuições que a psicologia pode trazer. Posner responde a todas elas. Em relação à primeira, que

---

criminoso) porque a pena prisão é mais cara para o governo do que imposição de uma multa, quando é possível cobrá-la, e também porque a prisão causa maior desutilidade quando maior for a diferença entre o padrão de vida que o réu tinha antes da condenação com o padrão de vida que terá vivendo em uma prisão. Tradução nossa. (POSNER, 2014, p. 263-264).

[443] Aqui seria necessário fazer uma adaptação. Essa última observação pode ser verdadeira para a realidade americana, de um modo geral, mas não para a brasileira, no que respeita ao crime organizado, porque as facções existentes dentro das prisões continuam a comandar o crime que ocorre fora delas. (Ibid., p. 262-263).

[444] Ibid., p. 261.

conceito de eficiência (de Kaldor-Hicks[445]) não seria tão diferente das normas jurídicas, sendo um componente do sistema ético do mercado. Quanto à segunda crítica, o autor aponta diversos liberais (David Friedman, Guido Calabresi, Richard Epstein) que fizeram um uso intensivo da análise econômica do direito. A crítica quanto à justiça precisaria ser refinada para esclarecer qual o conceito de justiça empregado. Algumas vezes significa justiça distributiva – referindo-se ao grau de igualdade econômica; em outras, significa eficiência. Para Posner, muitas das afirmações sobre decisões injustas têm, no fundo, a ideia simples de que a conduta reprovada desperdiçou recursos. Até o princípio do enriquecimento ilícito pode ser derivado do conceito de eficiência (num mundo de recursos escassos, o desperdício pode ser visto como imoral). Finalmente, na introdução à nona edição de sua obra principal (Economic Analysis of Law), Posner explica que passou a suplementar seu enfoque com os *insights* da psicologia.[446]

3.3.3.1 A teoria da Escolha Racional

A ideia da racionalidade no comportamento dos agentes pode ser compreendida a partir da formulação do princípio da utilidade de Bentham, de uma maneira bastante simples: entre a dor e o prazer, os homens irão procurar buscar a felicidade, ou a satisfação, e tentarão se afastar do sofrimento, em todas as suas ações.[447]

---

[445] O conceito de eficiência em Kaldor-Hicks difere do conceito de eficiência em Pareto. A 'eficiência Pareto', ou eficiência alocativa, é denominada segundo seu inventor, Vilfredo Pareto, cientista, advogado e economista ítalo-suíço. Segundo esse conceito, uma situação em particular é considerada Pareto eficiente se for impossível modificá-la, para que uma pessoa fique melhor (em sua própria avaliação) sem que a outra pessoa envolvida na situação fique pior (novamente, de acordo com a avaliação desta pessoa). (COOTER; ULEN, 2012, p. 14). Assim, para que uma situação ou transação seja superior em Pareto, é necessário que uma pessoa fique melhor sem que a outra fique pior. Essas condições são raramente encontradas no mundo real, por isso Posner usa o conceito menos rígido de eficiência, o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks. (POSNER, 2014, p. 14). A eficiência Kaldor-Hicks também é conhecida como Pareto Potencial. Se, de acordo com Pareto, somente seriam recomendáveis modificações que não prejudicassem ninguém (ou que houvesse o pagamento de uma compensação dos vencedores aos perdedores), para uma melhora Pareto Potencial a compensação não necessariamente precisa ser feita, basta que seja possível, de forma a que os vencedores ainda tenham algum ganho. Ou seja, que os vencedores ganhem mais do que perdem os perdedores, ou que considerado o custo total, o benefício total ainda seja maior. Essa é, na essência, a técnica da análise de custo-benefício. (COOTER; ULEN, 2012, p. 42).

[446] POSNER, op. cit., p. 34-35.

[447] BENTHAM, 1970, p. 11.

Assim, seguindo um comportamento racional, o homem procurará otimizar sua utilidade (bem-estar), condicionada aos custos e benefícios obtidos em cada ação ou escolha realizada.[448] A teoria da Escolha Racional também é conhecida como a teoria da maximização da utilidade esperada.[449]

A premissa de racionalidade que informa a teoria da escolha racional não deve ser entendida como a de um cálculo rigorosamente matemático e consciente, que informaria as escolhas em geral:

> Rational maximization should not be confused with conscious calculation either. Economics is not a theory about consciousness. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. So animals are rational. Nor is rationality omniscience. Information is costly, and often the costs are prohibitive, especiallly when the information one would like to have concerns the future. Rational choice theory acepts that people's ability to process information is limited – there are costs not only of obtaining information but also of absorbing and using it.[450]

Posner acrescenta que uma premissa não deve ser confundida com uma conclusão. A premissa de que as pessoas escolhem de maneira racional em todas as áreas de suas vidas é apenas o início da análise econômica. Ela indica uma aproximação. Mesmo as pessoas perfeitamente normais não são sempre racionais. Há situações em que a escolha racional é impedida pela incerteza, que é definida como um risco não calculável. A incerteza é uma característica da vida humana, e esta não é ignorada pela economia. A premissa (extremamente útil, apesar de não ser exata) de que os homens são racionais e buscam maximizar sua satisfação implica que as pessoas reagem a incentivos – ou seja, que se as condições se

---

[448] GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção: teoria e evidências.** Uma aplicação ao Setor de Obras Rodoviárias no Rio Grande do Sul. 2003.361p. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 107.

[449] BERGER, Luiz Marcelo. **Um modelo baseado em agentes para estudo das propriedades emergentes decorrentes da aplicação da lei penal.** 2008. 165 p. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 47.

[450] A maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente. Economia não é uma teoria sobre consciência. O comportamento é racional quando se conforma ao modelo da escolha racional, qualquer que seja o estado de espírito daquele que escolhe. Nessa linha, os animais são racionais. A racionalidade também não é onisciência. A informação custa, e frequentemente os custos são proibitivos, especialmente quando a informação que se deseja se refere ao futuro. A escolha racional aceita que a habilidade das pessoas em processar informação é limitada – há custos não apenas para obter a informação como para absorvê-la e utilizá-la. Tradução nossa. (Ibid., p. 3-4).

modificam, de forma a que elas possam aumentar sua satisfação pela mudança de um comportamento, irão fazê-lo.[451]

O autor afirma ainda que as decisões racionais frequentemente são intuitivas. O conceito de racionalidade para a teoria é objetivo, não subjetivo; ele significa a habilidade ou inclinação das pessoas para usar, de maneira instrumental, a razão para a condução de suas vidas. Por isso, o fato de que as pessoas nem sempre tomam decisões racionais não invalida a teoria.[452]

3.3.3.2 A teoria econômica do crime e da punição

Gary Becker retomou as ideias de Beccaria e de Bentham e formulou sua teoria econômica sobre o crime e a punição. Ele explica ter feito isso por não simpatizar com a ideia de que a motivação das pessoas que cometiam crimes era radicalmente diferente da de todas as outras pessoas. Assim, passou a trabalhar a ideia de racionalidade no comportamento criminoso. Por racionalidade ele não queria implicar um materialismo estreito, pois reconhecia que muitas pessoas agiam em função de considerações morais e éticas e que não cometiam crimes mesmo que eles pudessem ser lucrativos e não houvesse perigo de detecção. Se todos agissem assim, contudo, polícia e prisões não seriam necessárias; logo, a racionalidade implica que algumas pessoas se tornem criminosas por causa do benefício financeiro que o crime traz, comparado ao trabalho lícito, levando em consideração a probabilidade de apreensão e de condenação, bem como a severidade da pena.[453]

A partir do modelo de Becker, outros autores estrangeiros desenvolveram pesquisas testando modelos teóricos mais complexos, tanto estatísticos como

[451] POSNER, 2014, p. 4-5.

[452] Olsson e Timm explicam que a economia, evidentemente, não percebe toda a realidade que possa interessar para o sistema jurídico, da mesma forma que muitas ações humanas não podem ser explicadas pela perspectiva econômica, como a motivação para o estrupro, muitos homicídios, ou atos realizados em estado de incapacidade civil, que melhor poderiam ser tratados pela psicoloia e pela psicopatologia. Entretanto, essas limitações não seriam maiores do que as deficiências de outras teorias que pretendem abordar sistemas jurídicos e sociais, porque todas as análises são recortes metodológicos de observações da realidade. (OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.111-131).

[453] BECKER, 1992, p. 41-42.

econométricos.[454]Polinsky e Shavell propõem um exame sistemático da teoria de aplicação da lei (public enforcement of law) tanto aos indivíduos como às empresas. O modelo básico da conduta individual pode ser expresso pela seguinte fórmula

$$g > p\,(f + \mathrm{l}\,t)$$

Onde:

g = ganho que o agente obtém com a prática do crime;

p = probabilidade de detecção;

f = multa;

t = tempo de cumprimento da pena;

l = desutilidade que o agente deve suportar por unidade de tempo de cumprimento de pena (aversão ao risco de aprisionamento)

De acordo com esse modelo teórico, um agente – neutro em relação à aversão ao risco de aprisionamento ou de pagamento de multa – cometerá o delito se e somente se a utilidade esperada com a conduta ilícita - levando em consideração o ganho e a chance de ser descoberto e punido – exceder sua utilidade caso ele não pratique o delito. [455]

O custo do crime (o tamanho da punição: multa + tempo de prisão) é uma função de *p*. Como explica Becker, *p* é a relação dos crimes esclarecidos e punidos em consideração ao número total de crimes praticados, ou seja, é a probabilidade geral de que um crime seja descoberto, investigado e punido por uma pena imposta numa condenação (*cleared by conviction*).[456]

Becker introduz os custos de apreensão e condenação, que tornam a probabilidade de apreensão e de condenação uma variável de decisão importante, e trata a punição pela prisão e outros métodos da mesma maneira que pagamentos monetários. Segundo o autor, o crime não é analiticamente tão diferente de qualquer

[454] OLSSON; TIMM, 2012, p. 111-131, p. 128.
[455] POLINSKY; SHAVELL, 2000, p. 47-48.
[456] BECKER, 1974, p. 7.

outra atividade, e quando os crimes são punidos por multas, essas diferenças analíticas virtualmente desaparecem.[457]

Polinsky e Shavell aprofundaram a análise e acrescentaram à equação a variável da forma de responsabilização (subjetiva ou objetiva). Para esses autores, há um ganho crítico (critical gain) acima do qual os indivíduos irão cometer um ilícito e abaixo do qual eles serão dissuadidos dessa prática (deterred). Esse ganho crítico seria determinado, portanto, pela probabilidade de detecção, pelo nível de sanções, e pelo standard de responsabilização.[458]

Do ponto de vista do criminoso, a punição é vista como o preço que ele paga pelo crime (do ponto de vista da sociedade isso será verdadeiro se a punição for na forma de uma multa). O economista prevê que um aumento tanto na severidade da punição como a probabilidade de sua imposição irá aumentar o preço do crime, e, com isso, reduzir a sua incidência. O criminoso será incentivado a substituir a conduta criminosa por outra atividade. Os preços não-pecuniários, como a desutilidade imposta por uma sentença de prisão são chamados de preços-sombra (shadow prices).[459]

Quando a probabilidade de detecção for fixa, e a forma de responsabilização, objetiva, sendo as penas somente pecuniárias (multas) – como é o caso da lei anticorrupção (ou seja, não há penas de prisão), os indivíduos cometerão os delitos se e somente se o seu ganho for maior do que a multa esperada.[460]

---

[457] BECKER, 1974, p. 36-37.

[458] A partir da ideia de bem-estar social, que se pressupõe igual à soma das utilidades esperadas pelos indivíduos, na hipótese de que os indivíduos sejam neutros ao risco, o bem-estar social pode ser expresso simplesmente como os ganhos que os indivíduos obtém da prática de seus atos, menos os danos provocados, menos os custos de aplicação da lei (law enforcement). (POLINSKY; SHAVELL, 2000, p. 48-49).

[459] POSNER, 2014, p. 5-6.

[460] As multas não alteram o bem-estar social diretamente porque se considera que não há custos para sua imposição (ao contrário das penas de prisão, em razão do custo de construção e manutenção das prisões, dos agentes penitenciários, da alimentação dos presos, etc.). Entretanto, as multas afetam o bem-estar social indiretamente, ao determinar quais indivíduos cometerão os delitos. Por exemplo, se a pena for igualada ao valor do dano, o indivíduo cometerá o delito se o seu ganho for maior que o dano causado. Para indivíduos que têm aversão ao risco, a multa ótima pode ser menor do que para os indivíduos que são neutros em relação ao risco, porque eles serão mais facilmente desestimulados a cometer os atos ilícitos. Entretanto, a multa para os que têm aversão ao risco poderá ser mais alta com a finalidade de desestimular um número maior de pessoas a cometer os atos ilícitos. (POLINSKY; SHAVELL, op. cit., p. 50).

Por outro lado, quando a probabilidade de detecção for variável, a responsabilidade, objetiva, e as penas, de multa, para indivíduos neutros ao risco as penas devem ser máximas:

> [...] To demonstrate this, suppose that *f* is less than $f_{m.}$ Than *f* can be raised and *e* lowered so as to keep *p*(*e*)*f* (that is, *˜g*) constant – so deterrence is constant. Because the behavior of individuals is inaffected but enforcement expenditures fall, social welfare rises (the first two terms in (2) do not change but *e* is lower). Hence, the optimal *f* cannot be less than $f_{m.}$ In other words, because any particular level of deterrence can be achieved with different combinations of the fine and the probability of detection, society should employ the highest possible fine and a correspondently low probability of detection in order to economize on enforcement expenditures.[461]

Se, por outro lado, os indivíduos tiverem aversão ao risco, a multa ótima geralmente não será a máxima. De fato, quando os indivíduos têm aversão ao risco, as multas tornam-se uma sanção socialmente custosa, mais do que uma mera transferência de riqueza. Para Polinsky e Shavell, "The more risk averse that individuals are, the better it is to control their behavior by using a lower fine and a higher probability of detection, even though this raises enforcement costs."[462]

Polinksy e Shavell afirmam que suas proposições são válidas também quando estiver presente a relação principal-agente. Por exemplo, o principal pode ser uma empresa e o agente, um empregado. Nesse caso, quando o dano for causado pelo comportamento dos principais e dos agentes, muitas das conclusões são aplicáveis ao sancionamento dos principais. Assim, para uma empresa neutra em relação ao risco, a multa ótima será o valor do dano dividido pela probabilidade de ser

---

[461] No trecho acima citado, *f* = fine (multa), f_m = maximum possible fine (a maior multa possível), *e* = enforcement expenditures by the government (gastos governamentais com o sistema de justiça), *p* = probability of detection (probabilidade de detecção) , *˜g* = critical gain (ganho crítico). Para demonstrar isso, suponha que a multa é menor do que a multa máxima. Então a multa pode ser aumentada e os custos com o sistema de justiça diminuídos, de forma a manter *p*(*e*)*f* (ou seja, o ganho crítico) constante – então a dissuasão é constante. Porque o comportamento do indivíduo não é afetado, mas os gastos com o sistema de justiça caem, o bem-estar social cresce (os dois primeiros termos em (2) não se alteram, mas *e* é menor). Assim, a multa ótima não pode ser menor do que a multa máxima. Em outras palavras, porque qualquer nível de dissuasão em particular pode ser alcançado com diferentes combinações entre a multa e a probabilidade de detecção, a sociedade deve utilizar a mais alta multa possível e uma probabilidade de detecção correspondente baixa, para economizar em gastos com o sistema de justiça. Tradução nossa. (POLINSKY; SHAVELL, 2000, p. 53).

[462] Quanto mais aversos ao risco forem os indivíduos, a melhor forma de controlar seu comportamento é utilizar uma multa mais baixa e aumentar a probabilidade de detecção, mesmo que isso aumente os custos de aplicação da lei penal. Tradução nossa. É oportuno relembrar que, no caso da lei anticorrupção, essa fórmula precisaria de uma adaptação, porque a multa não poderá ser nunca inferior à vantagem auferida, de acordo com o inciso I do art. 6º. (Ibid., p. 54).

detectado (*f=h/p*). Desta forma, asseguram os autores, as empresas iriam portar-se de maneira ótima ao controlar seus agentes, e, em particular, contratar com eles e monitorá-los de forma a trazer incentivos socialmente adequados para reduzir os danos. A distribuição das penas entre o principal e o agente também são alvo de considerações: essa situação será importante se de alguma forma puder reduzir o ônus total, ou seja, se a multa for imposta somente ao agente, e este não tiver condições econômicas de pagá-la. Desta forma, conjuntamente, empresa e empregado iriam "escapar" parcialmente da punição, diminuindo a dissuasão. Por isso a multa deve ser, prioritariamente, imposta à empresa. Polinsky e Shavell defendem ainda que penas de prisão sejam previstas para os agentes, para melhor controlar suas condutas. [463]

Quanto a outras formas de sanção, a redução de partes ou posições a partir das quais se possam causar danos (*incapacitation*) é igualmente estudada como uma das maneiras pelas quais a sociedade pode procurar aumentar a dissuasão de condutas danosas. [464] Portanto, na lógica da lei anticorrupção, as penas civis de aplicação judicial de suspensão ou interdição parcial de atividades e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos e entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público poderiam ser consideradas formas de incapacitação.

Posner aborda também as "shaming penalties", ou penas que impõem vergonha ou desutilidade em forma de embaraço ou humilhação, mas frequentemente fornecem também informações relevantes para o público. [465] A publicação extraordinária da decisão condenatória prevista pela lei anticorrupção tem esse efeito de exposição da empresa, e trará desutilidade, por exemplo, no valor das ações da empresa, caso se trate de uma sociedade anônima. Além disso, poderá trazer informações relevantes (por meio da inclusão do nome da empresa no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, instituído pelo art. 22 da lei) para órgãos das administrações públicas da União, Estados e Municípios, quando desencadearem processos licitatórios ou de contratação de empresas privadas.

[463] POLINSKY; SHAVELL, 2000, p. 54.
[464] Ibid., p. 68-69.
[465] POSNER, 2014, p. 264.

Em relação à forma de responsabilização, são três as principais razões para a escolha da responsabilidade objetiva: a dificuldade em provar o conhecimento e a intenção da prática do ato; o ceticismo de que os réus realmente não tinham conhecimento dos fatos e o incentivo para que todos tomem um cuidado extra, a fim de evitar essa forma de responsabilização.[466]

Posner reafirma a ideia geral de que, quanto menor a probabilidade de punição, mais severas devem ser as penas, para manter a dissuasão.[467] Essa ideia já aparecera em Montesquieu[468], havia sido em alguma medida expressa por Beccaria[469], assim como por Bentham, para quem o ganho do delito é mais garantido do que sua punição. Para manter a superioridade da punição sobre o ganho do delito, ela deve ser avaliada em termos de certeza e de proximidade.[470]

3.3.3.3 Aplicação do modelo à Lei 12.846/2013

Retomando a equação que expressa o ganho do agente com a prática do crime (a fim de avaliar a dissuasão das penas aplicadas administrativamente, na lei anticorrupção) podemos reduzi-la, para simplificar, a $g > p(f)$, por não haver previsão de penas de prisão. Dito de outra forma, o agente econômico, ao considerar os custos e os benefícios da conduta corrupta, terá vantagem na prática do crime quando o ganho for maior do que a multa, multiplicada pela probabilidade de ser apanhado e punido.

Já vimos acima que as multas podem chegar a valores bastante elevados. Além disso, a elas podem ser acrescidas as outras sanções previstas na lei, o que aumenta a severidade da punição. Resta, agora, verificar o valor possível de *p.*

Se *p* é a relação dos crimes esclarecidos e punidos em consideração ao número total de crimes praticados, ou seja, é a probabilidade geral de que um crime

---

[466] POSNER, 2014, p. 280.
[467] Ibid., p. 265.
[468] Segundo Montesquieu, a causa da fraqueza do sistema penal seria a impunidade dos crimes, e não a moderação das penas. (MONTESQUIEU, 2008, Livro VI, Capítulo XII).
[469] De que a certeza de um castigo, ainda que moderado, faria sempre uma maior impressão do que o temor de um outro, mais terrível, unido à esperança de impunidade. (BECCARIA, 1991, p. 71).
[470] BENTHAM, 1970, p. 169-170.

seja descoberto, investigado e punido por uma pena imposta numa condenação, alguns referenciais relativos ao funcionamento dos sistemas de controle e do sistema de justiça brasileiro podem nos mostrar um caminho.

Em primeiro lugar, é preciso considerar a probabilidade que as autoridades legitimadas detectem os atos lesivos e instaurem os processos administrativos de responsabilização dentro do prazo de 5 (cinco) anos, após o qual prescreve a pretensão punitiva, de acordo com o art. 25 da lei.

Se a corrupção envolver estratos mais altos da administração, alcançando a autoridade máxima do órgão ou da entidade da Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes ou ente federativo, ou seja, o gestor público legitimado para o processo de apuração, é grande a possibilidade de que esta autoridade, apesar de ciente dos fatos lesivos, se omita no dever de instaurar o processo.

Trata-se do problema do risco moral (moral hazard), ou de ação oculta, problema que é especialmente sério em contextos de corrupção. Como apontam Alencar e Gico Jr., “na maioria das vezes, os agentes envolvidos no crimes estão efetivamente cientes de sua ocorrência (assimetria de informação), o que nos leva ao segundo problema: colusão.” [471]

Essa percepção é confirmada pela análise de Araújo, para quem nos acostumamos a associar o combate estatal da corrupção à manifestação de órgãos externos ao Poder Executivo, como o Ministério Público e o Poder Judiciário. Quando a manifestação do poder sancionador se dá por órgãos vinculados ou subordinados ao Executivo, como a Polícia Judiciária, a Controladoria-Geral da União e a Receita Federal, a deflagração da pretensão sancionatória normalmente

[471] ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan./jun. 2011, p. 81.

não é capitaneada pelo órgão ou entidade da Administração que foi diretamente lesado pelo ato de corrupção.[472]

No caso da omissão da autoridade administrativa na responsabilização da empresa, existe a possibilidade da via judicial de responsabilização aplicar também as sanções administrativas, de forma cumulativa com as sanções civis (art. 20 da lei). A atribuição para a aplicação dessas sanções, então, será exclusiva do Ministério Público [473] (e não das Advocacias Públicas ou dos órgãos de representação judicial da Administração).

Os legitimados para o processo judicial, são, de um lado, a Administração (por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial) e, de outro, o Ministério Público. Se há envolvimento da autoridade que tem legitimidade para a instauração do processo administrativo, é difícil imaginar uma hipótese em que a informação relativa ao ato lesivo chegue ao conhecimento oficial da Advocacia Pública ou do órgão de representação judicial. O Ministério Público tem a vantagem da independência funcional e da autonomia administrativa (art. 127, §§ 1º e 2º da Constituição da República). Entretanto, para que possa agir, é necessário que tome conhecimento dos fatos.

A detecção do ato lesivo poderá ocorrer então pela atuação dos sistemas de controle da Administração Pública, tanto o interno como o externo, ou o controle social. O exame das contas públicas pelos Tribunais de Contas dos Estados e da União, as auditorias especiais, a fiscalização de municípios por sorteio, a informação que deve estar acessível ao cidadão, nas páginas de transparência, em razão da Lei de Acesso à Informação[474] trazem as possibilidades de que os atos lesivos sejam detectados.

---

[472] ARAÚJO, Kleber Martins de. Responsabilização da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 194.

[473] Se o Ministério Público levar essas sanções para o processo judicial, preclui a possibilidade de aplicação na esfera administrativa (sob pena de bis in idem). A omissão poderá ficar caracterizada inclusive pela demora injustificada na tramitação de procedimento administrativo já instaurado.

[474] Lei 12.527/11.

O Tribunal de Contas da União exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas ao TCU.[475]

O TCU exerce a fiscalização por meio dos instrumentos de acompanhamento, auditoria, inspeção, levantamento e monitoramento. Em 2014 foram concluídas 680 fiscalizações pelo Tribunal e autuados 5.625 processos referentes à matéria de controle externo. Foram autuadas 2.399 Tomadas de Contas Especiais e apreciadas 1.903. O Tribunal julga as contas de administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais, bem como as contas de qualquer pessoa que der causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário federal. Em 2014, 24% das contas foram julgadas irregulares, 25%, regulares com ressalvas, e 51% das contas foram aprovadas. Foram condenados 2.307 responsáveis ao pagamento de multa ou ressarcimento de débito, no valor total de R$ 2.075.000,00 (dois bilhões e setenta e cinco milhões de reais, e aplicadas multas a 361 responsáveis, em outros processos, no valor de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezendos mil reais). Ainda em 2014, 52 empresas foram declaradas inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal.[476] A atuação do Tribunal é de fundamental importância para a fiscalização da Administração Pública e a correção das irregularidades, mas evidentemente, não é capaz de acontecer em todos os casos de lesão ao erário.

O percentual de casos que são detectados e investigados, em relação ao total dos ilícitos cometidos, entretanto, é difícil de ser estimado. A ideia de cifra negra expressa essa situação:

---

[475] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Institucional.** Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

[476] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Atividades 2014.** Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/relatorios/relatorios-de-atividades.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

> La perpetración de un hecho delictivo pasa, a menudo, inadvertida, no trasciende a terceiros, o trasciende, pero éstos, por muy diversas razones, no denuncian el mismo, de modo que ni siquiera llega a conocimiento de la autoridad competente para perseguirlo y castigarlo. Otras veces la denuncia no da su fruto: no se abre la oportuna investigación o arroja un resultado final negativo. Pues la autoridade policial y la judicial filtran y selecionan aquellas pretensiones punitivas que – a juicio de estas últimas – requieren y merecen la respuesta oficial del Estado. La propia persecución formal del hecho denunciado, por otra parte, no siempre concluye con una sentencia condenatória para el presunto infractor ni éste cumple en su caso, un hipotético castigo impuesto. Ni todo delito cometido trasciende ni todo delito conocido se denuncia, ni todo delito denunciado se persigue, ni todo delito perseguido se castiga, ni toda condena impuesta se cumple.[477]

De todo modo, quando iniciado o processo de responsabilização administrativa da lei anticorrupção, terá ele que ser concluído dentro do prazo de 5 (cinco) anos, por força do prazo prescricional, que foi interrompido pela instauração do processo, e voltou a correr em sua integralidade. (A interrupção ocorrerá tanto com a instauração de um processo administrativo como com a instauração do processo judicial, sobre a mesma infração, ou com a celebração do acordo de leniência, por força do §9º do art. 16 da lei anticorrupção.[478])

Concluído o processo, condenada a empresa, e definida a multa administrativa, caso não haja pagamento espontâneo, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública. É preciso, então, cobrar a multa.

No âmbito da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) efetua a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa, tributários ou não tributários, que têm origem em diversos órgãos da administração pública federal, bem como créditos não tributários do FGTS, que são os órgãos de origem, tais como

---

[477] A perpetração de um fato delitivo passa, frequentemente, inadvertida, não chega ao conhecimento de terceiros, ou se chega, estes, por razões muito diferentes, não o denunciam, de modo que nem sequer chega ao conhecimento da autoridade competente para persegui-lo e castigá-lo. Outras vezes a denúncia não dá frutos: não se abre a investigação ou o resultado final é negativo.Pois a autoridade policial e a autoridade judicial filtram e selecionam aquelas pretensões punitivas que, em seu juízo, requerem e merecem a resposta oficial do Estado. A própria persecução formal do fato denunciado, de outra parte, nem sempre conclui com uma sentença condenatória para o presumido infrator nem este cumpre, no caso, um hipotético castigo imposto. Nem todo delito cometido chega a ser conhecido, nem todo delito conhecido se denuncia, nem todo delito denunciado se processa, nem todo delito processado se castiga, nem toda condenação imposta se cumpre. Tradução nossa. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 263-264).

[478] CALABRICH, Bruno. Disposições finais da lei anticorrupção: prescrição, cadastros, responsabilização de autoridades omissas e outras questões relevantes. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 345,

os Ministérios da Defesa; da Fazenda; da Justiça; da Saúde; do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, entre outros.[479]

O balanço geral da dívida ativa da União de 2011 (último relatório disponível no sítio da PGFN)[480] informa que foram arrecadados R$ 11.795.380.000,00 (onze bilhões, setecentos e noventa e cinco milhões e trezentos e oitenta mil reais) em depósitos judiciais. A arrecadação total (incluindo créditos tributários e não tributários), parcelados ou não, chegou a 13.636.907.233,73 (treze bilhões, seiscentos e trinta e seis milhões, novecentos e sete mil, duzentos e trinta e três reais e setenta e três centavos) enquanto que o estoque (ou seja, o que não foi arrecadado, parcelado e não-parcelado), ficou em R$ 998.762.268.281,57 (novecentos e noventa e oito bilhões, setecentos e sessenta e dois milhões, duzentos e sessenta e oito mil, duzentos e oitenta e um reais e cinquenta e sete centavos). O impacto da arrecadação sobre o estoque foi de 1,37%. Em 2015, a PGFN comemorou a recuperação de 17,17% do valor total das certidões encaminhadas a protesto pelos cartórios (protesto extrajudicial das certidões da dívida ativa da União), em montante superior a R$ 514.000.000,00 (quinhentos e catorze milhões de reais). Essa é uma via que pode acelerar a recuperação de parte dos créditos. Informação mais recente dá conta, entretanto, que a dívida ativa histórica é de R$ 1.500.000.000.000,00 (um trilhão e meio de reais), ficando a recuperação em torno de 1% ao ano. Com essa "capacidade" de cobrança de créditos pelo Estado, a probabilidade de que as multas administrativas impostas a empresas punidas pela administração pública sejam realmente cobradas na esfera federal é baixíssima.[481]

---

[479] Por força do art. 12 da Lei Complementar 73/93, e do art. 1º do Decreco-Lei nº 147/67, assim como do art. 2º da Lei nº 8.844/94. Disponível em: <http://www3.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/orgaos-envolvidos>. Acesso em: 22 fev. 2016.

[480] BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Balanço Geral da União – 2011.** Dados Estatísticos da Dívida Ativa da União. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos>. Acesso em: 23 fev. 2016.

[481] Atualmente, a Fazenda Nacional arquiva cobranças em valores de até R$ 20.000,00 (vinte mil reais), porque os custos de cobrança superam o valor que seria recuperado. Segundo a notícia publicada no Jornal Valor Econômico, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) pretende mudar seu modo de atuação e dar maior atenção aos débitos superiors a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Os valores menores a esse teto, que representam cerca de 90% das ações de execução fiscal, seriam inscritos no Cadastro Inforativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), protestados em cartório ou inscritos em cadastros restritivos de crédito, como os da Serasa Experian, o que ainda está em estudo. Ainda de acordo com a notícia, a União possuiria

Já apontamos anteriormente que a escolha da via administrativa implica, na prática, que a condenação e a imposição da multa poderão ser contestadas judicialmente, quer via mandado de segurança (em caso de ilegalidade na aplicação das sanções administrativas, que ofenda direito líquido e certo), quer por meio de uma ação anulatória do ato administrativo. Assim, "de acordo com a Constituição (art. 5, XXXV), todos os atos administrativos estão sujeitos à revisão judicial de forma tal que uma eventual discrepância de avaliação pode ser resolvida recorrendo-se ao judiciário para reverter a decisão administrativa" [482]. Nesse momento entra em consideração o tempo de tramitação dos processos judiciais, até que uma decisão definitiva possa ser alcançada.

Esse fator – o tempo de tramitação das ações judiciais – também irá impactar no processo de responsabilização para a aplicação das sanções cíveis (que tem, contudo, a vantagem de já começar no Judiciário). Importante ressaltar que, nesse caso, o prazo prescricional de cinco anos é contado apenas até a propositura da ação civil, após o que, de acordo com o art. 21 da lei anticorrupção, segue-se o rito da Lei 7.343/85, não havendo falar em prescrição intercorrente, por completa ausência de previsão legal, na mesma linha de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da lei de improbidade.[483]

Alencar e Gico Jr. observam ainda que os sistemas judiciais e administrativos são largamente similares, sem diferenças materiais em padrões de prova ou legislaçãoo aplicável. Apesar do procedimento ser diverso e dos sistemas serem independentes, as provas coletadas em uma instância podem ser utilizadas pelas demais, o que contribui para que os fatos apurados em cada uma sejam muito semelhantes.[484]

Quanto à litigiosidade da Justiça brasileira, os dados do Conselho Nacional de Justiça mostram que, em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados

---

cerca de 4,5 milhões de execuções fiscais ativas e quase 10 milhões de inscrições em dívida ativa. Procuradoria da Fazenda quer protestar dívidas tributaries de até R$ 1 milhão. Notícia publicada no jornal Valor Econômico. 11 abr. 2016.

[482] ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011, p. 83.

[483] QUEIROZ, 2015, p. 333-334.

[484] Ibid., p. 83.

ter sido inferior ao de ingressados. O Relatório Justiça em Números de 2015 estimava que ao final de 2014 o estoque iria crescer em meio ponto percentual, ultrapassando a marca de 71,2 milhões de processos pendentes. O número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Em consequência disso, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com um aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior.[485]

Deste acervo de 70,8 milhões de processos, mais da metade, 51%, eram referentes à fase de execução. Desses, 82,5% concentravam-se na Justiça Estadual e 11,5%, na Justiça Federal. Os grandes responsáveis pela morosidade dos processos de execução são justamente os processos de execução de título fiscal, que representam 75% do total de casos pendentes, com taxa de congestionamento de 91%, tanto na Justiça Federal como na Justiça Estadual. Dentre as execuções judiciais, eram 6,5 milhões de casos pendentes com taxa de congestionamento de 70%. Destes processos, 19% do total eram execuções penais (880 mil casos de execução de penas privativas de liberdade e 360 mil casos de execução de penas não-privativas de liberdade).[486] O CNJ ainda não mede o tempo de tramitação dos processos judiciais, tanto cíveis como criminais.

A exposição do ciclo detecção da infração - instauração do processo administrativo/instauração do processo judicial - decisão condenatória - cobrança para execução da multa e publicação extraordinária da decisão condenatória/contestação judicial das sanções - decisão final com trânsito em julgado, bem como os dados estatísticos apresentados permitem concluir que a probabilidade de ser apanhado e condenado no Brasil, bem como de que as penas sejam executadas, é bastante baixa.

As empresas de maior porte, detentoras de elevados recursos financeiros, terão condições, igualmente, de contratar os melhores advogados, os quais poderão levar a discussão da condenação e a execução das sanções às últimas instâncias

[485] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015:** ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015, p. 34.
[486] BRASIL, 2014, p. 43.

(obviamente, no exercício constitucional da defesa de seus clientes contra os abusos da Administração e a lesão de direitos constitucionalmente garantidos). Entretanto, o sistema processual brasileiro, como é de conhecimento notório, permite a interposição de um sem-número de recursos[487]. As varas judiciais e os tribunais brasileiros estão abarrotados de processos, e os juízes têm milhares de casos para resolver.[488] Os prazos de prescrição (para as sanções criminais) são alcançados com uma frequência indesejável. Assim, como já alertara Posner, mesmo que alguém seja "culpado" de um ilícito, é possível que ele não seja punido.

A pesquisa realizada por Alencar e Gico Jr. sobre o desempenho judicial no combate à corrupção[489] concluiu que o sistema judicial brasileiro é altamente ineficaz. Os autores definiram sistema judicial de forma ampla, de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também os promotores públicos, os advogados, os policiais, etc. O sistema de responsabilidade considerado foi o de responsabilidade tríplice (administrativo, penal e cível), ao qual estão sujeitos os servidores públicos brasileiros.

A premissa do estudo é a de que, quando um desses sistemas identifica um agente corrupto, ele deveria ser processado e punido pelos demais sistemas. A amostra da pesquisa limitou-se aos servidores públicos (agentes de corrupção passiva, peculato, ou seja, teriam recebido vantagem indevida). Supondo que os servidores públicos punidos administrativamente são realmente corruptos, os autores explicitam:

---

[487] O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrou em vigor em 18 de março de 2016 poderá, eventualmente, reduzir o tempo de tramitação dos processos até a solução definitiva das lides, mas ainda é incerto como algumas de suas disposições serão interpretadas, pelo Judiciário.

[488] Em 2014, o Poder Judiciário possuía 16.927 magistrados em exercício, dos quais 11.631 968,7% atuavam na Justiça Estadual. Do total de magistrados, 77 são ministros de Tribunais Superiores (0,45%), 2.190 desembargadores (12,9%), 142 juízes substitutos de 2º grau (0,8%) e 14.518 juízes de primeiro grau (85,8%). Em 2014, ingressaram em média 1.551 casos novos por magistrado no Poder Judiciário, com valor semelhante entre a primeira e a segunda instâncias. A carga de trabalho por magistrado – a soma dos casos novos, dos casos pendentes (inicial), dos recursos internos novos, dos recursos internos pendendes (inicial), dos incidentes em execução novos e dos incidentes em execução pendentes (inicial), dividida por número de magistrados em atuação – é de 7.070 processos para cada magistrado de primeira instância na Justiça Federal, e de 7.520 processos para cada magistrado de primeira instância, na Justiça Estadual. Em segundo grau, os magistrados têm 2.878 processos na Justiça Estadual, e 12.736 na Justiça Federal. (BRASIL, op. cit.)

[489] ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011.

> Suponha que um indivíduo deseje obter uma renda ilegal “R”, que pode resultar de sonegação fiscal, venda de bens superfaturados ao governo ou outros esquemas semelhantes. Para obter essa renda, normalmente, é necessário colusão, logo, uma propina será paga. Chamemos essa propina de “B”. Há uma possibilidade “p” de essa colusão ser descoberta e denunciada por um terceiro, por exemplo, um auditor externo, o superior hierárquico do agente, um colega de trabalho ou um competidor prejudicado. Se o esquema é descoberto, o corruptor provavelmente será punido com a penalidade “J”, aplicada pelo Judiciário. Essa penalidade pode envolver tanto sanções criminais (tempo de carceragem e multa) quanto cíveis (indenizações).[490]

Como resultado, a corrupção só valerá a pena para o agente corruptor se a renda ilegal obtida pelo indivíduo (R) menos o custo da obtenção dessa renda (propina B) ponderada pela chance de não ser descoberto (1-p) for maior ou igual a zero, ou seja, a corrupção não é detectada (1-p) (R-B) – p (J+B) ≥ 0. Se a ofensa é descoberta, o indivíduo estará sujeito a uma penalidade “J”, além de ter incorrido nos custos da propina “B”, de qualquer forma. “P” representa a probabilidade de ser punido, logo *p* (J+B) representa o ônus esperado de ser pego.

A partir daí, a pesquisa passa a analisar a corrupção somente pela ótica do servidor público, aquele que recebe a vantagem indevida, porque a proposta dos autores era verificar a eficácia do sistema judicial, englobando as sanções aplicadas no âmbito cível e criminal (responsabilidade individual subjetiva, mediante apuração da culpabilidade). A amostra da pesquisa foi composta pela relação de todos os servidores públicos federais demitidos por corrupção[491] (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Planejamento, Desenvolvimento Agrário) durante o período de 1993-2005. Os Ministérios foram escolhidos pelas características de terem cobertura nacional; presença de estrutura organizacional de combate à corrupção; papel relevante no desenvolvimento de políticas públicas; cultura organizacional e níveis de profissionalismo diversos; atividades potencialmente mais vulneráveis à corrupção (poder de polícia e compras públicas); e papel relevante na alocação de recursos.

Identificados os servidores demitidos, foram vasculhadas as bases de dados judiciais para cada um deles, em busca de processos cíveis ou penais,

[490] ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011, p. 78.
[491] Dados colhidos pela leitura da publicação das decisões no Diário Oficial do período da pesquisa.

independentemente de terem sido concluídos ou não. A pesquisa levou em consideração os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração, incluindo todas as varas federais, o STJ e o STF. Foram consideradas a taxa de reversão das demissões administrativas e os casos de obtenção de ordem judicial para reintegração (o resultado encontrado foi o de que mais da metade dos servidores demitidos entra com uma ou mais ações para ser reintegrado). Isolados esses servidores (onde a decisão administrativa foi revertida, e a reintegração, concedida) do contexto dos demais foi possível extrair uma primeira conclusão: apenas um terço (34,01%) dos servidores públicos demitidos administrativamente são processados criminalmente (os autores ressalvam que esses dados referem apenas à condenação a sanções penais, não implicando necessariamente na aplicação da lei – ou seja, se a sanção foi efetivamente imposta e a pena, cumprida).

Assim, a eficácia do sistema criminal foi medida em cerca de 3%:

> Convém lembrar que mesmo esse baixíssimo desempenho na aplicação da lei não representa necessariamente tempo de carceragem, pois o regime prisional pode ser convertido em outros tipos de punição dependendo do tempo de prisão imposto. Em resumo, o resultado que encontramos é que a chance de alguém ser efetivamente preso, no Brasil, por corrupção, é próxima de zero.[492]

E a situação não é diferente quando se analisa a possibilidade da imposição de sanções cíveis. Apesar de se esperar um desempenho melhor do sistema judicial cível, cuja legislação, segundo os autores, emprega padrões de sanção mais maleáveis que os penais, menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente enfrentou processos judiciais cíveis (24,26%). Destes, só 13 foram condenados: “os resultados efetivos são ainda mais desapontadores do que os do sistema penal: apenas 7 condenações definitivas foram encontradas, isto é, casos não mais pendentes de qualquer tipo de recurso (trânsito em julgado).” Assim, o desempenho judicial do sistema cível ficou em menos de 2%. Combinando os resultados penais e cíveis, desprezando-se a possibilidade de haver contagem em dobro, o desempenho do sistema judicial teria taxa de sucesso inferior a 5% (4,76%).

[492] ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011, p. 88.

Tomaremos esse estudo como base para arbitrar a probabilidade de uma empresa ser punida, pela aplicação da lei anticorrupção. Uma objeção que se pode fazer é a de que a amostra da pesquisa utilizou servidores públicos demitidos administrativamente por corrupção burocrática, ao passo que a Lei n. 12.846/2013 se aplica apenas às pessoas jurídicas. Entretanto, do outro lado de quem recebe uma propina (o corrupto) há sempre alguém que paga essa propina (o corruptor). Assim, é razoável concluir que os casos de corrupção de servidor detectados pela administração terão, do outro lado da relação, um agente corruptor. Não é possível afirmar, por outro lado, que em todos os casos de corrupção o agente corruptor seja uma empresa. Acreditamos, porém, que isso possa ter ocorrido na maioria dos casos pesquisados, principalmente em razão da escolha dos Ministérios considerados na pesquisa, onde há poder de polícia e compras públicas.

De fato, pelo pouco tempo de vigência da Lei n. 12.846/2013 (passado o período de *vacatio legis* de 180 dias, o início de vigência se deu em 29.01.2014), considerando-se que somente aos fatos ocorridos a partir de 29 de janeiro de 2014 poderão ser aplicadas as disposições da lei[493], em razão de se tratar de processo punitivo, não existem ainda casos concretos suficientes, para que se possa elaborar pesquisa semelhante.

Como argumento para a possibilidade de assumir o valor de *p* em 2% (a taxa de eficácia do processo judicial cível) ponderamos que esse “sucesso” ocorre em âmbito civil, onde há apuração de responsabilidade subjetiva (culpa civil). Se descontarmos os casos em que não havia corruptores pessoas jurídicas, pensamos que isto poderia ser compensado com uma taxa de condenação hipoteticamente maior, em razão da lei prever a atribuição objetiva da responsabilidade às pessoas jurídicas (sem determinação de culpa).

A eficácia da instância administrativa (que não foi medida na pesquisa) deixa de ser considerada por nós, porque depende, no final das contas, da confirmação dessa decisão no Judiciário, como já apontado anteriormente. Ao mesmo tempo, a taxa de sucesso de 2% seria a mesma para os processos de responsabilização

[493] CALABRICH, 2015, p. 350.

judicial para imposição das sanções civis, previstas na lei, porque dependem da tramitação judicial de uma ação de natureza cível. Portanto, para os efeitos de nossa análise, tomaremos *p* como 2%, tanto para as sanções administrativas, como para as sanções cíveis.

Quando *p* é baixo, a multa poderá ser inclusive muito alta, mas o custo do crime não será elevado, em razão da fórmula g = *p*(f). Assim, a utilidade esperada com a conduta ilícita – levando em consideração o ganho e a chance de ser descoberto e punido – excederá a utilidade caso a empresa não pratique o delito.

Isso significa dizer que não há uma *ameaça crível*[494], ou seja, tanto a empresa corruptora como aquela que opera dentro da lei, mas está sujeita a uma ocorrência de violação de normas legais por um subordinado, não estão sob ameaça de punição suficiente, sob a Lei n. 12.846/2013, para motivá-las a adotarem programas de compliance.

A resposta à primeira pergunta formulada na pesquisa, então, é negativa.

3.3.3.3.1 Exame do compliance como fator atenuante da multa administrativa

Tentaremos, agora, responder à segunda pergunta, qual seja, se o efeito mitigador dos programas e mecanismos simplificados de compliance sob a Lei n. 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais medidas. Adotaremos, para dar conta de nosso objetivo, a regulamentação da lei por meio do Decreto nº. 8.420/2015, que detalha a forma do cálculo da multa administrativa no âmbito federal, estabelecendo os pesos para os fatores agravantes e atenuantes definidos pela lei.

Em primeiro lugar, é necessário observar que a lei conferiu aos programas e mecanismos de compliance o efeito de influir apenas no cálculo da multa administrativa; nenhum efeito terão sobre a imposição das sanções civis, impostas

[494] Ameaça crível (*credible threat*) é um conceito da teoria dos jogos. Uma ameaça é crível quando um jogador acha que é interesse próprio do outro jogador cumprir a ameaça, se for chamado a fazê-lo. (BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. **Game theory and the law.** Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 305).

por meio de um processo judicial. Isto é, no mínimo, contraditório, e talvez até contraproducente, se a ideia era estimular a adoção do compliance como uma forma de promover o cumprimento da lei e fomentar uma cultura ética nas empresas brasileiras. Esse aspecto não escapou ao avaliadores da OCDE, quando em visita ao Brasil, para elaboração do relatório da Fase 3 da avaliação do cumprimento de sua convenção, os quais manifestaram preocupação pelo fato de que a limitação do impacto do compliance à esfera administrativa iria diminuir consideravelmente o incentivo para as empresas adotarem e implementarem esses programas.[495]

Os parâmetros gerais fixados pela lei que devem ser seguidos por todas as pessoas jurídicas de direito público lesadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de seus órgãos e entidades), nos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) assim como outras instituições tais como o Ministério Público, no âmbito de sua gestão administrativa, são:

1) valores mínimos da multa: 0,1% (um décimo por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou a vantagem auferida (quando 0,1% do faturamento bruto for inferior à vantagem auferida), ou R$ 6.000,00 (seis mil reais), quando não for possível utilizar o faturamento bruto (inciso I e §4º do art. 6º da Lei n. 12.846/2013);

2) valores máximos da multa: 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, ou R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), quando não for possível utilizar o faturamento bruto (inciso I e §4º do art. 6º da Lei n. 12.846/2013);

3) circunstâncias agravantes e atenuantes: a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, e o valor dos contratos mantidos

[495] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014, p. 28.

pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados (art. 7º da Lei n. 12.846/2013).

O Decreto n. 8.420/2015 determina, no art. 17, que o cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica [496] do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I – um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;

II – um por cento a dois e meio por cento para a tolerância ou a ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

III – um por cento a quatro por cento no caso de interrupçãoo no fornecimento de serviço público ou na execuçãoo de obra contratada;

IV – um por cento 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;

V – cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da lei n. 12.846/2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e

VI – no caso de os contrados mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

a) um por cento em contratos acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

b) dois por cento em contratos acima de R$ 10.000,000,00 (dez milhões de reais);

c) três por cento em contratos acima de R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);

[496] A Instrução Normativa nº1 da CGU estabelece a forma de apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa do art. 6º da Lei 12.846/2013. (BRASIL. Controladoria Geral da União. **Instrução Normativa CGU nº 1,** de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016).

d) quatro por cento em contrato acima de R$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

e) cinco por cento em contratos acima de R$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Do resultado desta soma, de acordo com o art. 18 do Decreto, serão subtraídos os seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I – um por cento no caso de não consumação da infração;

II – um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;

III – um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV – dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V – um por cento a quatro por cento para a comprovação da pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Segundo o art. 19, na ausência de todos os fatores previstos nos arts. 17 e 18, ou do resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa correspoderá, conforme o caso, a:

I – um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos, ou

II – R$ 6.000,00 (seis mil reais), caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica (art. 22).

Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:

I – mínimo, o maior valor entre a vantagem auferida e o previsto no art. 19; e

II – máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos, ou

b) três vezes o valor da vantagem auferida ou pretendida.

O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale, segundo o §2º do art. 19 do Decreto, aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada ao agente público ou a terceiros a ele relacionados (ou seja, a vantagem mais o valor da propina).

O decreto consagra o princípio dos ganhos líquidos[497] na conceituação do que seja o ganho, ao definir, no §3º do art. 20, que para o cálculo da vantagem serão deduzidos os custos e as despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.

A fim de avaliar a influência do compliance na dosimetria da multa, formulamos um exemplo hipotético, com a análise da situação de cinco empresas fictícias. Consideramos todas as empresas como tendo porte médio/grande[498], com

[497] Como explica Blanco Cordero, em direito comparado, a discussão do que se deve entender como ganho está normalmente relacionada à declaração de perda ou confisco de bens. Nos Estados Unidos, o debate teve origem num caso de lavagem de dinheiro. Muito resumidamente, de acordo com o princípio dos ganhos líquidos somente pode ser objeto material de lavagem de dinheiro o que foi obtido com a prática do delito após descontado o que o criminoso investiu em sua realização. De acordo com o princípio dos ganhos brutos, o objeto material da lavagem são todos os bens obtidos com o delito, sem que se deles desconte o valor investido em sua execução. A adoção de um ou de outro princípio pode levar a resultados diferentes quando se considera um caso prático. Imagine-se a hipótese de uma empresa que venceu uma licitação para a construção de um hospital mediante fraude, em razão da colusão com o agente público, mas executou a obra, com preços superfaturados. Se a colusão não tivesse ocorrido, a rigor, a empresa não teria vencido o certame, logo, se poderia argumentar que todo o valor do contrato teria sido indevido e deveria ser perdido (ganhos brutos). Por outro lado, se a empresa realmente executou a obra e entregou o hospital, seria favorecer indevidamente ao Estado, promovendo o seu enriquecimento à custa do particular, utilizar esse critério. O perdimento então apenas dos valores superfaturados – aplicando-se o princípio dos ganhos líquidos - seria mais adequado. A questão, entretanto, é bem mais complexa, e pode ser compreendida pelo exame que faz o autor. Veja-se, a esse respeito, (BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.** Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 251-262).

[498] O Banco Nacional de Desenvolvimento classifica como média-grande empresa a que tiver receita bruta operacional anual maior de R$ 90 milhões e menor ou igual a R$ 300 milhões. A receita bruta inclui os impostos, então as empresas consideradas no exemplo hipotético seriam classificadas como empresas de grande porte. (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. **Porte de empresa.** Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/porte.html>. Acesso em: 1 mar. 2016). De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no estudo "Demografia das Empresas", havia em 2013, no Brasil, 4.775.098 empresas ativas, das quais 52,4% tinham de 10 a 49 pessoas ocupadas assalariadas e 38,3% das empresas com 50 a 249 pessoas ocupadas assalariadas. A participação das empresas com 250 ou mais pessoas ocupadas assalariadas foi de somente 9,4%. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das empresas:** 2013/IBGE. Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94575.pdf>. Acesso em 1 mar. 2016). O Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas classifica as empresas seguindo a metodologia do IBGE,

valor de faturamento anual, excluídos os tributos, de 280 milhões de reais. O faturamento é um valor determinante no cálculo da multa; para possibilitar a comparação do impacto do compliance, mantivemos esse valor inalterado para as cinco empresas. Em nosso exemplo, as cinco empresas têm diferentes graus de relacionamento com a administração pública (volume de contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, de acordo com o inciso VI do art. 17). Finalmente, colocamos diferentes situações de compliance para cada empresa, desde não possuir nenhum programa ou medida de compliance, até possuir e implementar um programa altamente efetivo.

Atribuímos ao compliance um efeito maior do que a mera possibilidade de atenuação da multa prevista no inciso V do art. 18 do Decreto (de 1% a 4% do faturamento bruto). Parece-nos que a empresa que implementar o compliance não incidirá em algumas agravantes e apresentará condições, inclusive, de ver reconhecidas em seu favor determinadas atenuantes. Assim, exemplificativamente, uma empresa que possuir e implementar um programa de compliance altamente efetivo, além da redução de 4% no valor do faturamento bruto (inciso V do art. 18 do Decreto) provavelmente não apresentará continuidade dos atos lesivos no tempo (inciso I do art. 17 do Decreto), nem tolerância do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica com o ato lesivo (inciso II do art. 17). Pela mesma razão, dificilmente haveria interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução da obra contratada. Uma empresa comprometida com o cumprimento normativo, não voltaria, em princípio, a praticar nova infração tipificada como ato lesivo em menos de cinco anos, pelo que não haveria agravamento da multa pela aplicação do inciso V do art. 17 do Decreto. Pela mesma razão, comunicaria espontaneamente à entidade lesada acerca da ocorrência do ato lesivo (inciso IV do art. 17), colaboraria com a investigação ou apuração do ato lesivo (inciso III do art. 17), e ressarciria integralmente o dano (inciso II do art. 17).

---

considerando média a empresa do setor da indústria que possuir de 100 a 499 empregados, sendo grande as que possuírem mais de 500 empregados. No setor de comércio e serviços, as empresas são consideradas de médio porte quando tiverem de 50 a 99 empregados, e grande porte quando tiverem mais de 100 empregados. Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/leis/default.asp?vcdtexto=4154>. Acesso em: 1 mar. 2016.

A situação econômica do infrator (solvência e liquidez) foi considerada negativamente apenas no caso da primeira empresa. As demais foram consideradas solventes.

Consideramos que a infração se consumou em todos os casos.

O valor da vantagem auferida ou pretendida foi considerado, para as 4 primeiras empresas, como sendo de 20% sobre os contratos mantidos ou pretendidos[499]. Esse percentual é consistente com uma situação de cartel, como apurado pelo TCU no estudo sobre o método de cálculo para apuração do montante do suposto prejuízo causado aos cofres da Petrobrás, em razão de práticas colusivas[500], assim como os estudos internacionais ali citados. No caso da quinta empresa, consideramos que o ato lesivo não causou lesão ao erário, representando somente ofensa aos princípios da administração pública.

É o seguinte o cálculo da multa, para as cinco empresas:

[499] Desprezamos, nos exemplos, para facilitar, o valor da propina eventualmente paga ao servidor público que tornou possível a contratação com valores superfaturados, estabelecendo a vantagem no montante do prejuízo causado à Administração Pública.

[500] De acordo com o estudo, o valor mais provável do potencial prejuízo causado na Petrobras em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, no período de 1997 a 2015, é de 17% em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e fartamente aceitos pelas cortes americanas e brasileiras (STF, RE 68.006-MG). O potencial prejuízo refere-se ao chamado *overcharge*, compreendido como a diferença entre o valor cobrado por um determinado produto em um ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido em um ambiente competitivo. O documento refere ainda que os resultados encontrados pela OCDE estimam o overcharge entre 10% e 20%. Outro estudo, desta vez encomendado pela Comissão Europeia, denominado “Quantifying antitruste damages”, concluiu que 70% dos cartéis examinados resultaram num preço adicional compreendido entre 10% e 40%, situando-se a média em torno de 20%. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **TC 005.081/2015-7.** Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 02.12.2015. Disponível em:<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A151356F96015169AC54333330&inline=1>. Acesso em: 02.03.2016).

Tabela 1 – Cálculo das multas para as cinco empresas

CÁLCULO DA MULTA												
Parâmetros												
Empresa				**.1**		**.2**		**.3**		**.4**		**.5**
Faturamento Bruto (EXCLUÍDO TRIBUTOS) (EM MILHARES)				280.000		280.000		280.000		280.000		280.000
Agravantes (Soma)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Continuidade dos atos lesivos ?	Art. 17,I	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-	1,00%	2.800	2,00%	5.600	0,00%	-
Tolerância ou ciência do corpo gerencial ?	Art. 17,II	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-	1,00%	2.800	2,00%	5.600	0,00%	-
Interrupção no fornecimento de serviço público ?	Art. 17,III	1,0 %-4,0 %	4,00%	11.200	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-
Situação econômica do infrator ?	Art. 17,IV	1,00%	1,00%	2.800	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-
Reincidência	Art. 17,V	5,00%	5,00%	14.000	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-
Valores dos contratos mantidos ou pretendidos	Art. 17,VI	5,00%	4,00%	11.200	4,00%	11.200	3,00%	8.400	3,00%	8.400	0,00%	-
Total		20,00%	19,00%	53.200	4,00%	11.200	5,00%	14.000	7,00%	19.600	0,00%	-
Atenuantes (Reduz)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Infração deixou de ser consumada?	Art. 18,I	1,00%	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-
Ressarcimento comprovado?	Art. 18,II	1,50%	0,00%	-	1,50%	4.200	1,50%	4.200	0,00%	-	0,00%	-
Grau de colaboração? (independe do acordo)	Art. 18,III	1,0 %-1,5 %	0,00%	-	1,50%	4.200	1,00%	2.800	0,00%	-	0,00%	-
Comunicação espontânea antes do PAR?	Art. 18,IV	2,00%	0,00%	-	2,00%	5.600	0,00%	-	0,00%	-	0,00%	-
Programa de integridade ?	Art. 18,V	1,0 %-4,0 %	0,00%	-	4,00%	11.200	2,00%	5.600	1,00%	2.800	0,00%	-
Total		10,00%	0,00%	-	9,00%	25.200	4,50%	12.600	1,00%	2.800	0,00%	-
% Contrato s/ Faturamento				90%		90%		50%		20%		0%
Valor Contrato				252.000		252.000		140.000		56.000		-
% Vantagem Auferida				20%		20%		20%		20%		0%
Multa Intermediária												
Faturamento				280.000		280.000		280.000		280.000		280.000
Agravantes (Multa- base)				53.200		11.200		14.000		19.600		-
Atenuantes				-		25.200		12.600		2.800		-
Multa Intermediária				53.200		(14.000)		1.400		16.800		-
Limites da Multa												
Valor Mínimo da Multa (MAIOR VALOR)												
Vantagem auferida (ESTIMATIVA)	(Art. 20. I c/ art 19)			50.400		50.400		28.000		11.200		-
0,1 % do faturamento	(Art. 20, Par I c/ art 6, I da lei)		0,10%	280	0,10%	280	0,10%	280	0,10%	280	0,10%	280
Total				50.400		50.400		28.000		11.200		280
Valor Máximo da Multa (MENOR VALOR)												
Valor Máximo da Multa	(Art. 20. Par1,I)			56.000		56.000		56.000		56.000		56.000
Valor Máximo da Multa (3 X Vantagem auferida)	(Art. 20. Par1,II)			151.200		151.200		84.000		33.600		-
Total				56.000		56.000		56.000		33.600		-
MULTA												
Valor Mínimo				50.400		50.400		28.000		11.200		280
Valor Intermediário				53.200		(14.000)		1.400		16.800		-
Valor Máximo				56.000		56.000		56.000		33.600		-
MULTA A SER APLICADA												
Variação s/ empresa 1						-5%		-47%		-68%		-99%
Variação s/ anterior						-5%		-44%		-40%		-98%
MULTA				53.200		50.400		28.000		16.800		280
% Multa s/ Faturamento				19,0%		18,0%		10,0%		6,0%		0,1%
MULTA X PROBABILIDADE DE SER PUNIDO (BASE 2 %)												
ÌNDICE				1.064		1.008		560		336		14
INVESTIMENTOS EM PROGRAMA DE COMPLIANCE				-		1.000		1.000		1.000		
MULTA + CUSTO DE COMPLIANCE				53.200		51.400		29.000		17.800		280
Variação s/ empresa 1						-3%		-45%		-67%		-99%
Variação s/ anterior						-3%		-44%		-39%		-98%
Acôrdo de Leniência												
Percentual Redutor (MP 703 - Máximo 2/3 Multa)				67%		67%		67%		67%		67%
Redução				35.644		33.768		18.760		11.256		188
MULTA FINAL				17.556		16.632		9.240		5.544		92
MULTA FINAL + COMPLIANCE				17.556		17.632		10.240		6.544		92
Variação s/ empresa 1						0%		-42%		-63%		-99%
Variação s/ anterior						0%		-42%		-36%		-99%

Fonte: a autora

Examinaremos em detalhe a influência do compliance na dosimetria da multa, por meio de três comparações entre as situações das empresas:

1) Comparação entre as Empresas 1 e 2:

A empresa 1 é uma empresa altamente corruptora. Ela trabalha quase que exclusivamente para a Administração Pública (90% do seu faturamento vem de contratos firmados com órgãos públicos) e a corrupção é seu modelo de negócio. Por esse motivo, não possui programa ou qualquer mecanismo de compliance. Isso se refletiu da seguinte forma, no cálculo da multa, quanto às circunstâncias agravantes: houve continuidade dos atos lesivos no tempo (agravante de 2,5%); havia ciência do corpo gerencial e tolerância com a prática de atos lesivos (agravante de 2,5%); houve interrupção no fornecimento do serviço público, em consequência dos atos lesivos (agravante de 4%); a empresa é insolvente, sendo utilizada de forma habitual para promover a prática de atos ilícitos (agravante de 1%); a empresa é reincidente (agravante de 5%); e os valores mantidos ou pretendidos correspondem a R$ 252 milhões (agravante de 4%). Quanto às atenuantes, não houve nenhuma. A infração se consumou; a empresa não ressarciu o dano causado; não colaborou com a apuração do ato lesivo; não comunicou espontaneamente ao órgão lesado a ocorrência do ato lesivo antes da instauração do processo administrativo de responsabilização (PAR); e não possui qualquer mecanismo de compliance.

A empresa 2 também trabalha quase que exclusivamente para a Administração Pública; 90% de seu faturamento vem de contratos firmados com órgãos públicos. Desde sua fundação, há mais de 40 anos, prima pelo comportamento ético e pelo cumprimento normativo. A empresa 2 é a “Empresa Limpa”. Todavia, recente modificação na administração da empresa, com a chegada ao poder da terceira geração, fez com que um neto do fundador, alçado à condição de Diretor-Presidente, adotasse um estilo gerencial mais “ousado”. Em colusão com a empresa 1, entrou num esquema de cartel pré-existente, fraudando o caráter competitivo de licitações públicas, e obteve, em consequência da participação num consórcio, contratos com diversos órgãos públicos mediante o pagamento de propinas a diferentes gestores públicos. Assim que os fatos chegaram ao

conhecimento do fundador da empresa, o neto foi destituído do cargo de Diretor-Presidente e a administração voltou às mãos dos antigos gestores. A primeira providência adotada, a partir daí, foi a comunicação espontânea dos fatos aos órgãos públicos lesados. Instaurado o PAR, as agravantes e as atenuantes foram assim valoradas: não houve continuidade dos atos lesivos (agravante em 0%); não houve ciência ou tolerância do corpo gerencial (agravante em 0%); não houve interrupção no fornecimento do serviço público (agravante em 0%); a empresa é solvente (agravante em 0%); não há reincidência, sendo esta a primeira vez que fatos desta natureza ocorrem na empresa (agravante em 0%). O valor dos contratos mantidos é o mesmo da empresa 1, ou seja, R$ 252 milhões, pelo que incide a agravante de 4%. Quanto às atenuantes, a infração se consumou, não incidindo o percentual de 1%. Por outro lado, a empresa ressarciu integralmente o dano (atenuante em 1,5%); colaborou independentemente de acordo (atenuante em 1,5%); comunicou espontaneamente os órgãos lesados antes da instauração do PAR (atenuante em 2%); e havia um programa de compliance altamente efetivo, que não foi capaz, todavia, de evitar a ocorrência dos atos lesivos (4%).

Tabela 2 – Comparação entre as empresas 1 e 2

CÁLCULO DA MULTA						
Parâmetros						
Empresa				**.1**		**.2**
Faturamento Bruto (EXCLUÍDO TRIBUTOS) (EM MILHARES)				280.000		280.000
Agravantes (Soma)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Continuidade dos atos lesivos ?	Art. 17,I	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-
Tolerância ou ciência do corpo gerencial ?	Art. 17,II	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-
Interrupção no fornecimento de serviço público ?	Art. 17,III	1,0 %-4,0 %	4,00%	11.200	0,00%	-
Situação econômica do infrator ?	Art. 17,IV	1,00%	1,00%	2.800	0,00%	-
Reincidência	Art. 17,V	5,00%	5,00%	14.000	0,00%	-
Valores dos contratos mantidos ou pretendidos	Art. 17,VI	5,00%	4,00%	11.200	4,00%	11.200
Total		20,00%	19,00%	53.200	4,00%	11.200
Atenuantes (Reduz)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Infração deixou de ser consumada?	Art. 18,I	1,00%	0,00%	-	0,00%	-
Ressarcimento comprovado?	Art. 18,II	1,50%	0,00%	-	1,50%	4.200
Grau de colaboração? (independe do acordo)	Art. 18,III	1,0 %-1,5 %	0,00%	-	1,50%	4.200
Comunicação espontânea antes do PAR?	Art. 18,IV	2,00%	0,00%	-	2,00%	5.600
Programa de integridade ?	Art. 18,V	1,0 %-4,0 %	0,00%	-	4,00%	11.200
Total		10,00%	0,00%	-	9,00%	25.200
% Contrato s/ Faturamento				90%		90%
Valor Contrato				252.000		252.000
% Vantagem Auferida				20%		20%
Multa Intermediária						
Faturamento				280.000		280.000
Agravantes (Multa- base)				53.200		11.200
Atenuantes				-		25.200
Multa Intermediária				53.200		(14.000)
Limites da Multa						
Valor Mínimo da Multa (MAIOR VALOR)						
Vantagem auferida (ESTIMATIVA)	(Art. 20. I c/ art 19)			50.400		50.400
0,1 % do faturamento	(Art. 20, Par I c/ art 6, I da lei)		0,10%	280	0,10%	280
Total				50.400		50.400
Valor Máximo da Multa (MENOR VALOR)						
Valor Máximo da Multa	(Art. 20. Par1,I)			56.000		56.000
Valor Máximo da Multa (3 X Vantagem auferida)	(Art. 20. Par1,II)			151.200		151.200
Total				56.000		56.000
MULTA						
Valor Mínimo				50.400		50.400
Valor Intermediário				53.200		(14.000)
Valor Máximo				56.000		56.000
MULTA A SER APLICADA						
Variação s/ empresa 1						-5%
Variação s/ anterior						-5%
MULTA				53.200		50.400
% Multa s/ Faturamento				19,0%		18,0%
MULTA X PROBABILIDADE DE SER PUNIDO (BASE 2 %)						
ÍNDICE				1.064		1.008
INVESTIMENTOS EM PROGRAMA DE COMPLIANCE				-		1.000
MULTA + CUSTO DE COMPLIANCE				53.200		51.400
Variação s/ empresa 1						-3%
Variação s/ anterior						-3%
Acôrdo de Leniência						
Percentual Redutor (MP 703 - Máximo 2/3 Multa)				67%		67%
Redução				35.644		33.768
MULTA FINAL				17.556		16.632
MULTA FINAL + COMPLIANCE				17.556		17.632
Variação s/ empresa 1						0%
Variação s/ anterior						0%

Fonte: a autora

Com base nesses parâmetros hipotéticos, visamos centrar a análise no impacto do compliance sobre as demais circunstâncias que agravam ou atenuam o valor da multa. Como se pode verificar na tabela acima, na primeira etapa do cálculo, que considera o resultado da soma das agravantes menos a soma das atenuantes (arts. 17 e 18 do Decreto 8.420/2015), a multa intermediária da empresa 1 ficou em R$ 53.200.000,00 (cinquenta e três milhões e duzentos mil reais), enquanto que a da empresa 2 ficou em - R$ 14.000.000,00 (negativa em R$ catorze milhões de reais). Aplicados os limites mínimos e máximos da multa, a empresa 1 mantém o valor da multa calculada (porque ele é maior que o limite mínimo e menor que o limite máximo), continuando em R$ 53.200.000,00 (cinquenta e três milhões e duzentos mil reais). A empresa 2, contudo, tendo um resultado negativo depois da subtração das atenuantes (4% de agravantes - 9% de atenuantes) ficou aquém do limite mínimo. Incide então a regra do art. 19 do Decreto, e a multa passa para o valor da vantagem auferida, os 20% sobre o valor dos contratos, ou R$ 50.400.000,00 (cinquenta milhões e quatrocentos mil reais). A multa final a ser aplicada às empresas, então, será de R$ 53.200.000,00 (cinquenta e três milhões e duzentos mil reais) para a empresa 1, e de R$ 50.400.000,00 (cinquenta milhões e quatrocentos mil reais) para a empresa 2. Isso significa dizer que a empresa que possuía o programa de compliance altamente efetivo teve uma multa 5% menor que a da empresa corruptora, que não possuía qualquer mecanismo de compliance.

Podemos chegar ainda a outras conclusões. Considerando a probabilidade das condutas lesivas serem descobertas, e as empresas, punidas por meio de processos administrativos e cíveis, já arbitrada no tópico anterior em 2%, é possível dizer que, em princípio, a utilidade esperada com a conduta ilícita excede a utilidade caso as empresas não pratiquem o delitos, ou seja, um agente racional neutro em relação à aversão ao risco de pagamento da multa, cometerá os atos lesivos. A fórmula abaixo expressa essa situação:

$$g > p\,(f)$$

Assim, para a empresa 1, o ganho é a vantagem auferida (R$ 50.400.000,00 - cinquenta milhões e quatrocentos mil reais), enquanto que o valor da multa

multiplicado pela probabilidade de punição (R$ 53.200.000,00 x 0.02) equivale a R$ 1.064.000,00 (um milhão e sessenta e quatro mil reais). Logo,

R$ 50.400.000,00 > R$ 1.064.000,00

ou seja, a utilidade esperada excede em muito a utilidade caso a empresa não pratique o delito.

Uma objeção que se pode fazer a essa conclusão é a de que a análise deixou de considerar o valor da reparação do dano no "preço do crime". Isto porque, segundo a lei anticorrupção, a punição da empresa no âmbito administrativo e judicial não exclui a obrigação da reparação integral do dano causado (na hipótese da MP 703 ser aprovada, é possível que a reparação seja amortizada em função da capacidade econômica da pessoa jurídica). Assim, ao valor da multa calculada se deveria acrescentar o valor do dano a ser ressarcido, além da desutilidade trazida pelas demais sanções restritivas de direito[501].

Como resposta, oferecemos a de que a reparação do dano não é sanção, e a lei anticorrupção não se destina a alcançá-la. Os objetivos da lei são sancionadores, punitivos. Já antes da edição da Lei 12.846/2013 havia meios jurídicos de promover o ressarcimento ao erário. É claro que a descoberta dos atos lesivos e sua comprovação no âmbito de um PAR serão comunicados ao órgão competente para a busca da recomposição do dano causado (no plano federal, a Procuradoria Federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional ou a Advocacia-Geral da União, para os acórdãos do TCU), de acordo com o art. 26 do Decreto 8.420/2015. O problema é que, assim como as demais sanções de natureza civil, a descoberta dos atos lesivos e a condenação à obrigação de reparar o dano, bem como a execução desta decisão, serão também uma função de *p,* ou seja, ficam sujeitas à probabilidade de punição.

[501] Com relação à sanção prevista no inciso I do art. 19 da lei anticorrupção – o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, é oportuno lembrar que, sendo a fonte da vantagem pública (o sobrepreço dos contratos), o perdimento dos bens ou valores deverá ser considerado como parte do ressarcimento. Caso a fonte seja privada (por exemplo, o valor da propina paga) o perdimento desse valor não será considerado como parte do ressarcimento do dano.

Ao recompor a equação para a empresa 1, teríamos

$$g > p\,(f + R)$$

onde R seria o valor da reparação do dano causado,

$$\text{R\$ } 50.400.000{,}00 > 0.02\ (\text{R\$ } 53.200.000{,}00 + 50.400.000{,}00)$$
$$\text{R\$ } 50.400.000{,}00 > 0.02\ (\text{R\$ } 103.600.000{,}00)$$
$$\text{R\$ } 50.400.000{,}00 > \text{R\$ } 2.072.000{,}00$$

Ou seja, ainda assim a utilidade esperada pela prática do delito seria superior à utilidade caso a empresa não praticasse o delito.

Não poderíamos deixar de mencionar essa situação, em razão de estarmos adotando o modelo econômico de análise da lei. Entretanto, a preocupação aqui é verificar se o benefício oferecido é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas ou mecanismos simplificados de compliance.

Estimando o investimento anual em compliance de uma empresa de porte médio/grande em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais[502], quando se inclui o custo do compliance, a diferença entre o custo da empresa 2 em relação ao da empresa 1 (multa + compliance) é de 3% (porque a empresa 1 não investiu em compliance).

Finalmente, considerando que tanto a empresa 1 como a empresa 2 poderiam se valer do benefício previsto no art. 16 da lei, firmando um acordo de leniência, os valores das multas são reduzidos em até 2/3 (com a aprovação da MP 703/2015 a primeira empresa a fechar o acordo poderá ficar inclusive isenta da multa), diminuindo ainda mais a diferença entre ambas. Veja-se que, neste caso, a empresa 1 teria a multa final no valor de R$ 17.556.000,00 (dezessete milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil reais), enquanto que a empresa 2, que investiu em compliance

[502] De acordo com estudo da Deloitte, 76% das empresas entrevistadas investem até R$ 1 milhão anual em compliance. (DELOITTE. **Lei anticorrupção:** um retrado das práticas de compliance na era da empresa limpa. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/Lei_Anticorrupcao.html>. Acesso em: 23 fev. 2016).

e adotou uma postura responsável depois da ocorrência dos delitos, teria a multa final no valor de R$ 16.632.000,00 (dezesseis milhões, seiscentos e trinta e dois mil reais). Somando-se à multa da empresa 2 o valor do investimento em compliance (um milhão de reais) o gasto final ficaria em R$ 17.632.000,00 (dezessete milhões, seiscentos e trinta e dois mil reais). Isso significa que a diferença entre o custo, para a empresa 2 em relação à da empresa 1 é praticamente igual a zero. Dito de outra forma, um agente racional não investiria em compliance, se a causa para tanto fosse somente obter os benefícios conferidos pela lei anticorrupção. Uma empresa – um agente econômico racional – provavelmente realocaria esse milhão de reais (custo do compliance) para outra área da empresa, ou aplicaria esse valor no mercado financeiro, e, caso viesse a ser descoberto, procuraria negociar um acordo de leniência com o órgão lesado.

Passemos agora a outra comparação, considerando o caso de duas empresas que investem em compliance, mas seus programas têm diferentes graus de efetividade.

2) Comparação entre as Empresas 3 e 4:

Tanto a empresa 3 como a 4 adotam programas de compliance. Elas têm diferentes graus de relacionamento com a administração pública. Enquanto 50% do faturamento da empresa 3 vem de contratos mantidos com o poder público, apenas 20% do faturamento da empresa 4 decorre de contratos públicos. O programa de compliance da empresa 3 tem grau de efetividade médio. Assim, foi-lhe conferido um percentual de 2% sobre o faturamento, como circunstância atenuante. Em razão desse perfil, quanto às demais circunstâncias, temos que: houve continuidade dos atos lesivos, mas não por um período muito longo (agravante em1%); havia ciência e alguma tolerância do corpo gerencial (agravante em 1%); não houve interrupção nos serviços públicos (agravante em 0%); a empresa é solvente (agravante em 0%); não houve reincidência (agravante em 0%); e o valor dos contratos mantidos ou pretendidos é de R$ 140.000.000,00 – cento e quarenta milhões de reais (agravante em 3%). Quanto às atenuantes, a infração foi consumada (atenuante em 0%); houve ressarcimento do dano (atenuante em 1,5%); a empresa colaborou medianamente (atenuante em 1%); não houve colaboração espontânea antes da instauração do

PAR (atenuante em 0%); e o programa, como já dito, recebeu avaliação de efetividade média, o que lhe conferiu uma atenuante de 2%.

A empresa 4 tem um programa de compliance “de papel”. Não há comprometimento da alta direção, não há apuração real das denúncias realizadas por meio do canal de denúncias, jamais foi adotada qualquer ação pela empresa em razão da violação do Código de Ética ou de normas legais. Os empregados sequer levam em consideração os mecanismos de compliance, que, de resto, são também ignorados pelos gestores. Em razão desse perfil, os atos lesivos foram praticados por um período maior de tempo, até que viessem ao conhecimento do órgão lesado (agravante em 2%); havia tolerância do corpo gerencial (agravante em 2%); não houve interrupção nos serviços públicos (agravante em 0%); a empresa é solvente (agravante em 0%); e o valor dos contratos mantidos ou pretendidos é de R$ 56.000.000,00 (agravante em 3%). Quanto às atenuantes, a infração foi consumada (atenuante em 0%); não houve ressarcimento do dano (atenuante em 0%); a empresa não colaborou (atenuante em 0%); não houve colaboração espontânea antes da instauração do PAR (atenuante em 0%); e o programa, como já dito, existia, porém sua efetividade era pífia, o que lhe conferiu uma atenuante de 1%.

Tabela 3 – Comparação entre as empresas 3 e 4

CÁLCULO DA MULTA							
Parâmetros							
Empresa				**.3**		**.4**	
Faturamento Bruto (EXCLUÍDO TRIBUTOS) (EM MILHARES)				280.000		280.000	
Agravantes (Soma)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	
Continuidade dos atos lesivos ?	Art. 17,I	1,0 %-2,5 %	1,00%	2.800	2,00%	5.600	
Tolerância ou ciência do corpo gerencial ?	Art. 17,II	1,0 %-2,5 %	1,00%	2.800	2,00%	5.600	
Interrupção no fornecimento de serviço público ?	Art. 17,III	1,0 %-4,0 %	0,00%	-	0,00%	-	
Situação econômica do infrator ?	Art. 17,IV	1,00%	0,00%	-	0,00%	-	
Reincidência	Art. 17,V	5,00%	0,00%	-	0,00%	-	
Valores dos contratos mantidos ou pretendidos	Art. 17,VI	5,00%	3,00%	8.400	3,00%	8.400	
Total		20,00%	5,00%	14.000	7,00%	19.600	
Atenuantes (Reduz)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores	
Infração deixou de ser consumada?	Art. 18,I	1,00%	0,00%	-	0,00%	-	
Ressarcimento comprovado?	Art. 18,II	1,50%	1,50%	4.200	0,00%	-	
Grau de colaboração? (independe do acordo)	Art. 18,III	1,0 %-1,5 %	1,00%	2.800	0,00%	-	
Comunicação espontânea antes do PAR?	Art. 18,IV	2,00%	0,00%	-	0,00%	-	
Programa de integridade ?	Art. 18,V	1,0 %-4,0 %	2,00%	5.600	1,00%	2.800	
Total		10,00%	4,50%	12.600	1,00%	2.800	
% Contrato s/ Faturamento				50%		20%	
Valor Contrato				140.000		56.000	
% Vantagem Auferida				20%		20%	
Multa Intermediária							
Faturamento				280.000		280.000	
Agravantes (Multa- base)				14.000		19.600	
Atenuantes				12.600		2.800	
Multa Intermediária				1.400		16.800	
Limites da Multa							
Valor Mínimo da Multa (MAIOR VALOR)							
Vantagem auferida (ESTIMATIVA)	(Art. 20. I c/ art 19)			28.000		11.200	
0,1 % do faturamento	(Art. 20, Par I c/ art 6, I da lei)		0,10%	280	0,10%	280	
Total				28.000		11.200	
Valor Máximo da Multa (MENOR VALOR)							
Valor Máximo da Multa	(Art. 20. Par1,I)			56.000		56.000	
Valor Máximo da Multa (3 X Vantagem auferida)	(Art. 20. Par1,II)			84.000		33.600	
Total				56.000		33.600	
MULTA							
Valor Mínimo				28.000		11.200	
Valor Intermediário				1.400		16.800	
Valor Máximo				56.000		33.600	
MULTA A SER APLICADA							
Variação s/ empresa 1				-47%		-68%	
Variação s/ anterior				-44%		-40%	
MULTA				28.000		16.800	
% Multa s/ Faturamento				10,0%		6,0%	
MULTA X PROBABILIDADE DE SER PUNIDO (BASE 2 %)							
ÌNDICE				560		336	
INVESTIMENTOS EM PROGRAMA DE COMPLIANCE				1.000		1.000	
MULTA + CUSTO DE COMPLIANCE				29.000		17.800	
Variação s/ empresa 1				-45%		-67%	
Variação s/ anterior				-44%		-39%	
Acôrdo de Leniência							
Percentual Redutor (MP 703 - Máximo 2/3 Multa)				67%		67%	
Redução				18.760		11.256	
MULTA FINAL				9.240		5.544	
MULTA FINAL + COMPLIANCE				10.240		6.544	
Variação s/ empresa 1				-42%		-63%	
Variação s/ anterior				-42%		-36%	

Fonte: a autora

Assim, a multa intermediária da empresa 3 ficou em R$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil reais), enquanto que a da empresa 4, em R$ 16.800.000,00 (dezesseis milhões, oitocentos mil reais). Aplicados os valores mínimo e máximo, a empresa 3 tem a multa elevada ao valor do dano (R$ 28.000.000,00 – vinte e oito milhões de reais), e a empresa 4 mantém o valor calculado, pois está acima do mínimo e abaixo do máximo. A multa final da empresa 3 é de R$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de reais), e a da 4, R$ 16.800.000,00 (dezesseis milhões, oitocentos mil reais). O fator preponderante, aqui, é o valor da vantagem auferida, que decorre do volume de contratos mantidos com a Administração Pública. O investimento em compliance é igual para as duas: R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). A multa somada ao custo do compliance fica em R$ 29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) para a empresa que tem um compliance mais eficiente, mas, ao mesmo tempo, um maior grau de relações com o poder público, e em R$ 17.800.000,00 (dezessete milhões, oitocentos mil reais) para a empresa que tem um programa de compliance inefetivo. A variação da empresa 4 para a empresa 3 é de 39% (aqui, a comparação não é tão significativa porque o valor do dano impacta mais). Se ambas fizessem acordos de leniência e obtivessem 2/3 de redução do valor da multa, o valor final da multa mais o custo do compliance para a empresa 3 seria de R$ 10.240.000,00 (dez milhões, duzentos e quarenta mil reais) e o da empresa 4, R$ 6.544.000,00 (seis milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil reais), 36% menor do que a empresa 4. Aqui, o compliance mais efetivo da empresa que tem um valor maior de contratos com a administração aproxima muito a multa daquela calculada para a outra empresa, que tem compliance menos efetivo, porém um envolvimento menor com a administração pública (a relação de multa/vantagem para a empresa 3 é de 1, e da 4, de 1.5). Assim, quanto maior o relacionamento com a administração pública, mais importante será a busca da efetividade do compliance, até para reduzir a chance de que os atos lesivos venham a ocorrer, trazendo, com eles, o risco de responsabilização.

A última comparação examina a situação da empresa 5 em relação à empresa 1.

3) Comparação entre as Empresas 1 e 5:

Tabela 4 – Comparação entre as empresas 1 e 5

CÁLCULO DA MULTA						
Parâmetros						
Empresa				**.1**		**.5**
Faturamento Bruto (EXCLUÍDO TRIBUTOS) (EM MILHARES)				280.000		280.000
Agravantes (Soma)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Continuidade dos atos lesivos ?	Art. 17,I	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-
Tolerância ou ciência do corpo gerencial ?	Art. 17,II	1,0 %-2,5 %	2,50%	7.000	0,00%	-
Interrupção no fornecimento de serviço público ?	Art. 17,III	1,0 %-4,0 %	4,00%	11.200	0,00%	-
Situação econômica do infrator ?	Art. 17,IV	1,00%	1,00%	2.800	0,00%	-
Reincidência	Art. 17,V	5,00%	5,00%	14.000	0,00%	-
Valores dos contratos mantidos ou pretendidos	Art. 17,VI	5,00%	4,00%	11.200	0,00%	-
Total		20,00%	19,00%	53.200	0,00%	-
Atenuantes (Reduz)	Cap.Decreto	Limites	% aplic.	Valores	% aplic.	Valores
Infração deixou de ser consumada?	Art. 18,I	1,00%	0,00%	-	0,00%	-
Ressarcimento comprovado?	Art. 18,II	1,50%	0,00%	-	0,00%	-
Grau de colaboração? (independe do acordo)	Art. 18,III	1,0 %-1,5 %	0,00%	-	0,00%	-
Comunicação espontânea antes do PAR?	Art. 18,IV	2,00%	0,00%	-	0,00%	-
Programa de integridade ?	Art. 18,V	1,0 %-4,0 %	0,00%	-	0,00%	-
Total		10,00%	0,00%	-	0,00%	-
% Contrato s/ Faturamento				90%		0%
Valor Contrato				252.000		-
% Vantagem Auferida				20%		0%
Multa Intermediária						
Faturamento				280.000		280.000
Agravantes (Multa- base)				53.200		-
Atenuantes				-		-
Multa Intermediária				53.200		-
Limites da Multa						
Valor Mínimo da Multa (MAIOR VALOR)						
Vantagem auferida (ESTIMATIVA)	(Art. 20. I c/ art 19)			50.400		-
0,1 % do faturamento	(Art. 20, Par I c/ art 6, I da lei)		0,10%	280	0,10%	280
Total				50.400		280
Valor Máximo da Multa (MENOR VALOR)						
Valor Máximo da Multa	(Art. 20. Par1,I)			56.000		56.000
Valor Máximo da Multa (3 X Vantagem auferida)	(Art. 20. Par1,II)			151.200		-
Total				56.000		-
MULTA						
Valor Mínimo				50.400		280
Valor Intermediário				53.200		-
Valor Máximo				56.000		-
MULTA A SER APLICADA						
Variação s/ empresa 1						-99%
Variação s/ anterior						-98%
MULTA				53.200		280
% Multa s/ Faturamento				19,0%		0,1%
MULTA X PROBABILIDADE DE SER PUNIDO (BASE 2 %)						
ÌNDICE				1.064		14
INVESTIMENTOS EM PROGRAMA DE COMPLIANCE				-		
MULTA + CUSTO DE COMPLIANCE				53.200		280
Variação s/ empresa 1						-99%
Variação s/ anterior						-98%
Acôrdo de Leniência						
Percentual Redutor (MP 703 - Máximo 2/3 Multa)				67%		67%
Redução				35.644		188
MULTA FINAL				17.556		92
MULTA FINAL + COMPLIANCE				17.556		92
Variação s/ empresa 1						-99%
Variação s/ anterior						-99%

Fonte: a autora

A empresa 1 já foi descrita acima, bem como foi detalhada a dosimetria de sua multa. A empresa 5 tem um perfil diferente das demais. Não tem contratos com a Administração Pública. À semelhança da empresa 1, também não possui programa ou mecanismos de compliance, mas não porque seja corruptora, e sim porque não está muito preocupada com a lei anticorrupção. A crise econômica e a luta diária para manter-se rentável ocupam toda sua atenção. O ato lesivo ocorrido foi o pagamento de uma vantagem indevida por parte de um empregado a um fiscal aduaneiro para a liberação de uma mercadoria importada que estava “trancada” para verificação do real conteúdo do container (facilitation payment). Não havia, entretanto, qualquer problema com a importação, nem subfaturamento com vistas à sonegação fiscal. Apenas era necessário entregar a mercadoria ao cliente, que estava com a produção da fábrica parada, à espera da matéria-prima. Em decorrência disso, não houve dano ao erário, apenas ofensa aos princípios da Administração Pública. Como já referimos, o valor da propina foi desconsiderado para todas as empresas no cálculo da vantagem havida, pelo que, neste caso, é ela arbitrada em 0%. Quanto às agravantes, a empresa 5 não teve nenhuma, pois o fato foi isolado (agravante em 0%); não houve ciência do corpo gerencial (agravante em 0%); não havia serviço público a ser interrompido (agravante em 0%); a empresa é solvente (agravante em 0%); não há reincidência (agravante em 0%); e o valor dos contratos mantidos é zero (agravante em 0%). Quanto às atenuantes, igualmente inexistem: a infração se consumou (atenuante em 0%); não havia dano a ser ressarcido (atenuante em 0%); não houve colaboração (atenuante em 0%); a empresa não comunicou o fato espontaneamente (atenuante em 0%); e não havia programa ou qualquer mecanimo de compliance (atenuante em 0%). Na ausência de agravantes e atenuantes, aplica-se a regra do art. 19 do Decreto n. 8.420/2015: o valor da multa corresponde a um décimo por cento do faturamento bruto, excluídos os impostos, o que corresponde a R$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais). Esse é também o valor mínimo que a multa pode alcançar, de acordo com o art. 20, §1º. Assim, não havendo investimento em compliance, o custo final é igual a R$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais). Se a empresa fizer um acordo de leniência o valor da multa ficará reduzido a R$ 92.000,00 (noventa e dois mil reais), o que é 99% menor do que o valor da multa da empresa 1, na mesma situação. Essa comparação serve para ilustrar que o valor do dano causado é muito mais significativo no cálculo da multa do que poderá ser a vantagem trazida pelo

compliance – no caso, inexistente em ambas as empresas. Não vemos problema nisso, parece-nos mesmo adequado que o valor do dano seja fortemente considerado no cálculo da multa. Entretanto, fica evidente que o impacto do compliance não é tão grande como se poderia desejar, se a intenção da lei era, entre outras, estimular a adoção desses mecanismos pelas empresas brasileiras, como uma forma de diminuir a corrupção no Brasil. Entre a situação da empresa 1 – multa a ser aplicada (sem a realização de acordo de leniência) em R$ 53.200.000,00 (cinquenta e três milhões e duzentos mil reais) e a da empresa 5 (na mesma condição de faturamento bruto e sem acordo de leniência) de R$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais) é possível afirmar que a intensidade de responsabilização está diretamente relacionada ao grau de envolvimento com o poder público, e ao valor da vantagem auferida.

A simulação de cálculo da multa, de acordo com a Lei 12.846/2013, com os parâmetros estabelecidos para o âmbito da Administração Pública federal, permitem concluir que o efeito mitigador dos programas e mecanismos de compliance sob a Lei 12.846/2013 não configura um incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas, o que parece ser confirmado pelos resultados de duas pesquisas recentes sobre compliance no Brasil.[503] A resposta à segunda questão, a

[503] Pesquisa realizada pela Deloitte em setembro de 2014, oito meses após a entraga em vigor da Lei 12.846/2013, ouviu 124 empresas, das quais a maior parte pertence ao segmento de bancos e serviços financeiros (ou seja, para os quais o compliance é obrigatório, em razão da Lei. 9.613/98, que trata da prevenção e da repressão da lavagem de dinheiro). O investimento para mais de três quartos dos respondentes é de até R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o que foi considerado baixo pela pesquisa, tendo em vista a manutenção de uma estrutura de conformidade coerente com o tamanho da organização que envolva práticas de treinamento, recursos tecnológicos, atividades de monitoramento e canais de denúncia. Isso sugere que os programas de compliance nas empresas pesquisadas não possuem todos esses elementos. Pouco mais de 60% das empresas têm um professional dedicado à area de compliance, que nem sempre está dedicado totalmente a esta função, e que integra a empresa há menos de cinco anos. Muitas empresas referem enfrentar dificuldades para implementar práticas anticorrupção. Pouco mais da metade das respondentes possui programa de treinamento para o combate à corrupção. Mais de 70% das organizações consideram que a área de auditoria interna é suficiente para executar procedimentos anticorrupção, o que parece problemático, já que o envolvimento com o compliance anticorrupção deve existir de parte de todos os profissionais da empresa. Entre as empresas que possuem uma política anticorrupção formalizada, a maior parte realiza a divulgação apenas para o público interno, deixando de envolver parceiros e clientes. 46% das empresas pretendem implantar, no futuro, um processo que periodicamente detecta, avalia e monitora os riscos relativos à corrupção. Por outro lado, 55% dos casos de corrupção ocorridos foram descobertos por meio de um canal de denúncias, o que sugere a efetividade desse instrumento. Muitas organizações demonstram desconhecimento sobre a lei anticorrupção em vigor, e até mesmo sobre regulamentações aplicáveis ao próprio setor. 57% dos respondentes concordam que a corrupção é um custo intrínseco na forma de se fazer negócios no Brasil. (DELLOITE, 2016). No último trimestre de 2015, a KPMG concluiu uma pesquisa sobre a maturidade do compliance no Brasil. Foram ouvidas 200

saber, se o efeito mitigador dos programas e medidas simplificadas de compliance sob a Lei 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas é igualmente negativa.

Mais valeria, como estímulo à promoção de um ambiente corporativo ético, que o compliance pudesse ser considerado na aplicação das sanções cíveis, no âmbito do processo judicial. Além disso, a pequena importância dada aos programas e mecanismos de compliance (uma entre nove circunstâncias a serem levadas em consideração no cálculo da multa administrativa, somente) não autoriza que a empresa deixe de ser processada ou responsabilizada, caso o ato de corrupção tenha sido isolado [504] e ela tenha realmente adotado medidas razoáveis para prevenir o ilícito, assim como ações corretivas adequadas após sua ocorrência.

Uma empresa que adotasse tal postura poderia ficar isenta de sanção, devido ao grau de compliance e à conduta adotada antes e depois dos fatos lesivos, recaindo a responsabilização tão somente sobre as pessoas físicas que os praticaram, inclusive no âmbito de um processo criminal (em alguma medida, é isso o que propõe a MP 703, entretanto, o benefício da remissão completa da multa está sendo previsto para a primeira empresa que firmar o acordo de leniência, não necessariamente aquela que possuía o compliance mais efetivo).

---

empresas, de 19 segmentos e com diferentes estruturas. Quase dois anos após a entrada em vigor da Lei 12.846/2013, 46% das empresas respondentes classificaram a maturidade da estrutura e a função de compliance nos dois menores níveis de governança (12% sem infraestrutura e 34% com infratestrutura mínima). 19% das empresas não possuem uma estrutura de compliance implementada para suportar a governança e a cultura de compliance por meio dos negócios e processos operacionais. 32% mencionaram que a estrutura e a função de compliance estão sendo executados há, no máximo, três anos, o que demonstra a pouca maturidade do cenário. 17% das empresas não possuem Código de Ética implementado e/ou não o atualizaram à luz da lei anticorrupção. A pesquisa considerou ainda mais crítico perceber de 40% das empresas não possuíam política anticorrupção implementada, sendo de 43% não possuem uma política nem um programa de ética e compliance. 82% das empresas afirmaram possuir um canal de comunicação (compliance help desk ou linha ética ou canal de denúncia), mas 29% das empresas confirmaram não ter conhecimento do volume de informações, eventos e denúncias capturados por esse mecanismo. (KPMG Consultoria Limitada. **Maturidade do compliance no Brasil.** 2015. Disponível em: <http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Advisory/pesquisa-compliance-no-brasil.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016).

[504] CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. 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. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 53-54.

De acordo com Becker, quanto maior o investimento no law enforcement (polícia, no judiciário como um todo, tecnologias e peritos) mais fácil será descobrir os crimes e condenar seus autores.[505] Segundo essa lógica, estimular o uso de programas de compliance por parte das empresas poderia reduzir os custos do Estado com a prevenção e a investigação da corrupção num sentido amplo, porque os programas implicam que as empresas devam ser capazes de detectar as condutas ilícitas, realizar investigações internas e, eventualmente, entregar os resultados às autoridades.

Fazer isso, contudo, pode trazer como consequência, para a empresa, a de ficar fora de um mercado. Fazer compliance é renunciar (em tese) à corrupção. As conclusões sobre o mercado da corrupção são assim sintetizadas por Porta e Vannuci:

> 1. The universe of corruption is immersed in a dimension of voluntary exchange. In the great majority of cases, ilegal practices are not a simple extortion of private capital by politicians and functionaries. Rather a voluntary exchange takes place in which, *together,* public agents and entrepeneurs appropriate political rents created by public intervention.
> 2. The foregoing point is confirmed by the fact that corruption is frequently associated with the extensive presence of cartel agreements for dividing up public contracts between firms. Through corruption these cartels can then acquire protection from potential outsiders, thus maintaining levels of profit that would be eroded by real competition.
> 3. Since they provoque, adhere voluntarly to, or benefit from the payment of bribes, corrupters are at least as responsible as public agents for the consequent violation of the legal rules. Furthermore, corrupt acts of economic managers represent a violation both of general rules posed for the general interest – as for public agents – and of contractual rules safeguarding the interest of stockholders.
> 4. Corruption induced by the entrepeneurs has serious negative effects not only on the political but also on the economic sphere. These negative effects damage those enterprises that are excluded from the corrupt market, and, more generally, the citizen-taxpayers.[506]

[505] BECKER, 1974, p.7.

[506] 1. O universo da corrupção está imerso numa dimensão de trocas voluntárias. Na maior parte dos casos, as práticas ilícitas não são somente uma extorsão do capital privado pelos políticos e funcionários públicos. O que ocorre, na verdade, é uma troca voluntária, onde, *juntos*, agentes públicos e empresários se apropriam de verbas públicas criadas por intervenção pública. 2. Isso é confirmado pelo fato de que a corrupção é frequentemente associada com uma extensa presença de acordos de cartel para a divisão dos contratos públicos entre as empresas. Por meio da corrupção os cartéis podem obter proteção contra a entrada de empresas estranhas ao cartel, mantendo assim o nível de lucros que seriam erodidos num ambiente de competição real. 3. Em razão de provocarem, aderirem voluntariamente ou se beneficiarem do pagamento de propinas, os corruptores são, ao menos, tão responsáveis como os agentes públicos pela violação das normas jurídicas. Mais ainda, os atos corruptos de administradores econômicos representam tanto uma violação de regras estabelecidas para a proteção do interesse público – assim como para os agentes públicos – como das regras contratuais que protegem o interesse dos acionistas. 4. A

Alencar e Gico Jr. argumentam que um aumento na probabilidade de punição é a variável mais importante no estabelecimento do nível de equilíbrio atual de corrupção, conclusão que, segundo eles, é consistente com vários estudos em análise econômica do direito, os quais indicam que os melhores resultados na luta contra o crime são alcançados por meio do aumento na probabilidade de ser preso e condenado.[507]

O paradoxo, então, é que para ser capaz de realmente motivar as empresas a adotarem o compliance, o Brasil deverá aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados e efetivamente punidos. Atualmente, do ponto de vista das empresas, em termos de análise de custos e benefícios, vale mais a pena apostar na ineficiência do sistema e não implementar o compliance.

Para alterar essa equação é necessário desequilibrar o mercado da corrupção. E a lei não conseguirá fazer isso, se não for possível aumentar o valor da variável probabilidade de ser punido, o *p*.

---

corrupção induzida por empresários tem sérios efeitos negativos não apenas no meio político, como também na esfera econômica. Esses efeitos negativos prejudicam as empresas que são excluídas do mercado corrupto, e, mais geralmente, dos contribuintes. Tradução nossa. (DELLA PORTA, Donatella; VANNUCI, Alberto. **Corrupt exchanges:** actors, resources and mechanisms of political corruption. New York: Aldine de Gruyter, 1999, p. 208).

[507] ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011, p. 80.

4 A MEDIÇÃO DA EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

O exame feito no capítulo anterior demonstrou que a ameaça de punição administrativa e civil sob a lei anticorrupção não é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas ou mecanismos simplificados de compliance, em razão da baixa probabilidade de aplicação efetiva da lei.

Permitiu ainda, concluir que o efeito mitigador dos programas e mecanismos simplificados de compliance, tomando-se em conta a regulamentação no plano federal, não oferece um incentivo suficiente para que as empresas implementem tais programas.

É claro que há outras razões para que uma empresa implemente um programa de compliance, ligadas ao cumprimento de diferentes normas e regulações (trabalhistas, ambientais, sanitárias), à prevenção de outros ilícitos (lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo) bem como a questões institucionais, de governança corporativa, como uma forma de reforçar a imagem da empresa no mercado. A pesquisa, contudo, questiona a influência que a lei anticorrupção pode ter, na promoção do compliance.

Mesmo sustentando não haver, na lei, um incentivo real para a elaboração e a implementação de programas ou mecanismos de compliance, pensamos que a definição de parâmetros para medição de sua efetividade é necessária. De fato, nos casos em que efetivamente houver a instauração de um processo administrativo de responsabilização, as medidas existentes deverão ser valoradas para a adequada dosimetria das circunstâncias agravantes e atenuantes dos artigos 17 e 18 do Decreto 8.420/20150.

Por outro lado, se a empresa optar pela negociação de um acordo de leniência[508], terá que concordar com cláusulas que exigirão a adoção, aplicação ou

[508] A redação do art.16 da Lei 12.846/2013, alterada pela MP 703/2015, coloca o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou na melhoria dos mecanismos internos de integridade como uma das condições do acordo. Assim, a avaliação do cumprimento integral do acordo de leniência, para o efeito de arquivar o processo administrativo referente a licitações e contratos em curso em outros órgãos ou entidades que versem sobre o mesmo objeto do acordo (art. 17-A da lei,

aperfeiçoamento de um programa de compliance (art. 37 do Decreto 8.420/20150). Nesse momento, a relação entre custo e benefício se altera drasticamente, e a formulação do programa entra como um componente de uma estratégia de redução de danos.

O gozo dos benefícios previstos no acordo de leniência, ao final de seu cumprimento, dependerá, além do atendimento de outras obrigações assumidas pela empresa, da comprovação da efetividade do programa ou das medidas de compliance adotadas.

Resta-nos, portanto, responder à terceira pergunta, que indaga sobre a medição da efetividade de um programa ou dos mecanismos simplificados de compliance.

Para que um programa compliance possa contribuir para a conformidade com as leis e repercutir favoravelmente na responsabilização da pessoa jurídica e das pessoas físicas, ele deve ser efetivo. Numa ótica de autorregulação regulada, não cabe uma determinação minudente por parte do Estado sobre como devem ser esses programas. Isso, além de não ser possível, não seria igualmente recomendável. Apenas estruturas fundamentais devem ser indicadas na legislação.[509] Não é demais lembrar a natureza público-privada do compliance, pois os parâmetros de atuação partem da legislação criada pelo Estado, sob a influência dos padrões estabelecidos por organismos internacionais, além da própria política empresarial.[510]

Em suma, o mais adequado é que o programa seja desenvolvido pela própria empresa, levando em consideração fatores específicos que a diferenciam das demais – tamanho, porte da operação, área de atuação, e os riscos ligados à natureza sua atividade. Medidas de compliance são de adoção obrigatória no âmbito da prevenção da lavagem de dinheiro (a inobservância dessa obrigação sujeita as

---

na redação da MP 703/2015), bem como reduzir ou isentar a empresa da aplicação da multa e de outras sanções (incisos I a III do §2º do art. 16 da lei, na redação da MP 703/2015), passará necessariamente pela avaliação da efetividade do compliance.

[509] ENGELHART, 2012a, p. 711.

[510] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 25.

pessoas físicas, as pessoas jurídicas e seus administradores à imposição de sanções administrativas[511]), e de adoção sugerida, no âmbito da prevenção da corrupção. Apesar do foco da pesquisa ser a lei anticorrupção, faremos referências, eventualmente, ao compliance antilavagem de dinheiro, pelas seguintes razões: 1) ele é a origem do compliance criminal, no Brasil; 2) as empresas, quando desenvolvem programas de compliance, preocupam-se com os riscos legais num sentido amplo; frequentemente várias leis são consideradas; 3) há laços muito estreitos entre a corrupção e a lavagem de dinheiro, como já referimos no início do trabalho, e 4) o sistema de avaliação do compliance antilavagem de dinheiro desenvolvido pelo GAFI servirá de referencial para a análise realizada neste capítulo.

4.1 ELEMENTOS DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE

Os programas de compliance têm um custo importante[512], e não há sentido em exigir que empresas pequenas ou médias contem com estruturas complexas de prevenção de delitos. O programa ou o sistema utilizado deve ser adequado ao porte da empresa e também aos riscos que ela enfrenta. Em muitos casos, empresas pequenas ou médias poderão desenvolver o compliance por meio de mecanismos mais simples, e que nem sempre poderão ser caracterizados como programas de compliance.

Os modelos de compliance das grandes empresas - por exemplo, no caso da Alemanha, o Deutscher Corporate Governance Kodex [513], elaborado para as sociedades com ações em bolsa, podem ser ajustados para serem utilizados por empresas de porte médio.[514] No Brasil, a Portaria Conjunta da CGU e do Ministério da Micro e Pequena Empresa nº 2279/2015 dispõe sobre medidas de integridade

[511] Veja-se, por exemplo, as disposições do art. 12 da Lei nº 9.613/98: sanção de multa para a inexistência de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o porte e o volume das operações, que permita o atendimento dos deveres dos arts. 10 e 11 da mesma lei.

[512] De acordo com pesquisa realizada pela Deloitte, três quartos das empresas pesquisadas investem anualmente até R$ 1 millhão por ano em compliance, valor que compreende investimentos em pessoas, tecnologia, estrutura, espaço físico e contratação de consultorias. 18% das empresas ouvidas investem de R$ 1 milhão a R$ 5 milhões anuais, e 6% investem acima de R$ 5 milhões. (DELLOITE, 2016, p. 8).

[513] DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX. **Regierungskommission.** Disponível em: <http://www.dcgk.de/de/>. Acesso em: 4 out. 2015.

[514] FISSENEWERT, Peter. **Compliance für den Mittelstand**. München: C.H.Beck, 2013, p. 1.

mais simples, com menor rigor formal, que demonstrem o comprometimento com a ética e a integridade na condução das atividades das microempresas e empresas de pequeno porte.[515]

Em empresas maiores, ou naquelas que têm atuação internacional, um programa de compliance é medida salutar e de boa governança, até porque o número de empregados, quando elevado, aumenta a probabilidade de violações às normas. Além disso, há setores de atividade mais sensíveis do que outros. Se a empresa mantiver contratos com o poder público, por exemplo, haverá maior risco da prática de corrupção. Nesse caso, o mais seguro é que a empresa institua e implemente um programa de compliance.[516]

A OCDE elaborou um guia para empresas multinacionais, que contém recomendações dos governos para as empresas estabelecidas em mais de um país e que tenham atuação de maneira coordenada. As "Guidelines" destinam-se a promover a conduta empresarial responsável num contexto global, consignando que a primeira obrigação das empresas é obedecer às leis domésticas dos países onde operam. Umas das políticas gerais é justamente a de que as multinacionais devem promover a consciência e o compliance por parte dos empregados da multinacional, respeitando ainda a política da empresa, o que pode ser atingido por meio de programas de treinamento. Outra recomendação é a adoção da devida diligência com base no risco (risk-based diligence), por exemplo incorporando na empresa sistemas de administração de risco, para identificar, prevenir e mitigar impactos adversos presentes e futuros. O guia se dirige tanto às empresas privadas como às empresas estatais.[517]

No capítulo VII do Guia, relativo ao combate da corrupção, do suborno e da extorsão, recomenda-se o desenvolvimento e a adoção controles internos

---

[515] A Lei Complementar nº 123/06 define, no art. 3º, os limites de faturamento bruto para o enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte, possibilitando, ainda, o enquadramento do empresário e da sociedade simples ou empresária como micro empresa ou empresa de pequeno porte. (BRASIL. **Lei Complementar nº 123/06.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 7 março, 2016).

[516] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 28.

[517] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises.** 2011, p. 19-20. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Acesso em: 4 out. 2015.

adequados, de programas de ética e de compliance ou medidas de prevenção e de detecção de atos de corrupção, desenvolvidos a partir de uma análise de risco referida à situação particular da empresa, especialmente se os riscos de corrupção forem maiores em razão de circunstâncias geográficas ou do setor de atividade.[518]

Quanto maior a empresa, mais complexa é a tarefa de incorporar um sistema de cumprimento normativo. Entretanto, não se deve perder de vista, na execução, os objetivos centrais de um programa dessa natureza: evitar a realização de infrações legais e detectar aquelas que, apesar das medidas de prevenção, tenham ocorrido.[519]

Segundo o modelo proposto por Engelhart[520], um programa de compliance estrutura-se em três colunas, que se subdividem, por sua vez, em três pontos. A primeira coluna corresponde à formulação do programa de compliance, a segunda refere-se à implementação desse programa, e a terceira corresponde à sua consolidação e aperfeiçoamento.[521] A estrutura de um programa de compliance é assim organizada:

1ª Coluna: Formulação (identificar, definir, estruturar)

- Análise de riscos e valoração dos riscos
- Definição de medidas de prevenção, detecção e comunicação, definição dos valores da empresa
- Criação de uma estrutura de compliance

2ª Coluna: Implementação (informar, incentivar, organizar)

- Comunicação e detalhamento das especificações de compliance
- Promoção da observância do compliance
- Medidas organizacionais para criação de processos de compliance

3ª Coluna: Consolidação e Aperfeiçoamento (reagir, sancionar, aperfeiçoar)

---

[518] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 47.
[519] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 28.
[520] ENGELHART, 2012b, p. 711 e 712. Este modelo é adotado por outros autores, entre os quais Percy García Cavero. (GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 27-52).
[521] Ibid., p. 28-29.

- Estabelecimento de um processo para apuração de violações ao programa de compliance

- Estabelecimento dos critérios para a sanção das violações ao programa de compliance

- Avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa

Seguindo a mesma estrutura, vejamos em que consistem cada uma dessas colunas.

4.1.1 Formulação: identificar, definir, estruturar

4.1.1.1 Análise de riscos e valoração dos riscos

A análise dos riscos é o passo inicial de qualquer esforço sério de compliance. No âmbito da prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, o GAFI deu nova redação às suas 40 Recomendações, estabelecendo como primeira obrigação dos países a identificação dos riscos da ocorrência desses delitos e a adoção de medidas e ações baseadas nesses risco (risk-based approach), inclusive com a designação de autoridade ou mecanismo para coordenar ações de avaliação dos riscos.[522]

[522] A Recomendação nº 1 tem a seguinte redação: Avaliação de riscos e aplicação de uma abordagem baseada no risco**.** Os países devem identificar, avaliar e compreender os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo para o país, e tomar medidas, inclusive designando uma autoridade ou mecanismo para coordenar as ações de avaliação de riscos, e aplicar recursos com o objetivo de garantir que os riscos sejam efetivamente mitigados. Com base nessa avaliação, os países devem aplicar uma abordagem baseada no risco (ABR) para garantir que as medidas de prevenção ou mitigação da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo sejam proporcionais aos riscos identificados. Essa abordagem deve ser um fator essencial para a alocação eficiente de recursos por todo o regime antilavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (ALD/CFT) e para a implementação das medidas baseadas em risco em todas as Recomendações do GAFI. Quando os países identificarem riscos maiores, deveriam se assegurar de que seu regime ALD/CFT aborda adequadamente esses riscos. Quando identificarem riscos menores, os países poderão optar por medidas simplificadas para algumas das Recomendações do GAFI, sob certas condições. Os países deveriam exigir que as instituições financeiras e atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) identifiquem, avaliem e adotem medidas efetivas para mitigar seus riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. (PADRÕES internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI. Fev. 2012. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015).

Identificar, avaliar e entender os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo aos quais o país está sujeito é o início e a base a partir da qual todas as políticas públicas de prevenção aos delitos devem ser formuladas. É a partir desta capacidade de identificação, entendimento e ação que os países são avaliados, no exame do compliance com os padrões internacionais, à luz da nova metodologia. O conhecimento e a compreensão dos riscos, em todos os setores relevantes; a adoção de medidas adequadas para sua mitigação; a alocação dos recursos necessários para os órgãos que têm atuação na prevenção e na repressão desses delitos, priorizados de acordo com os riscos identificados; e a coordenação nacional e internacional, serão determinantes para verificar, ao final, se o país está conseguindo atingir o objetivo de reduzir substanciamente os crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, punir seus autores, recuperar os ativos ilicitamente obtidos e aumentar, com isso, a segurança da sociedade.

No âmbito das empresas, não é muito diferente. A primeira medida é também a identificação e a análise dos riscos aos quais ela está sujeita (seja na qualidade autora [523], seja na qualidade de vítima), levando em consideração aspectos específicos daquela empresa, ou seja, seu porte, ramo de atividade, base territorial, etc. Devem ser analisados os riscos legais e reputacionais que poderão advir da ocorrência de atos ilícitos, e que o programa de compliance pretenderá mitigar.

Engelhart recomenda a realização de um inventário dos riscos, de acordo com a especifidade da empresa. Para a avaliação dos riscos legais é preciso identificar as normas nacionais e supranacionais, seus regulamentos e especificações.

No âmbito da lavagem de dinheiro há todo um regime global de proibição que determina a adoção de estruturas semelhantes nos países, e impõe aos sujeitos obrigados ao compliance uma série de deveres. As 40 Recomendações do GAFI são o padrão internacional que detalha as obrigações dos países e das pessoas

[523] Tudo depende do sistema legal que estiver sendo considerado, bem como do ramo do direito – exemplificativamente, num sistema que reconhece a capacidade da pessoa jurídica para responder criminalmente por atos praticados por sua conta ou em seu benefício, ela poderá ser considerada autora de um delito. Mesmo naqueles onde não se adote a responsabilididade penal da pessoa jurídica, ela poderá ser autora de ilícitos civis ou administrativos, como é o caso da Lei nº 12.846/13.

físicas e jurídicas que atuarem nos setores designados. As recomendações espelham-se nas normas das convenções internacionais e nas resoluções do Conselho de Segurança da ONU, em princípio (Viena, Palermo, Mérida e todas as relacionadas ao terrorismo e ao seu financiamento), conferindo força às suas determinações, em razão da adoção dos mecanismos da *soft law* (*peer review* e *peer pressure*).[524] Essas recomendações são adotadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial, que levam em consideração o grau de compliance dos países no momento da concessão de empréstimos e financiamentos.

Além disso, no caso do Brasil, rege a matéria a Lei nº 9.613/98, com as alterações operadas, mais recentemente, pela Lei nº 12.683/12. A esse contexto normativo se devem acrescentar todas as normas infralegais, expedidas pelo regulador específico – no caso das instituições financeiras, a regulamentação do Banco Central (BACEN)[525]; no caso das empresas que atuam no mercado de valores mobiliários, as normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, e no caso dos setores que não contam com regulador próprio, vale a competência residual do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)[526].

Para a avaliação dos riscos legais, no âmbito da corrupção, devem ser consideradas as convenções internacionais sobre a matéria (com aplicação ao Brasil, as convenções da OEA, da ONU e da OCDE[527]); os vários dispositivos do Código Penal que tratam de corrupção, num sentido amplo; a Lei 8.666/93, que institui normas para as licitações e contratos com a Administração Pública; a Lei 12.846/2013, conhecida como a Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa; a Lei 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, a Lei 8.884/94, que trata das infrações contra a ordem econômica; além de normas infralegais, tais como o Decreto 8.420/15, que regulamentou a lei anticorrupção, e os normativos da

[524] Para maiores informações acerca da mecânica de trabalho do GAFI, veja-se o primeiro capítulo.
[525] Vale a pena citar a Resolução BACEN nº 2554/98, que marca o início da obrigatoriedade da implantação de programas de compliance no setor financeiro.
[526] Em razão do disposto no §1º do art. 14 da Lei nº 9.613/98.
[527] A Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Corregedoria-Geral da União[528] e dos Estados e Municípios onde a empresa atuar, entre outros.

Se a empresa tiver atuação internacional e atuar no mercado americano, inglês ou, em geral, europeu, incidem, de forma extraterritorial, as normas do Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e do Bribery Act. Poderão ter aplicação ainda as Diretivas europeias relativas à prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. Ou seja, o conjunto de normas legais, nacionais e internacionais, e de regulamentos, instruções normativas e resoluções que pode ter aplicação a uma empresa é muito amplo. Para a avaliação dos riscos legais, portanto, será preciso contar com um advogado, ou pessoa que possua formação jurídica. Se a empresa tiver um departamento jurídico ou um departamento de compliance, poderá fazer uso do conhecimento técnico desses profissionais, na elaboração de seu programa de compliance.

Os riscos devem ser avaliados em razão de seu significado, frequência, tipo e alcance de possíveis danos (prejuízos), sendo organizados em uma escala, em razão de sua intensidade (alto risco, risco moderado, baixo risco). A identificação e a avaliação desses riscos deve ser revista e atualizada com alguma frequência, para garantir que modificações na situação sejam levadas em conta no programa de compliance.[529]

Risco baixo não significa que medidas de prevenção não sejam necessárias: o GAFI, por exemplo, admite apenas o uso de medidas simplificadas de diligência nas operações de baixo risco, mas jamais a ausência delas. Da mesma forma, a ISO 19600, o Guia internacional para os programas de compliance, afirma que o enfoque de administração do compliance baseado no risco (risk-based approach to compliance management) não significa que o noncompliance seja aceito para situações de baixo risco. Ao contrário, a atenção prioritária das empresas e seus recursos deverão ser concentradas nas situações de alto risco, mas deverão cobrir todos os riscos: “All identified compliance risks/situations are subject to monitoring,

[528] Em especial, a Instrução Normativa da CGU 1/2015, as Portarias CGU 909/2015 e 910/2015, e a Portaria Conjunta 2.279/2015.
[529] ENGELHART, 2012b, p. 713.

correction and corrective action".[530] A razão para isso não é difícil de compreender. Algum compliance é necessário até para verificar se o risco continua baixo. Sem avaliação continuada de riscos não há como saber 1) se o risco foi corretamente avaliado como baixo; e 2) se não houve modificação na situação ou circunstâncias, de forma a aumentar o risco.

A abordagem baseada no risco é necessidade imposta pelo fenômeno da escassez de recursos. As empresas não possuem recursos para fiscalizar todas as operações, setores e clientes de modo efetivo, com o mesmo grau de intensidade. Por isso, a abordagem baseada no risco é o enfoque recomendado para a formulacão de qualquer programa de compliance.

Por outro lado, o GAFI se preocupa com o fenômeno conhecido como *de-risking*: situações onde as instituições financeiras decidem terminar ou restringir os negócios com determinadas categorias de clientes que apresentam alto risco, para proteger-se de consequências que poderiam advir caso nessas operações ocorresse a lavagem de dinheiro. Essa é uma questão complexa que não decorre apenas da exigência, por parte do Estado, da adoção de medidas de prevenção da lavagem de dinheiro. Também não serve ao sistema de prevenção que todo um tipo de operações ou de clientes sejam excluídos do sistema financeiro e bancário, optando por vias não-oficiais, onde não há qualquer controle ou diligência destinada à prevenção da lavagem de dinheiro. O GAFI emitiu uma declaração sobre os motivos que levam ao *de-risking* em na Plenária de junho de 2015[531], e segue fazendo estudos e consultas com o setor privado para encontrar o equilíbrio necessário entre a exigência de medidas de diligência devida e o risco que as instituições financeiras estão dispostas a aceitar. Parte dos problemas ocorre no estabelecimento de relações com correspondentes bancários, quando o banco deve adotar as medidas de diligência do cliente no banco correspondente. De todo modo, o GAFI já publicou

[530] Todos os riscos e situações são sujeitos a monitoração, correção e ações corretivas. Tradução nossa. ISO 19600:2014, p. 7, nota 2.

[531] DRIVERS for "de-risking" go beyond anti-money laundering/terrorist financing. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/derisking-goes-beyond-amlcft.html>. Acesso em: 4 out. 2015.

um Guia de Enfoque Baseado no Risco para o Setor Bancário[532], buscando reafirmar o comprometimento das instituições com a prevenção da lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

4.1.1.2 Definição de medidas de prevenção, detecção e comunicação (a questão dos **whistleblowers**); definição dos valores da empresa

Identificados os riscos, e organizados de acordo com sua probabilidade de ocorrência e intensidade de dano, a direção da empresa deve decidir como atuará frente a eles. Esse trabalho é conhecido como administração ou gestão de risco (risk management). Seu objetivo é mitigar os riscos e estabelecer procedimentos para adotar frente aos atos lesivos que venham a ocorrer[533].

É o momento também de refletir sobre os valores da empresa e elaborar um código de ética, ou código de conduta. As normas legais e éticas devem valer para toda a empresa, de forma que cada empregado ou dirigente saiba, exatamente, que tipo de comportamento é esperado dele, e quais ações violariam o código de ética e o programa de compliance.[534]

O comprometimento da alta direção da empresa (tone at the top) é o determinante essencial para a cultura da organização. O apoio dos dirigentes ao programa de compliance e o comprometimento público influenciam as normas e os valores pelos quais a empresa se pauta e aos quais se espera a adesão de todos os empregados e parceiros comerciais. Na prática, o compromisso da administração com a prevenção da corrupção, por exemplo, deve passar, em primeiro lugar, por uma política de tolerância zero com atos de corrupção, quer em pequenos valores, quer em valores maiores, seja ela ativa ou passiva. Esse exemplo deve ser transmitido hierarquicamente dentro da empresa, aos gerentes, que têm contato direto com os empregados, em suas atividades cotidianas.[535]

---

[532] RISK-BASED approach guidance for the banking sector Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf>. Acesso em: 4 out. 2015.
[533] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 32.
[534] ENGELHART, 2012b, p. 713.
[535] UNITED NATIONS. **An anti-corruption ethics and compliance programme for business:** a practical guide. Sept. 2013, p. 19 e 20. Disponível em:

A Global Compact, iniciativa da ONU de promoção da sustentabilidade corporativa, exige o comprometimento da liderança da empresa contra a corrupção em todas as suas formas, sem o qual sua participação no programa não será aceita.[536]

A gestão dos riscos de infração legal na empresa não se esgota em sua prevenção, mas deve continuar quando não foi possível evitar a ocorrência de uma violação às normas. A oportuna descoberta do ato lesivo pode ser conseguida através de mecanismos de controle e supervisão (vigilância de superiores, auditorias internas) ou também pela instituição de um canal de denúncias de irregularidades, através do qual todos os empregados e colaboradores poderão estar comprometidos com a manutenção de um ambiente de respeito à legalidade.[537] É necessário que os informantes possam fazer consultas e denúncias sem receio de represálias. Será interessante, ainda, que o canal de denúncias esteja apto a receber denúncias externas, por meio da página da empresa na internet, por exemplo.

A implantação de procedimentos internos de denúncia por parte das empresas tem origem, assim como muito do que está compreendido no fenômeno do compliance criminal, nos Estados Unidos [538] , onde são chamados de whistleblowers. As denúncias se distinguem em internas ou externas, em função de serem dirigidas ao canal interno estabelecido pela empresa, ou diretamente a terceiros – autoridades ou meios de comunicação.[539]

<https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf>. Acesso em 23 fev. 2016.

[536] De acordo como Guia para a Sustentabilidade Corporativa. (UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **Guide to corporate sustainability:** shaping a sustainable future. p. 9. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/1151>. Acesso em: 9 mar. 2016a, UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **The Ten Principles of the UN Global Compact**. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 9 mar. 2016b).

[537] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 38.

[538] Desde meados do século XIX os Estados Unidos incentivam atos de delação por diversos meios, que vão desde o oferecimento de proteção ante possíveis represálias até o pagamento de recompensas em dinheiro. O primeiro antecedente da proteção jurídica aos whistleblowers nos Estados Unidos se situa no False Claims Act de 1863. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa”, p. 164. Entretanto, o uso de incentivos às denúncias e proteção aos denunciantes é mais antigo, e tem origem na Inglaterra, nas chamadas ações *qui tam*. Como explica Braithwaite, qui tam é a abreviatura para a expressão latina *qui tam pro domino rege, quam pro se ipso in hoc parte sequitur,* ou seja, aquele que litiga tanto pelo rei como em causa própria (He who sues as much for the King as for himself). (BRAITHWAITE, 2008, p. 66).

[539] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER

A decisão de reportar os fatos delituosos diretamente às autoridades de persecução em vez de utilizar os canais internos da empresa pode estar ligada à inexistência ou ineficácia desses mecanismos; à ausência de independência do setor de compliance, que lhe garanta condições de investigar as denúncias; ou à falta ou deficiente regulamentação do procedimento de denúncia interna, da competente investigação e da proteção do anonimato.

Escândalos como os da Enron e o WorldCom foram descobertos graças a denúncias deste tipo, e, nos Estados Unidos, modificaram-se normas para proteger os denunciantes. Com o Dodd-Frank Act, que promoveu uma reforma em Wall Street, em 2010, os Estados Unidos criaram um novo mecanismo de recompensa para denúncias de empregados (internal whistleblowers) que reportassem fraudes diretamente à SEC (Securities and Exchange Commission). De acordo com essa lei, os informantes podem receber entre 10% a 30% das penalidades que venham a ser impostas à empresa, não sendo necessário que eles tenham usado, em primeiro lugar, o canal de denúncias interno.[540]

Em face da influência mundial da política e da economia norte-americanas, a proteção aos denunciantes se estendeu a outros países, basicamente por duas razões: de um lado, a obrigação das filiais de multinacionais que precisam se adaptar à legislação norte-americana, e, de outro, os vários tratados, convenções internacionais e recomendações que estimulam a criação de regulação específica para a proteção dos denunciantes (entre os quais o art. 33 da Convenção da ONU contra a Corrupção e o Plano de Ação do G20 [541] para a Proteção de Denunciantes).[542]

A OCDE, por meio do seu Grupo de Trabalho sobre Suborno, manifestou preocupação com a ausência de proteção aos denunciantes no Brasil, recomendando que o país implementasse políticas de proteção aos denunciantes

---

FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013, p. 163.

[540] GREENBERG, Michael. **For Whom the whistle blows:** advancing corporate compliance and integrity efforts in the era of dodd-frank. Santa Monica: RAND Corporation, 2011, p. vii.

[541] G20 ANTI-CORRUPTIO action plan protection of whitleblowers. Disponível em: <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>. Acesso em: 5 out. 2015.

[542] RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 29-31.

públicos e privados. A falta de conhecimento sobre o tema da proteção dos whistleblowers em todos os setores do país foi considerada um grande empecilho à prevenção e à detecção do suborno transnacional.[543]

A proteção do denunciante no serviço público já possui algum amparo jurídico: a Lei de Acesso à Informação incluiu artigo na lei do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/1990) estabelecendo que a informação (interna ou externa) relativa à prática de crimes ou atos de improbidade não sujeitará o servidor à responsabilização de qualquer ordem:

> Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.(Incluído pela Lei 12.527, de 2011)[544]

A proteção ao denunciante no âmbito privado está sendo discutida no Projeto de Lei 1.701/2011[545], que busca instituir o "Programa Federal de Recompensa e Combate à Corrupção", por meio do qual o informante contribui com a elucidação de crime contra a Administração e o Patrimônio públicos, bem como para a recuperação de valores e bens públicos desviados, e recebe recompensa pecuniária. O projeto propõe uma recompensa em dinheiro correspondente a 10% sobre o total apurado dos valores e bens apreendidos, não podendo ser superior a 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento da recompensa ao informante. O pagamento será feito pelo Fundo de Recepção e Administração de bens e valores recuperados em processos judiciais relativos aos crimes contra a ordem econômica, a Administração e o Patrimônio públicos (a ser criado), depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Ou seja, o denunciante terá que esperar até o trânsito em julgado da decisão condenatória na ação penal instaurada em razão dos crimes por ele denunciados, para receber o incentivo. O projeto de lei foi enviado à Comissão de Trabalho, Administração, Serviço Público, Finanças e

---

[543] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014, p. 64.

[544] BRASIL. **Lei 8.112,** de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

[545] BRASIL. **Projeto de lei 1.701/2001.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510440>. Acesso em: 24 fev. 2016.

Tributação da Câmara dos Deputados em 01 de agosto de 2011, onde se encontra até hoje.

4.1.1.3 Criação de uma estrutura de compliance

Deve ser estabelecida na empresa uma estrutura de compliance à qual sejam atribuídas claramente as tarefas de compliance, e que receba as competências correspondentes e os recursos suficientes para a implementação dessas tarefas. O compliance varia muito, em razão do tamanho das empresas. Poderá ser suficiente em pequenas firmas que uma pessoa – o gerente ou um diretor – seja assim percebido. Em empresas maiores, com organização complexa, será necessário contar um uma estrutura diferenciada e extensa para as tarefas de compliance.[546]

Nestes casos, há uma pessoa encarregada do funcionamento do programa de compliance, e que deve prestar contas regularmente à direção da empresa: é o oficial de cumprimento, ou compliance officer. Quando houver um departamento dedicado ao compliance, integrado por profissionais especializados neste tema e com independência funcional da direção da empresa, o chefe deste departamento será chamado Chief Compliance Officer (CCO). A ele caberá velar pelo adequado funcionamento do programa, assim como a detecção de irregularidades e sua comunicação aos organismos de controle interno.[547]

As empresas sujeitas à fiscalização do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários estão obrigadas a indicar aos supervisores um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas de prevenção à lavagem de dinheiro, que poderá acumular essa atribuição com outras funções.[548]

---

[546] ENGELHART, 2012b, p. 713-714.
[547] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 40.
[548] De acordo com o art. 18, §§1º e 2º da Circular 3.461 do Bacen, o diretor não poderá acumular a função de compliance com a de administração de recursos de terceiros. Em caso de conglomerados financeiros, o diretor responsável pelo compliance antilavagem de dinheiro poderá também ficar responsável pelas comunicações referentes às demais instituições integrantes do conglomerado. De acordo com o art. 10 da Instrução CVM 301/1999, as pessoas mencionadas no art. 2º da mesma norma deverão ter um diretor responsável pelo cumprimento das obrigações de compliance, ao qual deve ser franqueado o acesso aos dados cadastrais de clientes, bem como a quaisquer informações a respeito das operações realizadas. (BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução Normativa 301,** de 16 de abril de 1999. Disponível em:

Entretanto, a administração da empresa não poderá delegar todas as tarefas ao setor de compliance: há decisões que só podem ser tomadas em conjunto com ela, por exemplo, a definição dos valores da empresa e a formulação de um código de ética. Mesmo quando houver a estruturação de um departamento de compliance, chefiado pelo Chief Compliance Officer, os dirigentes não estarão liberados de suas responsabilidades, pois conservam deveres de vigilância sobre os subordinados.[549]

De um modo geral, os superiores hierárquicos se encontram em uma posição de garantia em relação aos subordinados. Esta garantia tem uma dupla dimensão: uma, para dentro, orientada a evitar resultados lesivos para a própria empresa, o que os torna garantes de proteção (Beschützergarant); e outra, para fora, orientada à evitação de resultados lesivos que se produzam a partir da atividade dos membros da empresa e lesionem bens jurídicos de outras pessoas, quando são considerados garantes de controle (Sicherungs- ou Überwachungsgarant).[550]

Quanto existe a figura do CCO, o empresário, que em razão de uma primeira delegação (às pessoas que efetivamente realizam o trabalho na empresa) conservou os deveres de supervisão e vigilância, volta novamente a delegar, desta vez ao responsável pela função de cumprimento.[551] Assim, a posição jurídica do empresário muda novamente, de ostentar um dever de supervisão ativo (que o obrigava a desenvolver atividades de vigilância e controle sobre quem executava as tarefas) para ostentar um dever de supervisão passivo (que o obriga a manter certo grau de comunicação com aqueles que executam materialmente as tarefas de controle e vigilância). É precisamente por isso que a existência de um sistema interno de prevenção de delitos operativo e efetivo é valorada juridicamente como prova de que o empresário cumpriu com seus deveres de controle e vigilância (na

---

<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst301consolid.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016).

[549] ENGELHART, 2012b, p. 714.

[550] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 80-81.

[551] A posição do compliance officer suscita uma séria de discussões, em especial, a de se ele pode ser considerado garante dos danos derivados da atividade empresarial, respondendo penalmente por omissão. (BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar. PABLO MONTIEL, Juan. URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 178).

medida em que supõe delegar sua execução validamente e comprovar que dita execução se realiza de modo diligente).[552]

4.1.2 Implementação: informar, incentivar, organizar

A implementação de um programa de compliance é um processo progressivo, que deve se estender a todos os níveis de atividade da empresa. Para que se possa desenvolver uma cultura de compliance são necessárias atividades em distintas instâncias da organização.[553]

4.1.2.1 Comunicação e detalhamento das especificações de compliance

O primeiro passo é comunicar ao conjunto de empregados a existência e o conteúdo do código de ética da empresa. As especificações do compliance devem ficar claras para todos, de forma que cada um saiba qual é o comportamento legal e ético que lhe cabe, no desempenho de suas tarefas. Para que esse objetivo seja alcançado, utilizam-se treinamentos e cursos. Mais do que apenas dar a conhecer os requerimentos profissionais do compliance, é importante gerar uma consciência do comportamento correto sob o aspecto ético e jurídico. Esse conhecimento/consciência deve ser regularmente aferido, seja por questões de feedback, questionários, etc, para que se possa verificar em que medida a implementação das padrões de conduta foi exitosa.[554]

Há diferentes formas da empresa trazer ao conhecimento de todos os valores e as condutas esperadas: pode-se detalhar possíveis conflitos de interesse, ou elaborar exemplos práticos de condutas aceitas e não-aceitas, e treinamentos periódicos são importantes para que o código seja conhecido e os valores, internalizados. Toda a política do compliance deverá ser documentada, e escrita em

[552] GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance offic*er por infracción del deber de control. Una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Arroyo. NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 175.
[553] GARCÍA CAVERO, 2014, p.41.
[554] ENGELHART, 2012b, p. 714-715.

linguagem simples, para que todos os empregados consigam compreender facilmente seus princípios e objetivos.[555]

4.1.2.2 Promoção da observância do compliance

O incentivo à observância do compliance deve ser promovido pela direção da empresa de maneira incessante. Ele pode ser exercido por meio de palestras, comunicações por escrito, debates entre os empregados, etc. Entretanto, a direção da empresa deverá igualmente observar o compliance na administração do negócio e nas decisões que tomar. Além disso, podem ser utilizados a intranet para abrigar todas as informações de compliance; o estabelecimento de uma linha telefônica para esclarecimento de dúvidas (helpline), aconselhamento com o departamento de compliance, etc. Citam-se ainda incentivos como premiar o funcionário de compliance do mês, ou também uma gratificação em dinheiro. Finalmente, o aspecto do compliance deverá ser levado em consideração tanto na contratação de pessoal, como em modificação de setores ou funções de empregados já existentes: é preciso avaliar o potencial de risco que a função apresenta, fazendo um screening de compliance para avaliar se o candidato apresenta as condições necessárias para exercer as funções, respeitando as normas e procedimentos, além do código de ética da empresa.[556]

4.1.2.3 Medidas organizacionais para criação de processos de compliance

As medidas organizacionais que a empresa deve adotar devem ter por objetivo evitar as oportunidades de violações das normas legais, regulamentares e éticas, bem como possibilitar a descoberta de fatos ou atos que impliquem na violação destas normas. Elas devem estar integradas no dia-a-dia da empresa, e ser estabelecidas em função do risco da atividade ou da função exercida. Engelhart aponta que medidas especiais devem existir para os dirigentes da empresa, já que sua conduta poderá ser observada e controlada apenas por poucas e determinadas pessoas. As medidas podem constituir na compartimentação de informações em

[555] ISO 19600:2014, item 5.2.1, p. 9. SWITZERLAND. International Organization for Standardization. ISO 19600. **Compliance management systems - Guidelines**. Systèmes de management de la conformité – Lignes Directrices.
[556] ENGELHART, 2012b, p. 715-716.

áreas de risco, na necessidade de uma segunda assinatura para determinados atos, e pela aplicação do princípio dos quatro olhos (Vier-Augen Prinzip) na tomada de determinadas decisões. Ainda poderia ser utilizado um comitê de compliance especial, para quem os dirigentes devam reportar, regularmente.[557]

Outra medida organizativa consiste no dever de documentar o programa de compliance, com a indicação das medidas de prevenção a serem seguidas. Este documento normalmente corporifica o manual de compliance, que será considerado na avaliação da idoneidade do programa por organismos de controle ou por auditores. O registro ou envio de informações sensíveis aos encarregados do sistema de compliance é outra medida que permite identificar a possibilidade da prática de uma infração legal, e, com isso, a adoção de medidas preventivas pela empresa. Além das medidas de controle interno, são úteis as auditorias específicas (compliance audits), que, pelo fato de serem externas, reduzem as chances de serem controladas ou manipuladas pela direção da empresa.[558]

A documentação de todos os processos será fundamental para a empresa, no momento em que necessitar demonstrar a efetividade do compliance: os treinamentos realizados, os temas abordados e o número de pessoal capacitado; o número de denúncias internas recebidas, os processos de apuração instaurados, e as medidas corretivas aplicadas; as modificações nas rotinas ou nos procedimentos em decorrência da percepção de vulnerabilidades, em razão das ocorrências apuradas, e a forma pela qual a monitoração contínua permitiu à empresa reforçar o compliance. Sem a documentação de todos esses processos a empresa não terá condições de pleitear os efeitos benéficos do compliance, quer perante a Administração Pública, num eventual processo de responsabilização, quer perante o Judiciário, como defesa na ação que busque impor as sanções previstas na lei anticorrupção. Trata-se de fazer prova, e prova precisa estar documentada.

A ISO 19600 refere que a documentação deve ser adequadamente protegida contra a perda da confidencialidade (quando for o caso), contra uso impróprio, ou perda de sua integridade. Além disso, observa que a informação documentada

[557] ENGELHART, 2012b, p. 716.
[558] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 43-45.

eventualmente é preparada para o propósito de obter uma consultoria jurídica, e, desta forma, pode estar protegida pelo sigilo da relação cliente-advogado (legal privilege).[559]

Em matéria de prevenção à lavagem de dinheiro, a documentação dos procedimentos é fundamental. O primeiro dos deveres de compliance é o KYC, ou know your customer. O inciso I do art. 10 da Lei nº 9.613/98 determina que as instituições financeiras deverão identificar seus clientes e manter cadastro atualizado. No inciso II do art. 10, a lei estabelece ainda a obrigatoriedade do registro de toda a transação que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente, nos termos das instruções por esta expedidas. A terceira obrigação fundamental é a de reportar à unidade de inteligência financeira as transações propostas ou realizadas que ultrapassarem o limite fixado pelas autoridades competentes, em 24 horas, e sem dar ciência a qualquer pessoa, principalmente àquela à qual se refira a informação, além das transações que possam constituir-se em sérios indícios de lavagem de dinheiro (operações suspeitas ou atípicas.[560]). A Circular 3.461 do BACEN determina, no artigo 11, que as informações e registros devem ser mantidos e conservados por períodos mínimos, que podem ser de 5 (cinco) ou 10 (dez) anos, dependendo do tipo de informação.[561] Obrigações similares são detalhadas pelos demais reguladores.

4.1.3 Consolidação e aperfeiçoamento. reagir, sancionar, aperfeiçoar

4.1.3.1 Estabelecimento de um processo para apuração de violações ao programa de compliance

A empresa precisa planejar o que será feito no caso da ocorrência de uma violação ao programa de compliance, às normas legais ou regulamentares. Ou seja,

---

[559] ISO 19600:2014, 7.5.3, p. 19.

[560] Importante consignar que atipicidade de uma operação no contexto da lavagem de dinheiro não tem relação com a ideia de tipicidade penal. Uma tal interpretação poderia acarretar a ilógica conclusão de que se deveriam comunicar operações que fossem penalmente atípicas. A lei se refere, em realidade, às operações que não sejam habituais, naquele mercado específico, e, por isso, despertem suspeitas.

[561] BRASIL. Banco Central. **Circular 3.461.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=circ&ano=2009&numero=3461>. Acesso em: 25 fev. 2016.

estabelecer quem investiga, o que, quando e em que extensão; como os procedimentos serão documentados, e quem será informado de quais resultados dessa investigação. Devem se estabelecer canais adequados para que o fluxo das informações se faça de tal maneira que, por um lado, seja possível uma apuração independente, e por outro, respeitem-se os direitos fundamentais do investigado (o direito à intimidade, à honra, e os direitos de defesa num eventual futuro processo criminal, por exemplo.).[562]

É aqui que entram em cena as investigações internas, que, no caso do envolvimento de dirigentes nos fatos, melhor são feitas por advogados externos à empresa, a fim de reduzir a influência daqueles no processo. As investigações internas são sempre processos jurídicos, e os advogados saberão avaliar o momento de levar os resultados às autoridades que sejam responsáveis por uma investigação oficial.[563]

Essas investigações não se sujeitam às regras do direito processual penal, mas sim ao direito trabalhista[564], que permite ao empregador investigar as faltas de seus empregados. García Cavero aponta que aqui se coloca a questão sobre a existência do direito à não autoincriminação, bem como do direito a guardar silêncio. Conclui pela possibilidade da empresa aplicar seu poder disciplinar e pela possibilidade de interrogar o empregado, no âmbito da investigação interna, e de aplicar uma sanção com base nos dados colhidos. Entretanto, em razão da vigência do princípio *nemo tenetur se detegere,* o depoimento do empregado não poderá ser utilizado contra ele, num futuro processo penal.[565]

Segundo Estrada e Llobet, a origem do uso sistemático da colaboração das próprias empresas envolvidas para a apuração dos delitos em troca de benefícios de

---

[562] ENGELHART, 2012b, p. 717.

[563] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 47-48. O autor aponta ainda que não há obrigação da empresa em realizar a investigação interna, mas ela poderá ser beneficiada se adotar tal prática, por descobrir atos cometidos em seu prejuízo, e/ou gozar de certos benefícios ao comunicar às autoridades a infração de dever, oferecendo a prova colhida.

[564] Assim também entende Klaus Moosmayer, trazendo à luz uma decisão do Tribunal de Hamburgo. (MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 140).

[565] GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 49.

redução de pena, por meio das investigações internas, se encontra na escassez de recursos econômicos e humanos na SEC para enfrentar os macro processos por corrupção no mundo empresarial nos anos 70 do século XX, a partir do caso Watergate. Os custos de uma investigação interna em grandes empresas são elevadíssimos: no caso da UnitedHealth, onde houve falsificação das datas de compra de ações de 1994 a 2005, a investigação teria custado aproximadamente 70 milhões de dólares.[566]

Um aspecto essencial nas investigações internas é analisar as relações presentes e futuras com as autoridades estatais competentes para a investigação oficial dos delitos. A investigação privada, se for concomitante com a pública, não poderá dificultá-la, pois esta tem prioridade. Moosmayer entende adequado entrar em acordo com o Ministério Público ou outras autoridades públicas, principalmente quando na investigação interna se pretendam interrogar empregados ou obter provas através de documentos e dados eletrônicos. Em qualquer caso, a investigação interna deverá ser suspensa se assim o solicitar a autoridade pública, inclusive naqueles casos onde não houver, ainda, nenhuma investigação oficial sobre os fatos. Um dos pontos mais importantes, já desde o início da investigação, será esclarecer se há ou não o dever legal de tornar públicos os resultados da investigação e/ou entregá-los às autoridades públicas.[567]

A ISO 19600 sugere que as empresas considerem a possibilidade de revelar às autoridades regulatórias os casos de noncompliance ainda que a legislação não faça essa exigência (voluntary self disclosure), porque procedendo desta forma poderão mitigar as consequências da noncompliance.[568] A Lei 12.846/2013 não exige que os resultados de uma investigação interna sejam entregues às autoridades, mas estimula essa prática, ao prever que a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações (inciso VII do art. 7º), assim como a comunicação espontânea antes da instauração do PAR (inciso IV do art. 18 do Decreto 8.420/2015) serão capazes de atenuar a multa. O dever de apuração dos

[566] ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflict en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance:** prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013, p. 199-200.
[567] MOOSMAYER, 2013, p.138-139.
[568] ISO 19600:2014, 10.1.2, p. 27.

fatos e entrega dos resultados às autoridades, no entanto, pode ser incluído no bojo de um acordo de leniência que venha a ser firmado pela empresa.

Outra questão sensível são as anistias internas, que podem ser concedidas pelas empresas aos empregados que tenham tido participação nas irregularidades, mas venham a colaborar com a investigação interna (tendo reportado à direção da empresa, espontaneamente, ou vindo a confessar no curso de uma investigação interna já em andamento). A empresa Siemens adotou um procedimento de anistia interna, que veio a ser copiado por outras empresas.[569]

Uma decisão que a empresa deverá tomar é se a investigação será feita pela estrutura interna da empresa (departamento de compliance ou departamento jurídico, por exemplo) ou se o mais indicado será a contratação de um escritório externo de advocacia. Além do tamanho e da complexidade da investigação; da necessidade de limitar o número de pessoas que terão acesso a dados sensíveis (relativos tanto à privacidade dos investigados, como aos segredos industriais ou comerciais da empresa), é necessário considerar que a possibilidade de se resguardar, ou não, a prerrogativa de sigilo profissional dos advogados. Na Europa, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no caso Akzo Nobel, que as comunicações de advogados internos (in house lawyers) não estão protegidas por sigilo profissional, podendo assim ser usadas como prova no âmbito de processos de infração às regras comunitárias da concorrência. A contratação de um escritório externo, coordenado com a atuação de advogados internos, poderia, neste caso, possibilitar a reserva do sigilo profissional.[570]

No Brasil, a questão não se colocaria desta forma, já que o Estatuto da Advocacia garante aos advogados a inviolabilidade do seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. No ponto que nos interessa - o advogado interno - a lei prevê a extensão dos mesmos direitos, assegurando que a relação de emprego, na qualidade de

[569] MOOSMAYER, 2013, p.140.
[570] Ibid., p. 141-143.

advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.[571]

Nos Estados Unidos, as comunicações entre os empregados da empresa e os advogados terão a proteção do sigilo profissional (attorney-client privilege) em algumas circunstâncias. A teoria sob a “work product doctrine” é reconhecida por leis federais e estaduais, e garantem o sigilo se o resultado do trabalho do advogado foi obtido em antecipação ou preparação de uma lide ou julgamento.[572]

Estes são apenas alguns aspectos sensíveis e, muitas vezes, polêmicos, das investigações internas. Em não havendo regulamentação no Brasil acerca desta atividade, maior é a incerteza jurídica. Por outro lado, a atividade investigatória privada, que é estimulada pelas legislações, na medida em que serve para atenuar as penalidades que eventualmente venham a ser impostas em razão da ocorrência de infrações penais praticadas no âmbito da empresa, levanta a provocadora pergunta de se com isso não se está, na verdade, produzindo uma primazia do compliance sobre o direito[573], ou se, levando-se em conta também o processo de sanções disciplinares que a empresa deve aplicar, quando constata uma violação das normas, não estamos frente à privatização da luta contra o crime.[574]

4.1.3.2 Estabelecimento dos critérios para a sanção das violações ao programa de compliance

A empresa deverá prever, antecipadamente, as medidas punitivas que serão adotadas no caso da ocorrência de um ato que viole as especificações do programa de compliance. Essas medidas devem apresentar uma gradação progressiva, para aplicação de acordo com a gravidade e as consequências do ato praticado. Podem iniciar com uma repreensão verbal; passando por uma advertência por escrito; levar à transferência da função ou departamento, ou culminar com a demissão do empregado. Vale, aqui, a lógica da escalação das sanções característica dos

[571] Artigos 7º, inciso II, e 18, da Lei n.º 8.906/1994. (BRASIL. **Lei n. 8.906,** de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016).
[572] MC NEIL, Barry; BRIAN, Brad. **Internal corporate investigations.** Chicago: ABA, 2007, p. 10-11.
[573] MOOSMAYER, 2013, p. 139.
[574] NIETO MARTÍN, 2013a, p. 191-210.

sistemas de autorregulação regulada, tão bem expressa pela pirâmide regulatória de Braithwaite.[575] É importante também definir e divulgar, previamente, o processo para a imposição das sanções (ocorre apenas posteriormente a uma investigação interna? Quem as aplica?).

As sanções devem estar determinadas previamente de forma clara, como castigo pela falta de observância do programa de compliance, e precisam observar também os parâmetros legalmente estabelecidos pela legislação trabalhista do ordenamento jurídico onde se encontre a empresa.[576] Mas não basta determinar as sanções possíveis, é necessário que os empregados possam saber, com algum grau de certeza, quais comportamentos levarão a quais sanções. Há de haver, também, proporcionalidade entre gravidade da infração e a sanção que lhe corresponda: a ISO 19600, por exemplo, prescreve a adoção e comunicação prévia de um processo claro de escalação, para garantir que todos os casos de noncompliance sejam levantados, reportados e eventualmente levados até o conhecimento da administração – quando necessário, inclusive à administração superior e o conselho de administração ou equivalente (governing body). [577]

4.1.3.3 Avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa

A empresa deve prever medidas que assegurem uma revisão continuada do programa e seu contínuo aperfeiçoamento. Especialmente quando da ocorrência de incidentes a efetividade do programa poderá ser aferida, e novos controles, adotados.[578]

Aprender com os defeitos e problemas do passado e adotar medidas corretivas faz com que o programa de compliance seja melhor, no futuro. Por outro lado, as revisões periódicas para adequá-lo a novas exigências legais ou regulamentares, ou ainda, a novos riscos, melhor será feita por um avaliador externo e independente, com conhecimentos especializados na matéria.[579]

---

[575] Ver, a respeito, no segundo capítulo, o tópico a respeito do controle da criminalidade corporativa.
[576] GARCÍA CAVERO, 2014, p. 52.
[577] ISO 19600, 10.1.2, p. 27.
[578] ENGELHART, 2012b, p. 718.
[579] GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 52.

A ISO 19600 sintetiza muito bem a ideia exposta na terceira coluna (reagir, sancionar, aperfeiçoar). Segundo esta norma, quando ocorre a não-conformidade ou o noncompliance[580], a empresa deverá reagir para controlar e corrigir a situação; administrar as consequências; avaliar a necessidade de uma ação para eliminar a causa da não-conformidade ou noncompliance, para que ela não ocorra novamente, em outro lugar. A partir daí, a empresa deverá adotar a ação que seja necessária; deve revisar a efetividade da ação corretiva adotada; além de fazer alterações ou melhorias no programa de compliance, caso isto seja necessário e adequado.[581] Acrescentamos que a empresa pode aproveitar a ocorrência apurada para, identificando vulnerabilidades em suas rotinas administrativas, alterar procedimentos ou controles internos, aumentando assim seu comprometimento com o cumprimento normativo.

Para finalizar a análise dos elementos gerais de um programa de compliance, e após a exposição de seus componentes, voltamos a afirmar que a formulação e a implementação de um programa dessa natureza representa um custo (ou investimento) importante para a empresa. Por isso a regulação estatal deveria prever ou exigir apenas os elementos fundamentais, deixando suficiente espaço para que a empresa detalhe outros aspectos e medidas que lhe pareçam adequados e suficientes, dentro da lógica da autorregulação regulada. De acordo com o tamanho da empresa o programa e a estrutura de compliance poderão ser mais ou menos complexos e detalhados. Finalmente, deverão levados em consideração, na formulação, os riscos identificados (risk-based approach), prevendo as medidas que serão adotadas, em resposta a estes riscos, em quais momentos ou circunstâncias.[582]

Também é oportuno deixar claro que o cometimento de um ato ilícito por um empregado, no âmbito das atividades da empresa, não significa, por si só, que o

[580] A ISO 19600:2014 define conformidade como o preenchimento de um requisito de compliance (compliance requirement), e não-conformidade como o não-preenchimento deste requisito. Compliance é definido como como o alcance de todas as obrigações de compliance por uma organização, enquanto noncompliance é definido como o não-preenchimento de uma obrigação de compliance (compliance obligation). SWITZERLAND. International Organization for Standardization. ISO 19600. **Compliance management systems - Guidelines**. Systèmes de management de la conformité – Lignes Directrices.

[581] ISO 19600:2014, 10.1, p. 26.

[582] ENGELHART, 2012b, p. 718.

programa de compliance seja inefetivo. Isto já é apontado pelas normativas americanas, no Capítulo 8 do Guidelines Manual, que se aplica às sanções das pessoas jurídicas. Na mesma linha, a ISO 19600 afirma que a falha em prevenir ou detectar uma situação de noncompliance não significa, necessariamente, que o programa de compliance seja inefetivo, de forma geral, na tarefa de prevenir e detectar atos e situações de noncompliance.[583]

O fundamental é verificar se o ato cometido foi um ponto fora da curva, e que não poderia ter sido evitado nem mesmo pelo mais perfeito programa de compliance ou se, por outro lado, é a ponta do iceberg sob o qual se esconde um deficit estrutural do programa, ou até mesmo, a característica de ser apenas um programa no papel, "de fachada".

4.1.4 Política anticorrupção

Quanto maior o relacionamento da empresa com a administração pública, maior o risco de corrupção. Como vimos nas simulações de cálculo das multas no capítulo anterior, maiores serão também os valores que as sanções podem alcançar – tendo em vista que o valor da vantagem obtida é um dos fatores que impactam fortemente o valor da multa. Nessa lógica, as empresas que contratam com o poder público deveriam preocupar-se em incluir, em seu programa de compliance, aspectos específicos relacionados à prevenção da corrupção, de acordo com os parâmetros da Lei 12.846/2013 e suas regulamentações. Se a empresa for uma companhia aberta, listada na bolsa de valores dos Estados Unidos, deverá levar em consideração as disposições do FCPA. Se tiver uma atividade comercial relevante no Reino Unido, poderá ser alcançada pelas disposições do UK Bribery Act, cujo tipo penal do art. 7 (falha em evitar a corrupção) permite uma defesa baseada na existência de um programa de compliance efetivo.[584] Quando a empresa operar em outros países, o programa de compliance deveria fazer referência à corrupção de

[583] ISO 19600:2014, 10.1.1, p. 26.

[584] O UKBA não é tão amplo como o FCPA, o simples fato de uma empresa ter ações listadas na bolsa de Londres (London Stock Exchange) não será suficiente para atrair sua incidência. Da mesma forma, o fato da empresa ter uma subsidiária no Reino Unido não irá, por si só, significar que ela desenvolve seus negócios em território britânico, porque uma subsidiária pode agir de forma independente em relação às outras empresas de um grupo. (THE BRIBERY Act 2010: guidance, p. 15-16. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016).

funcionário público estrangeiro, para prevenir-se quanto à incidência dos dispositivos do Código Penal brasileiro sobre a corrupção ativa e o tráfico de influência em transação comercial internacional (arts. 337-B e 337-C).

Alguns elementos característicos de uma política anticorrupção na empresa são, de acordo com a CGU[585]:

a) regras e orientações voltadas a questões regulatórias, obtenção de licenças, autorizações ou permissões;

b) procedimento de realização de reuniões com servidores ou empregados públicos (controle da agenda de reuniões com agentes públicos);

c) proibição clara e irrestrita de atos de corrupção;

d) proibição clara e irrestrita de atos de corrupção transnacional;

e) regras e orientações sobre a atuação de diretores, funcionários e colaboradores que tenham parentesco com agentes públicos com poder decisório no âmbito de negócios e operações com órgãos e entidades do governo;

f) regras e orientações sobre a contratação (permanente ou eventual) de atuais e ex-servidores ou empregados públicos;

g) regras e orientações sobre o oferecimento de presentes, brindes, refeições, entretenimento, viagem, hospedagem e quaisquer outros benefícios ou vantagens, econômicas ou não, a servidores ou empregados públicos; controle de presentes, brindes e hospitalidade oferecidos;

i) regras e orientações voltadas à participação em procedimentos licitatórios e acompanhamento de contratos administrativos; medidas de controle voltadas a prevenir fraudes e ilícitos, forma de aplicação e de controle de conformidade destas medidas.

A empresa que estiver sujeita à legislação norte-americana poderá, eventualmente, se valer da defesa relativa aos pagamentos de facilitação ou de expedição de serviços governamentais rotineiros (facilitating or expediting payments), os quais são, em princípio, considerados lícitos pelo FCPA. Os requisitos para que esta defesa seja aceita ligam-se ao tipo de serviço que o pagamento visa

[585] BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa Empresa Pró Ética 2016**: questionário de avaliação. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/questionario-de-avaliacao-2016.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.

acelerar (ações governamentais rotineiras); à não existência de atos discricionários; ao propósito do pagamento, mais do que ao seu valor (embora o valor elevado possa ser mais sugestivo de um propósito de corrupção); além da necessidade de registro contábil adequado, em uma conta de pagamentos de facilitação.[586] Será importante, por isso, que o programa de compliance da empresa disponha sobre os pagamentos de facilitação, delimitando as hipóteses de seu cabimento. Todavia, a empresa deverá estar ciente de que outros ordenamentos jurídicos não aceitam essa possibilidade, como ocorre no UK Bribery Act e na própria lei anticorrupção brasileira.

De um modo geral, o DoJ e a SEC consideram os seguintes elementos como marcas de um programa de compliance efetivo[587]: compromisso da alta direção e uma política anticorrupção claramente articulada; código de conduta e de políticas e procedimentos de compliance; controle, autonomia e recursos do programa de compliance; avaliação de risco; treinamento e comunicação contínuos; incentivos e medidas disciplinares; diligência sobre terceiros e pagamentos a terceiros; comunicação interna confidencial e investigação interna; melhoria contínua: testes e revisão periódicos; fusões e aquisições: devida diligência pré- e pós-aquisições e integração.

Um dos objetivos indiretos da Convenção da OCDE contra o suborno transnacional é o de o risco de prejuízos materiais e reputacionais decorrentes de uma eventual punição de corrupção comercial induza as empresas dos países a adotarem programas de compliance sérios.[588] De acordo com o guia de orientação da OCDE para as empresas multinacionais, além da proibição expressa de oferecer, prometer, dar ou exigir, direta ou indiretamente, vantagem indevida para obter ou manter negócio ou outra vantagem indevida, as empresas devem resistir à solicitação ou exigência de suborno ou extorsão. As empresas não deveriam utilizar terceiros como agentes ou outros intermediários, consultores, representantes,

---

[586] FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. **A resource guide to the U.S:** foreign corrupt practices act. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012, p. 25. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 6 mar. 2016.

[587] Ibid., p. 57-62.

[588] PIETH, 2007, p. 38.

distribuidores, consórcios, contratados e fornecedores e parceiros de joint venture para canalizar vantagens pecuniárias ou outras vantagens para oficiais públicos ou para empregados de seus parceiros de negócios, ou a seus parentes ou associados.[589]

Em particular, as empresas devem desenvolver e adotar controles internos adequados, programas de ética e de compliance ou medidas para a prevenção e detecção da corrupção desenvolvidos com base em uma avaliação de riscos dirigida às circunstâncias individuais da empresa, especialmente os riscos de suborno enfrentados pela empresa (como o setor geográfico ou industrial de operação). Esses controles internos, programas de ética e de compliance ou medidas deveriam incluir um sistema de procedimentos financeiros e de contabilidade, especialmente um sistema de controles internos, razoavelmente concebido para garantir a manutenção correta e acurada de livros, registros e contas, para garantir que não sejam usados para o propósito de subornar ou ocultar o suborno. Essas circunstâncias devem ser regularmente monitoradas e adaptadas para que continuem sendo efetivas, e para que mitiguem os riscos de empresas tornarem-se cúmplices na corrupção, na solicitação de subornos e na extorsão.[590]

O guia de procedimentos para as empresas, de acordo com o artigo 9 do UK Bribery Act de 2010, esclarece que uma defesa que poderá isentá-las de responsabilidade é a prova de que, apesar do ato ocorrido, tinham procedimentos adequados para prevenir que pessoas a elas associadas cometessem a corrupção. São seis os princípios formulados, que não devem ser tidos como uma solução única para todos os casos ou uma prescrição de seguimento obrigatório:[591]

1) procedimentos proporcionais aos riscos de corrupção e à natureza, escala e complexidade das atividades da organização comercial, que sejam claros, práticos, acessíveis, efetivamente implementados e aplicados;

2) compromisso da alta administração (conselho de administração, de diretores, conjunto dos proprietários ou órgão ou pessoa equivalente) em prevenir a

[589] ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2011, p. 47.
[590] Ibid., p. 47.
[591] THE BRIBERY…, 2010, p. 7.

corrupção, o qual fomenta uma cultura dentro da organização na qual a corrupção não é jamais aceita;

3) avaliação da natureza e da extensão dos riscos internos e externos de corrupção, em benefício da empresa, por parte de pessoas a ela associadas; avaliação periódica, informada e documentada;

4) adoção de procedimentos de devida diligência, proporcionais ao risco, em relação às pessoas que desempenhem serviços por conta da empresa, de ordem a mitigar riscos de suborno identificados;

5) comunicação e treinamento das políticas de prevenção da corrupção - através dos quais a empresa garanta que os procedimentos são entendidos e estão incorporados em toda a organização, por meio de comunicação interna e externa, de maneira proporcional aos riscos por ela enfrentados; e

6) monitoramento e revisão, com a melhoria dos procedimentos sempre que necessário.

Alinhados, brevemente, os contornos de uma política anticorrupção, procuraremos, a seguir, traçar alguns parâmetros de avaliação da efetividade dos programas e mecanismos de compliance, com base em padrões e documentos utilizados nos sistemas de prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção.

4.2 AVALIAÇÃO DA EFETIVIDADE

Diversas normas obrigam, recomendam ou estimulam a adoção de sistemas, programas ou mecanismos de compliance, quer por parte dos países, quer por parte das pessoas físicas e jurídicas, nacionais de um determinado país. Essas normas têm objetivos primários diversos – por exemplo, visam regular setores de atividade econômica específica (a indústria farmacêutica ou química, o sistema financeiro), ou destinam-se prevenir delitos diferentes (por exemplo, a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo, a corrupção em sentido amplo).

O estímulo ao compliance com padrões internacionais ou com normas jurídicas nacionais (legais e infralegais) ocorre, basicamente, de duas formas:

a) com a ameaça de sanções em caso de noncompliance ou compliance insuficiente, escalando-se até a progressiva imposição das sanções, e

b) mediante a oferta de incentivos e benefícios aos que cumprirem adequadamente as normas e padrões.

Assim, por meio da lógica econômica, o fenômeno do compliance (como realidade extrajurídica) influencia comportamentos e projeta efeitos para dentro do direito, no momento da responsabilização das pessoas jurídicas.

O que vai definir a sorte de um país ou de uma empresa, entre as ameaças de sanção e as promessas de recompensa, é justamente a efetividade do compliance. Se um país não cumprir adequadamente as 40 Recomendações do GAFI relativas à prevenção da lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, irá sofrer sanções impostas pelos outros países, no âmbito do sistema financeiro internacional, que significarão prejuízos não apenas para o país, mas também para suas empresas e pessoas físicas. Por outro lado, uma empresa que estiver envolvida em um caso de corrupção poderá obter a redução de pena (ou isenção, dependendo do sistema jurídico) caso comprove que o ato ocorreu a despeito da existência de um programa de compliance efetivo.

Apurar a efetividade do compliance não é tarefa simples. Há elementos comuns, nos programas de prevenção à lavagem de dinheiro e à corrupção, e singularidades, em cada um deles. Na prática, as empresas adotam um programa apenas, destinado a cumprir com estas normas e com todas as demais que se aplicarem a seu ramo de atividade.

Para Silveira e Saad-Diniz, a lei anticorrupção brasileira representa uma marcha decisiva em favor dos movimentos de autorregulação, nos moldes de uma corregulação público-privada.[592] O guia publicado conjuntamente pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e pela Comissão de Valores Mobiliários norte-americana reconhece que “Effective compliance programs are tailored to the company’s specific business and to the risks associated with that business. They are

[592] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 315.

dynamic and evolve as the business and the markets change."[593] Também na Inglaterra o entendimento é de que os princípios que guiam os procedimentos que as empresas poderão adotar para prevenir sua responsabilização não são de aplicação obrigatória nem uma solução única para todos os casos, porque a situação de cada empresa é única. No momento de avaliar a efetividade dos mecanismos e dos programas de compliance não é possível esquecer o contexto no qual se incluem essas medidas, o da autorregulação regulada, onde o Estado determina as linhas gerais, e as empresas completam o desenho dos programas, de acordo com suas características, seu perfil de risco, e circunstâncias da realização das atividades.

4.2.1 Diferentes parâmetros de apuração da efetividade

Para medir a efetividade de um programa de compliance, Nieto Martín defende a realização de um juízo de idoneidade, tanto no exame de seus aspectos gerais como na determinação da efetividade do programa no fato concreto (criminoso) que foi praticado (teste de idoneidade abstrato-concreto). A primeira parte do teste examina a efetividade em abstrato do programa de cumprimento e sua implementação. O juiz deve examinar, por exemplo, se existia treinamento de empregados, se o canal de denúncias funcionava, se foram impostas sanções disciplinares por violações do código de ética, se existia revisão e adaptação periódica do programa, etc. A comprovação da eficácia em abstrato procurará constatar se foram feitos esforços sérios pela direção da empresa para criar uma cultura de legalidade e estabelecer controles apropriados, não se preocupando tanto em ver o que aconteceu no caso concreto.[594]

Na segunda parte do teste, Nieto Martín recomenda examinar a existência de medidas de prevenção para fatos similares aos que ocorreram e explicar por que falharam, no caso concreto. As características desse teste dependem do grau de desenvolvimento e padronização das medidas de prevenção de uma determinada forma de comportamento. Quanto mais padronizado o procedimento de prevenção,

[593] Os programas de compliance efetivos são feitos sob medida para o negócio específico da empresa e aos riscos associados a esse negócio. Eles são dinâmicos e evoluem na medida que que o negócio e os mercados mudam. Tradução nossa. (FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, 2010, p. 56).

[594] NIETO MARTÍN, 2013b, p. 39.

mais concretamente se poderá aplicar o teste específico. Para o autor, um programa de compliance será eficaz quando o autor do fato, para a comissão do delito, teve que evitar algum dos controles que o programa da empresa estabelecia, ou infringir alguma obrigação específica existente na normativa da empresa para sua comissão.[595]

Nieto Martín organiza as duas partes do teste de forma sequencial: não superar a primeira parte do teste indica que a empresa tem um grau muito elevado de culpabilidade de organização. Não possuir as estruturas básicas do sistema de compliance indica que a direção da empresa não teve a preocupação de implantar uma cultura de legalidade na empresa. O autor não vê lógica em falar de medidas de prevenção de delitos concretos quando não foram criadas ferramentas de gestão e os procedimentos básicos. "Lo 'básico' supone una condición de eficácia de lo 'específico'."[596]

Não superar o teste concreto, por outro lado, não determina uma despreocupação da direção da empresa em implantar uma cultura de legalidade, mas sim uma falha de execução do programa ou no desenho de um aspecto concreto. Nieto Martín considera essencial o teste concreto no caso de haver um dirigente (administrador ou pertencente à alta direção) envolvido na prática do ato ilícito, ou tolerante com sua prática. Nessa hipótese, para alguns autores não seria possível o distanciamento da empresa do ato praticado, e teria aplicação o modelo vicarial de responsabilidade, ou, o que dá no mesmo, existiria uma presunção irrefutável de que a empresa não estava corretamente organizada.

> La implicación de administradores o altos directivos muestra generalmente que aunque la empresa haya gastado grandes sumas de dinero en su implantación, lo ha hecho pensando más en el programa de cumplimiento como un "sistema seguro" antimultas, que con la intención de crear una verdadera cultura de legalidad.[597]

---

[595] NIETO MARTÍN, 2013b, p. 39.

[596] "O básico supõe uma condição de eficácia do específico", tradução nossa. Idem, ibidem, p. 40.

[597] O envolvimento de administradores ou de altos dirigentes mostra geralmente que, ainda que a empresa tenha gasto grandes somas de dinheiro em sua implementação, o fez pensando mais no programa de cumprimento como um sistema seguro antimultas, que com a intenção de criar uma verdadeira cultura de legalidade. Tradução nossa. (Ibid., p. 40).

Sieber e Engelhart, em estudo empírico realizado no âmbito do programa de pesquisa do Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, analisaram os programas de compliance adotados pelas empresas alemãs, verificando quais elementos eram adotados, e qual a importância percebida, pela empresa, da efetividade desses elementos. O tone at the top e os padrões morais foram considerados como as medidas mais efetivas, seguidos da criação de padrões éticos dentro da empresa, que sejam apoiados por colaboradores e pela alta direção (top management). A comunicação aos empregados das normas legais e regulamentares e das sanções possíveis em razão de sua violação é o próximo item na lista das medidas mais efetivas, seguida das auditorias e controles internos. Apenas depois dessas medidas é que são percebidos, como eficazes, a nomeação de um compliance officer e a realização cursos ou treinamentos. Na sequência vêm a explicação das razões éticas que informam as regulações legais a serem seguidas, a proteção de denunciantes, assim como as hotlines para a comunicação de problemas ou irregularidades. A educação eletrônica (CD ROM, email, treinamentos online), o compliance como um critério de bônus salarial ou incentivos, as auditorias externas e os manuais e compliance ficam no fim da lista, em termos de efetividade.[598]

Nos Estados Unidos a efetividade dos programas de compliance é analisada sob dois pontos de vista: primeiro, à luz dos Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, que guia as decisões dos procuradores americanos sobre a propositura ou não de uma ação penal contra uma empresa. Caso esta ação seja proposta, o judiciário americano irá seguir o Guidelines Manual da United States Sentencing Commission/Chapter 8 - Sentencing of Organizations no momento de avaliar a culpabilidade da pessoa jurídica e calcular as penas. Rode afirma não existir uma “defense” de compliance que vincule os procuradores no momento de exercerem a prosecutorial discretion (a decisão de propor ou não a ação penal, dentro do princípio da oportunidade), mas as autoridades do Departamento de Justiça, na aplicação do FCPA, têm admitido a possibilidade da existência de um programa de compliance efetivo mesmo na ocorrência de graves violações ao

[598] SIEBER; ENGELHART, 2014, p. 113 e p. 124-127.

estatuto anticorrupção. Apesar disso, desde 2010, posicionam-se contra a possibilidade deste programa isentar a empresa de responsabilidade penal.[599]

O manual que guia as decisões dos procuradores federais americanos[600] começa por reconhecer que as investigações e persecuções penais de corporações podem trazer danos a investidores que não têm qualquer responsabilidade pela conduta criminosa praticada. A forma pela qual exercem a discricionariedade de imputar crimes deve incluir uma consideração cautelosa de todos os fatos e circunstâncias de um determinado caso. O acusação criminal formal de uma empresa pode, contudo, provocar, por parte dela, a adoção de uma medida corretiva imediata para frear uma conduta que esteja entranhada num setor de atividade particular, o que terá efeitos de prevenção geral e especial (deterrence).

Em certas circunstâncias, prossegue o manual, pode ser mais adequado resolver a situação não pela propositura da ação penal (indictment), mas por meios alternativos que se destinam a promover o compliance, em razão das condições que normalmente prevêem. Esses meios são os non-prosecution agreements (NPAs) e os deferred prosecution agreements (DPAs), que ocupam um termo médio importante entre deixar de processar a empresa ou obter uma condenação criminal.

A decisão de processar criminalmente uma empresa não significa, em tese, que as pessoas físicas – diretores, oficiais, empregados ou acionistas não devam também ser responsabilizados. Na prática, nos últimos anos o DoJ vinha dando preferência à responsabilização apenas das grandes corporações, deixando de lado os indivíduos que praticaram materialmente as condutas, o que era alvo de críticas. Recentemente, houve uma mudança na política criminal do departamento, apontando uma intenção firme no sentido de responsabilizar criminalmente também as pessoas jurídicas, de maneira concomitante com as pessoas físicas (essa orientação foi dada no Yate's Memo).[601]

---

[599] RODE, Anna. USA. In: HANDBUCH compliance international. recht und praxis der korruptionsprävention. Göttingen: Erich Schmidt, 2015, p. 674.
[600] PRINCIPLES…, 2015.
[601] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015.

Entre os fatores que são considerados na decisão entre investigar uma empresa, processá-la criminalmente, ou negociar acordos estão o fato da empresa revelar voluntariamente e no tempo adequado os ilícitos praticados, demonstrando sua vontade em cooperar na investigação de seus agentes, bem como a existência e a efetividade de um programa de compliance pré-existente. Caso esse programa não existisse ao tempo dos fatos, a adoção posterior de ações corretivas, inclusive os esforços de implementar um programa efetivo de compliance; ou as ações voltadas ao aperfeiçoamento de um programa pré-existente; a substituição do administrador responsável, a punição disciplinar dos agentes ou sua demissão, bem como a indenização aos prejudicados, além da cooperação com as agências governamentais também será considerada pelos procuradores do DoJ. [602]

Quanto aos programas de compliance, o manual afirma que sua existência não é suficiente, por si só, para justificar uma decisão de não processar criminalmente a empresa por conduta ilícita praticada por seus oficiais, diretores, empregados ou agentes. Poderá haver políticas públicas nacionais que imponham a utilização da persecução penal de acordo com a natureza do crime, como é o caso dos crimes de cartel. O critério fundamental para julgar a efetividade do programa, na ótica do Departamento de Justiça, parece estar na seguinte recomendação:

> Prosecutors should therefore attempt to determine whether a corporation's compliance program is merely a "paper program" or whether it was designed, implemented, reviewed, and revised, as appropriate, in an effective manner. In addition, prosecutors should determine whether the corporation has provided for a staff sufficient to audit, document, analyze, and utilize the results of the corporation's compliance efforts. Prosecutors also should determine whether the corporation's employees are adequately informed about the compliance program and are convinced of the corporation's commitment to it. This will enable the prosecutor to make an informed decision as to whether the corporation has adopted and implemented a truly effective compliance program that, when consistent with other federal law enforcement policies, may result in a decision to charge only the corporation's employees and agents or to mitigate charges or sanctions against the corporation. [603]

[602] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016, 9-28.300, A, 4 -6.

[603] Procuradores devem procurar determinar se um programa de compliance de uma corporação é meramente um ‘programa de papel’ ou se ele foi desenhado, implementado, revisto e revisado, como apropriado, de uma maneira adequada. Ainda, os procuradores devem determinar se a empresa alocou pessoal suficiente para auditar, documentar, analisar e utilizar os resultados dos esforços de compliance da corporação. Os procuradores devem ainda determinar se os empregados da empresa estão adequadamente informados sobre o programa de compliance e se estão convencidos do comprometimento da empresa para com esse programa. Isto irá possibilitar ao procurador tomar uma decisão fundamentada sobre se a empresa adotou e implementou um

O manual recomenda ainda que os procuradores federais busquem informações e subsídios com outras agências especializadas na área de atuação da empresa, para que possam compreender ambientes regulatórios complexos nos quais ela atua, tal como o setor bancário, de seguros, conselhos de medicina, agência de proteção ambiental, etc.

Por sua vez, as Guidelines da U.S. Sentencing Commission (que incorporam a lógica do enfoque econômico) fixam seis critérios para o cálculo e a dosimetria das penas impostas às pessoas jurídicas, sendo que a existência de um programa de compliance é um dos dois fatores que mitigarão a pena.[604] Para que programa de compliance seja considerado efetivo nos termos dessas Guidelines, a empresa deverá exercer a devida diligência e impedir a ocorrência de condutas criminosas, e promover uma cultura organizacional que incentive a cultura ética e o comprometimento ao cumprimento da lei.[605]

A partir daí as Guidelines detalham os elementos mínimos do programa de compliance, já mencionados, de uma maneira ampla, no início deste capítulo. Parece ter maior interesse, entre os fatores a serem considerados para avaliar a efetividade, a menção de que uma falha na incorporação e no atendimento da regulação governamental para o setor de atividade da empresa irá ter um peso desfavorável, quanto à conclusão sobre a efetividade do programa de compliance e ética. Na mesma linha, a presunção de inefetividade do programa quando houver o envolvimento, tolerância ou cegueira deliberada (willful blindness) de pessoa do alto escalão da empresa.[606]

No Brasil, após a publicação da Lei 12.846/13, a CGU editou normas para regulamentar a lei e definir parâmetros para a avaliação dos programas de

---

programa verdadeiramente efetivo que, quando consistente com outras políticas federais do sistema criminal, pode resultar numa decisão de processar apenas os empregados de agentes da empresa, ou de mitigar as sanções a serem impostas contra a empresa. Tradução nossa. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2016, 9-28.800, A e B.

[604] O segundo fator é a revelação do fato (self-reporting), a cooperação e a aceitação da responsabilidade. 2014 Chapter 8 United States Sentencing Commission, Introductory Commentary. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Guidelines manual.** 2014. Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8ç2.5.(f) (g). Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>. Acesso em: 26 jan. 2016).

[605] 2014 Chapter 8 United States Sentencing Commission, §8B2.1.

[606] Ibid., §8C2.5. (b) (3) (f) (B), Culpability Score.

integridade, caso a empresa apresente em sua defesa (no processo administrativo) informações e documentos referentes à sua existência e funcionamento. No documento “Programa de Integridade - Diretrizes para Empresas Privadas” a CGU esclarece que considera o Programa de Integridade como um programa de compliance específico para a prevenção, detecção e remediação de atos lesivos previstos na lei 12.846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público”[607], afirmando que as empresas que já possuem programa de compliance, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas ao programa já existente.

O Decreto 8.420/2015[608] trata do programa de integridade nos arts. 41 e 42. É adequada a distinção entre existência do programa, por um lado, e funcionamento, por outro.

No art. 41 o decreto define o que consiste um programa de compliance, referindo um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades; na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta; em políticas e diretrizes para detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O artigo refere ainda que o programa deverá ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual deve velar por sua efetividade.

O art. 42, todavia, fixa os mesmos parâmetros para avaliação da existência e aplicação do programa. Aqui são referidos 1) o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica; 2) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; 3) a extensão, quando

---

[607] BRASIL. Controladoria Geral da União. **Programa de integridade:** diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015, p. 6. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

[608] BRASIL. **Decreto 8.420,** de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 8 mar. 2016.

necessário, dos padrões de conduta e ética a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; 4) treinamentos periódicos sobre o programa; 5) análise periódica de riscos; 6) registros contábeis acurados; 7) controles internos que assegurem a elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; 8) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de licitações, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros; 9) independência, estrutura e autoridade de uma instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento (função de compliance officer); 10) canais de denúncia e irregularidades abertos a funcionários e terceiros, e dotados de mecanismos de proteção do denunciante de boa-fé; 11) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; 12) procedimentos que assegurem a interrupção das irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; 13) diligências apropriadas para a contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros; 14) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; 15) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento, e 16) a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

O conjunto de elementos é amplo e abrange praticamente todos os componentes de um programa de compliance, de acordo com o exposto no início do capítulo. A única função ou tarefa que o decreto não deixou muito clara foi a da apuração das infrações. Pela simples leitura dos incisos do art. 42, a impressão que se tem é que a empresa partirá da denúncia recebida de um empregado ou terceiro, pelo canal de denúncias, para a aplicação das sanções disciplinares em razão da violação do programa. Teria sido interessante referir que a pessoa jurídica deverá apurar os fatos denunciados, ou aqueles que espontaneamente detectar, em razão dos procedimentos de compliance adotados, das medidas organizacionais ou dos mecanismos de controle interno a auditorias. Essa lacuna é suprida de alguma forma pelo guia da CGU com as diretrizes para as empresas privadas para os programas de integridade antes referido. No item relativo às ações de remediação, o

a CGU afirma que a empresa deverá iniciar uma investigação interna, que servirá de base para a adoção das medidas necessárias: interrupção das irregularidades, reparação de danos e imposição de sanções disciplinares, além da comunicação às instâncias internas e da autoridade para a qual os resultados das investigações deverão ser reportados. Afirma, ainda, que a investigação poderá ser independente (externa à empresa), com a intenção de garantir a credibilidade e imparcialidade das informações obtidas. Esta hipótese será recomendável caso irregularidades sejam extensas ou envolvam filiais (nacionais ou estrangeiras) ou outras áreas da empresa.[609]

Voltando à análise do Decreto, o §1º do art. 42 estabelece que o porte e as circunstâncias específicas da empresa deverão ser levadas em consideração, na avaliação da existência e do funcionamento do programa de compliance. O dispositivo cita, como exemplos, a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores (sem ir ao extremo detalhamento das Sentencing Guidelines americanas, que definem o número de pontos a serem acrescidos ao cálculo da culpabilidade da empresa, de acordo com o número de funcionários); a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; a utilização de intermediários como consultores ou representantes comerciais; o setor de mercado e os países nos atua, direta ou indiretamente; o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações (ou seja, o potencial de corrupção que poderá ser praticado/ao qual a empresa estará sujeita); a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, e o fato da pessoa jurídica ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

O §2º estabelece que a efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação da existência e funcionamento desse programa. A formulação da regra quanto à consideração da efetividade não apresenta clareza, e confunde a existência de um programa ou elemento do programa com seu funcionamento. Além disso, o que quer dizer “a efetividade do programa em relação ao ato lesivo objeto de apuração”? Os aspectos

[609] BRASIL, Controladoria Geral da União, 2015, p. 22-23.

que poderão ser avaliados, relativamente ao ato lesivo em concreto, podem dizer apenas com sua detecção, interrupção e punição, mas não com sua prevenção. Se um ato lesivo ocorreu, parece claro que o programa de integridade não foi capaz de evitá-lo. O que não significa dizer que o programa de integridade ou compliance não possa ser, por si só, efetivo. Deveriam ser consideradas, especialmente, as atitudes tomadas pela empresa após a ocorrência do ato lesivo.

O §3º traz a flexibilidade necessária aos parâmetros de avaliação dos programas de compliance de microempresas e empresas de pequeno porte, deixando de exigir, em relação a elas, os seguintes elementos: 1) a extensão a terceiros dos padrões de conduta, do código de ética e das políticas de integridade; 2) a análise periódica dos riscos (o que não parece adequado, tendo em vista que esses podem se modificar, com o tempo); 3) a existência de uma pessoa ou setor com a função de compliance officer (o que não quer dizer que as tarefas de compliance não devam ser atribuídas a alguém – basta que um gerente ou um diretor seja assim percebido); 4) canais de denúncia; 5) diligências apropriadas para a contratação e supervisão de terceiros; 6) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e 7) monitoramento contínuo do programa de integridade (entendemos que eventualmente o programa ou as medidas deveriam ser revisados, para assegurar sua adequação.)

A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte foi regulamentada por meio da Portaria Conjunta nº 2279/15, da CGU e da Secretaria da Micro e Pequena Empresa.[610] Basicamente, a portaria estabelece que a implementação do programa de integridade poderá ser efetivada por meio de medidas mais simples, com menor rigor formal, que demonstrem o comprometimento com a ética e a integridade, na condução de suas atividades. O anexo da Portaria traz um quadro bastante didático onde são descritos os parâmetros de integridade exigidos das microempresas e empresas de pequeno porte, são esclarecidos os conteúdos de cada parâmetro e, ao final, são fornecidos

[610] BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta 2.279, de 9 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União,** n. 173, de 10 set. 2015, Seção 1, p. 2-4.

exemplos concretos das medidas que podem ser utilizadas para atender a estes parâmetros.

Para que as medidas implementadas possam ser avaliadas, na defesa do processo administrativo, as empresas deverão apresentar dois documentos: um relatório de perfil e um relatório de conformidade. O relatório de perfil deverá informar a área de atuação da empresa, os responsáveis pela administração, a quantidade de empregados e a estrutura organizacional, e o nível de relacionamento com o poder público (especificando as principais autorizações, licenças e permissões governamentais necessárias para o exercício de suas atividades; o valor aproximado dos contratos celebrados ou vigentes com o setor público nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual e a utilização de agentes intermediários como procuradores, despachantes, consultores e representantes comerciais, no relacionamento com o setor público). O relatório de conformidade, por sua vez, deverá relacionar e comprovar o funcionamento das medidas de integridade adotadas, demonstrando como estas medidas contribuíram para a prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração. Parece perfeita a possibilidade da demonstração da detecção e da remediação do ato lesivo. O mesmo não se pode dizer quanto à demonstração da contribuição das medidas de integridade para prevenção do ato lesivo, porque ele ocorreu e está sendo apurado em processo administrativo de responsabilização.

O parágrafo único explicita o tipo de prova que será aceito para a comprovação das informações acima (desde documentos oficiais até documentos internos como correios eletrônicos, atas de reunião, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, etc.). A autoridade responsável pela avaliação das medidas de integridade poderá realizar entrevistas e solicitar novos documentos (de acordo com o parágrafo único do art. 5º). Essa possibilidade de realização de entrevistas é bastante adequada à complexidade da tarefa de avaliar o compliance, que não deveria mesmo ser feita somente por meio da análise de documentos fornecidos pela empresa.

O artigo 5º exige o atendimento pleno dos parâmetros de integridade e a efetiva atuação das medidas na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo

objeto de apuração para a aplicação do percentual máximo de redução da multa prevista no art. 18 do Decreto 8.420/15 (4%). É necessário adequar os parâmetros do art. 42 do Decreto às microempresas e empresas de pequeno porte, ou seja, somente deverão ser tomados em consideração os incisos não expressamente excluídos por seu §3º. Ressalvada a impropriedade da exigência do funcionamento do programa quanto à prevenção do ato sob apuração, o artigo 5º está se referindo aqui, à existência de medidas ou de um programa de compliance efetivo. Entretanto, como mencionaremos a seguir, as práticas internacionais não costumam exigir a perfeição, para a consideração da efetividade do compliance.

Os critérios de avaliação dos programas de integridade das demais pessoas jurídicas (que não se enquadrem no conceito de microempresas ou empresas de pequeno porte) são fixados pela Portaria CGU 909/2015.[611] A forma pela qual a defesa deverá ser estruturada é, em grandes linhas, a mesma estabelecida para as empresas menores: a apresentação de um relatório de perfil e de um relatório de conformidade. O relatório de perfil conterá as informações básicas quanto ao porte da empresa, o setor de mercado em que atua, a hierarquia interna e a forma de tomada de decisões (este aspecto será importante no momento de determinar a responsabilidade das pessoas físicas pelos atos ilícitos praticados), o relacionamento com o setor público, nacional ou estrangeiro, e o uso de intermediários, com o detalhamento previsto no art. 3º. O relatório de conformidade deverá informar a estrutura do programa de integridade, detalhando quais parâmetros previstos nos incisos do art. 42 do Decreto nº 8.420/15 foram implementados, descrevendo como foram implementados, bem como explicando a importância da implementação de cada um frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação do risco da ocorrência de atos lesivos (inciso I) Esta exigência está bem formulada, porque não exige a demonstração do funcionamento do programa em relação ao ato lesivo sob apuração, mas sim sua capacidade de prevenir atos lesivos em geral, ou seja, a efetividade do programa.

[611] BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria CGU 909,** de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

O inciso II exige ainda que o relatório de conformidade demonstre o funcionamento do programa na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos, o que permitirá ao órgão julgador dimensionar a implementação do programa de compliance no dia-a-dia da empresa.

Por fim, o perfil de conformidade deverá se dedicar à análise do funcionamento do programa em relação, especificamente, ao ato lesivo ocorrido e objeto de apuração, demonstrando como ele atuou em sua prevenção, detecção e remediação. Mais uma vez, entendemos que a defesa somente poderá tentar demonstrar que o programa de compliance foi capaz de detectar o ato e causar sua interrupção, além de promover o ressarcimento dos danos causados e a imposição de medidas disciplinares aos agentes. Não há como exigir que a defesa demonstre que o programa impediu a ocorrência do ato que, efetivamente, ocorreu. O que a defesa poderá procurar demonstrar é que, a par da ocorrência deste ato em si, isoladamente considerado, o programa de integridade era, em geral, efetivo. É claro que se a lesão à administração não foi provocada por um ato isolado apenas, mas ocorreu por meio de diversas práticas, ocorridas ao longo de um tempo da operação da empresa, ou em mais de um setor ou departamento, ou se contava com o envolvimento de dirigentes da empresa, a demonstração da efetividade do programa de compliance será especialmente difícil, senão impossível. O que se poderia pensar, aqui, é num grau muito reduzido de efetividade.

A forma documental da prova é similar à anteriormente descrita para o caso das micro e pequenas empresas: documentos oficiais, correios eletrônicos, manuais, imagens e áudios, notas fiscais, etc., porém, preferencialmente, em meio digital. A autoridade responsável poderá realizar entrevistas e solicitar novos documentos, caso entenda necessário. Caso seja firmado acordo de leniência que estabeleça, como condição, a aplicação ou o aperfeiçoamento do programa de integridade já existente, serão consideradas as informações prestadas no relatório de perfil e no relatório de integridade que tenham sido efetivamente comprovadas, nos autos do processo administrativo (art. 6º).

O art. 5º da Portaria 909/2015 estabelece critérios para a gradação das penas, estabelecendo que o percentual de redução dependerá do grau de

adequação do programa ao perfil da empresa e de sua efetividade. São fixados os parâmetros mínimos e máximos: de acordo com o §2º, o programa meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco da ocorrência de atos lesivos não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução. Por outro lado, a concessão do percentual máximo de redução dependerá o atendimento pleno dos incisos do caput do art. 4º da Portaria (novamente, observamos que a exigência de atendimento pleno para a obtenção da redução da multa no valor máximo não deverá significar a existência de um programa infalível). Finalmente, se o programa de integridade tiver sido criado depois da ocorrência do ato lesivo objeto de apuração, o inciso III (a demonstração da atuação do programa em sua prevenção, detecção e remediação) será considerado automaticamente como não atendido – e, por conseguinte, impedirá a aplicação do percentual de redução no grau máximo.

4.2.2 Proposta: avaliação dos programas e medidas de compliance anticorrupção por meio de dois critérios

Depois de considerar os parâmetros brasileiros, a partir da regulamentação da lei anticorrupção, bem como outras visões de direito comparado, passamos a formular, a partir daqui, uma proposta para a avaliação dos programas ou mecanismos simplificados de compliance. A inspiração, já declarada anteriormente, é o sistema do GAFI de avaliação segundo dois diferentes critérios: cumprimento técnico e efetividade. No contexto da AML/CFT, efetividade é a extensão através da qual os sistemas financeiros e as economias mitigam os riscos e as ameaças de lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, e da proliferação.[612] No contexto anticorrupção, o que é efetividade?

Feitas as necessárias adaptações (a primeira delas decorre da inexistência de padrões anticorrupção internacionalmente aceitos, como as 40 Recomendações), buscaremos identificar, inicialmente, o principal objetivo que o compliance empresarial anticorrupção deveria almejar.

---

[612] METHODOLOGY: for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, 2013, p. 14. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

No plano internacional, a ISO 19:600:2014 inicia definindo compliance e os resultados de um programa de compliance efetivo:

> Compliance is an outcome of an organization meeting its obligations, and is made sustainable by embedding it in the culture of the organization and in the behaviour and atitude of people working for it. [...] An effective organization-wide compliance management system enables an organization to demonstrate its commitment to compliance with relevant laws, including legislative requirements, industry codes and organizational standards, as well as standards of good corporate governance, best practices, ethics and community expectations.[613]

Em nossa ótica, esse referencial poderia ser melhor formulado, especialmente se quisermos adequá-lo aos objetivos a serem alcançados por um programa de compliance criminal[614]. Melhor seria dizer que um programa de compliance efetivo é aquele que identifica e avalia adequadamente os riscos da prática de delitos, conseguindo preveni-los e/ou evitá-los, em grande medida. No caso de noncompliance, o programa efetivo consegue detectar essas situações, e adotar ações corretivas, que incluem tanto a apuração dos fatos e a sanção de seus autores, como a modificação e a melhoria do programa, para evitar que situações como a verificada voltem a ocorrer. Um programa de compliance genuíno promove a comunicação espontânea às autoridades sobre os fatos que caracterizarem infrações a normas legais, colaborando amplamente com eventual investigação pública que venha a ocorrer.

São esses os resultados que necessitam ser medidos, num caso concreto, para determinar se havia ou não um programa efetivo. Como não se trata de exigir programas infalíveis, a questão parece ser determinar em que medida a empresa alcançava esses objetivos

Ao proceder à avaliação do compliance de uma determinada empresa para os fins da Lei n. 12.846/2013, o avaliador deveria examinar dois aspectos: o primeiro

---

[613] Compliance é o resultado de uma organização cumprir com suas obrigações, e é tornado sustentável ao inseri-lo na cultura da organização e no comportamento e na atitude das pessoas que trabalham para ela. [...] Um sistema de administração de compliance efetivo estendido por toda organização permite que ela demonstre seu comprometimento com as leis relevantes, incluindo requisitos legislativos, códigos de indústria e padrões organizacionais, assim como padrões de boa governança corporativa, melhores práticas, ética e expectativas da comunidade. Tradução nossa. ISO 19600:2014, Introdução.

[614] A corrupção, assim como muitos atos lesivos arrolados no art. 5º da lei anticorrupção, são condutas penalmente típicas.

deles se refere à existência de elementos estruturais de compliance anticorrupção; enquanto que o segundo está relacionado ao efetivo funcionamento dos elementos estruturais. A responsabilidade pela demonstração da existência dos elementos estruturais e da efetividade de seu funcionamento é, contudo, da empresa.

Na tentativa de organizar essa análise, iremos realocando os elementos fornecidos pela regulamentação brasileira, completando-os, quando oportuno, com os elementos sugeridos por guias e manuais de outras legislações anticorrupção.

Os elementos estruturais e a efetividade de seu funcionamento deverão ser analisados à luz dos riscos e do contexto da empresa, para verificar sua adequação e suficiência. Nesta categoria (riscos e contexto) entrariam:

- o porte da empresa (incluindo a possibilidade de se qualificar como microempresa ou empresa de pequeno porte);
- a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;
- a complexidade da hierarquia interna (fragmentação do processo decisório) e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;
- o ramo de atividade e o setor do mercado em que atua;
- os países em que atua, direta ou indiretamente;
- o fato de utilizar agentes intermediários, consultores ou representantes comerciais;
- o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;
- a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico;
- os riscos específicos que a avaliação de riscos feita pela empresa tiver constatado.

Conhecidos os riscos e o contexto da empresa, passa-se então à verificação de quais elementos estruturais estão presentes. Esses elementos seriam:

- comprometimento da alta direção;
- a definição dos valores da empresa;
- código de ética;

- padrões de conduta;

- políticas e procedimentos de integridade;

- proibição clara e irrestrita de atos de corrupção, tanto doméstica como a de funcionário público estrangeiro (quando for o caso);

- treinamentos sobre o programa de integridade;

- análise de riscos;

- registros contábeis e controles internos;

- procedimentos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, como o pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

- regras claras e orientações sobre oferecimento de presentes, brindes, refeições, entretenimento, viagens, hospedagem e quaisquer outros benefícios ou vantagens, econômicos ou não, a servidores ou empregados públicos, controle dos presentes, brindes e hospitalidade oferecidos;

- estruturação da função de compliance;

- canais de denúncia de irregularidades (interna e externa);

- existência de mecanismos de proteção ao denunciante de boa-fé;

- o estabelecimento de um processo de apuração e sanção das violações do programa de compliance, mediante medidas disciplinares;

- existência de mecanismos para a interrupção das irregularidades ou infrações detectadas;

- previsão de normas para a contratação de terceiros (supervisores, prestadores de serviço, agentes intermediários, consultores).

A relação acima compreende elementos que poderão, ou não, estar presentes no programa ou nos mecanismos de compliance de uma empresa. Não estamos afirmando aqui, que todos deverão existir; a consideração da importância da existência ou a ausência de alguns deles deverá ser feita pelo avaliador, à luz dos riscos e do contexto da empresa. A falta de alguns desses elementos poderá influenciar negativamente a efetividade, mas não deverá ser desculpa para uma implementação pobre.

Num segundo momento, passa-se à análise da efetividade do compliance. Trata-se de verificar se e em que extensão:

- a identificação e a avaliação dos riscos (internos e externos) é adequada;

- as medidas e procedimentos de compliance estão adequadas aos riscos de corrupção, e à natureza, escala e complexidade das atividades da empresa;

- existe uma cultura de compliance;

- há comprometimento da alta direção da empresa, demonstrado por meio de manifestações e atos gerenciais concretos (por exemplo, desistindo de um negócio se a única opção for o pagamento de vantagem indevida à funcionário ou empregado público)

- a política anticorrupção é claramente articulada e continuamente comunicada a todos os empregados, agentes e terceiros.

- os danos causados são reparados

- há devida diligência (prévia e posterior) nos processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias para verificar irregularidades, ilícitos ou vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas

- programa de compliance é continuamente monitorado e aperfeiçoado;

- o montante dos recursos (pessoal, estrutura e financeiro) dedicados à função de compliance é suficiente para o exercício de suas tarefas;

- há independência na função de compliance, havendo um acompanhamento e controle por parte de algum ou mais executivos em posições altas na hierarquia da empresa;

- treinamentos periódicos são realizados, alcançando todos os empregados, de forma adequada à sua compreensão e às suas funções na organização;

- há confidencialidade dos canais de denúncia, proteção aos denunciantes de boa-fé, e formas de acompanhar o resultado das denúncias (feedback)

- há casos de violação ao programa detectados;

- há investigações internas realizadas;

- houve aplicação de medidas disciplinares;

- mudanças e melhorias (ações corretivas) foram feitas no programa ou nas rotinas ou procedimentos da empresa em decorrência dos fatos ocorridos;

A avaliação da efetividade não está ligada a uma relação de box-ticking, de resto, já criticada nos Estados Unidos.[615] O modelo de incentivos ao compliance adotado pela lei anticorrupção é criticado por Xavier, porque se basearia no sistema americano das Sentencing Guidelines:

> O modelo de redução de penalidades com base na existência de certos elementos estabelecidos pelas autoridades, como o *Sentencing Guidelines* americano, funciona como uma espécie de *checklist*: se a organização possui tal ou qual elemento, reduz-se a pena proporcionalmente. Faz-se necessário neste momento aprofundar a discussão a respeito da eficácia para a sociedade, ou mesmo para as empresas, da redução de pena que tome por base o *checklist* (também chamados de *box-ticking*" ou "*one size fits all approach to Compliance*).[616]

Ao contrário, a avaliação da efetividade deve ser um julgamento sobre se, ou em que medida, os objetivos estão sendo alcançados. Todavia, como o ônus de demonstrar a efetividade é da empresa, se ela não for capaz de fazê-lo, a conclusão somente poderá ser de que o programa não é efetivo.

As três perguntas que o DoJ e a SEC fazem, no momento de avaliar os programas de compliance, permitem compreender a ideia principal: 1) o programa de compliance da empresa está bem formulado? 2) ele está sendo aplicado de boa-fé?, e 3) ele funciona?[617]

Na aferição do grau de efetividade é fundamental não estabelecer expectativas irrazoáveis. O próprio GAFI, no treinamento de assessores para as avaliações mútuas dos países, apresenta seguintes figuras, que são bastante ilustrativas:

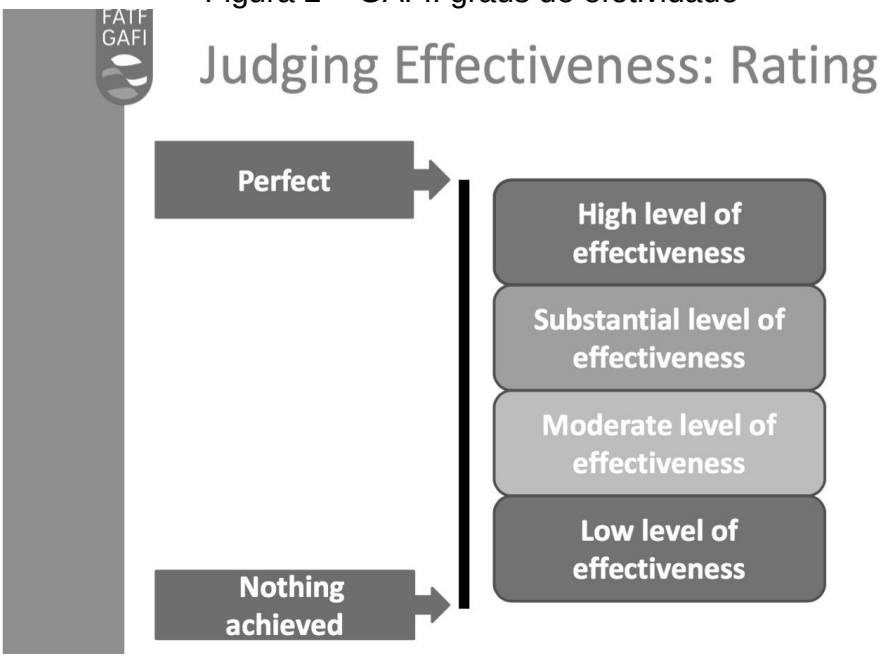
---

[615] Wellner critica o regime de redução da multa em razão da existência de um programa de compliance, pelas Sentencing Guidelines, sustentando que elas criam incentivos distorcidos. Para o autor, os programas que essas regras incentivam são meramente formais, não tendo a aptidão de evitar a ocorrência de delitos. (WELLNER, 2005).

[616] XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13:** elementos e estudo de caso. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015, p. 69 e p. 71.

[617] O guia pondera que um programa de compliance bem formulado não será efetivo se não for aplicado de boa-fé, o que ocorre quando a administração expressa ou implicitamente encoraja os empregados a se envolverem em condutas ilícitas para obter resultados nos negócios. (FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, 2012, p. 25).

Figura 2 – GAFI: graus de efetividade

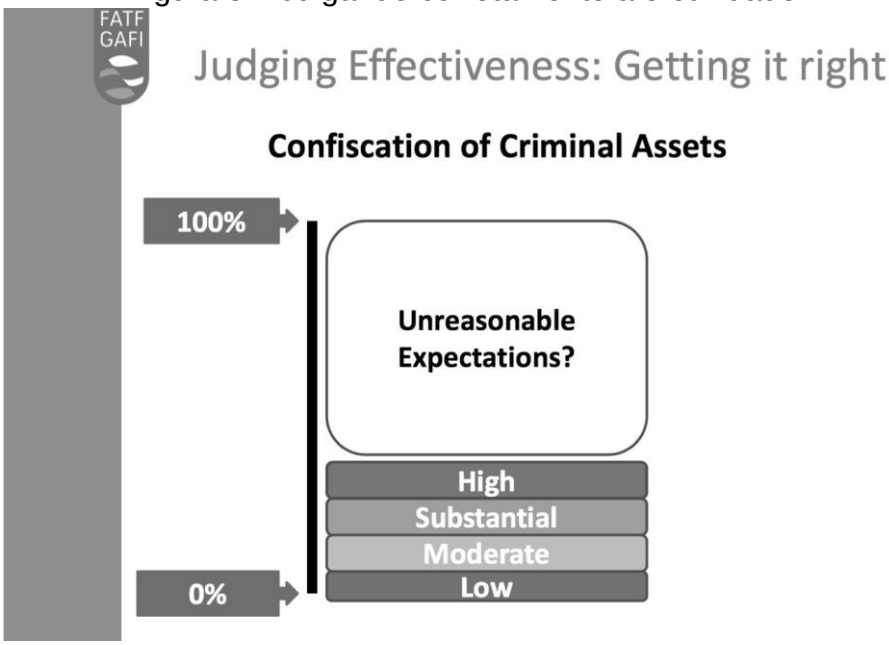


Fonte: Financial Action Task Force/Groupe d'Action Financière

A figura acima alinha hierarquicamente os níveis de efetividade, ligando alto nível de efetividade a um sistema perfeito, que atinja todos os objetivos (por exemplo, evite que qualquer crime seja praticado), e o menor nível, para uma situação de nenhum resultado.

A figura a seguir dá o tom correto de uma avaliação de efetividade:

Figura 3 – Julgando corretamente a efetividade



Fonte: Financial Action Task Force/Groupe d'Action Financière

Essa ideia é compatível com a posição do DoJ e da SEC, que não exigem das empresas um padrão de perfeição, em seus programas de compliance.[618] Na mesma linha, o Guia do UK Bribery Act afirma que "no policies or procedures are capable of detecting and preventing all bribery". [619]

Seja qual for o sistema de medição da efetividade dos programas de compliance, parece importante firmar a posição de que a exigência perfeição, além de inatingível, em nada contribui para estimular um ambiente corporativo ético e comprometido com o cumprimento normativo. Os sistemas jurídicos atribuem diferentes consequências aos programas de compliance, no tocante aos efeitos que podem ter relativamente à responsabilização das empresas e das pessoas físicas. Em qualquer caso – a isenção da responsabilidade da empresa, ou a mitigação das sanções – é importante adotar parâmetros razoáveis para a aferição da efetividade.

Importante é dimensionar quão significantes as deficiências são no contexto da empresa; uma simples deficiência pode ser suficientemente importante para

[618] FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, 2012, p. 56.
[619] Nenhuma política ou procedimento é capaz de detectar e impedir completamente a corrupção. Tradução nossa. (THE BRIBERY..., 2010, p. 7).

justificar um grau de noncompliance[620], assim como a ocorrência de um ato lesivo concreto não necessariamente leva à conclusão de que o programa era inefetivo.

O envolvimento da alta direção nos ilícitos contamina completamente o programa de compliance, porque falta o requisito do comprometimento da alta gestão, com o que a mensagem não passa aos níveis inferiores da administração. Esse fato demonstra ainda que o esforço de compliance não era sério, mas apenas uma fachada, para funcionar como um "seguro" contra uma responsabilização, um "programa de papel". Além disso, esses são os tomadores das decisões, suas ações têm o peso mais importante na condução dos negócios. Por estas razões, pensamos que o programa não poderá ser considerado efetivo, se houver envolvimento dos dirigentes da empresa nos atos ilícitos tiverem praticados.

Por outro lado, quando o ato houver sido praticado por um empregado, agente ou terceiro, com o descumprimento dos deveres de compliance, por meio de medidas que os contornaram, pensamos que a efetividade do programa não deverá ser afetada por essa ocorrência isolada. A atitude adotada pela empresa após a descoberta da conduta lesiva (apuração, imposição de sanção, comunicação espontânea às autoridades e reparação do dano causado) poderá demonstrar, ainda mais, que o compliance era sério.

A proposta que aqui fazemos permite a necessária abertura e flexibilidade para permitir que diferentes empresas, em diferentes setores de atividade e marcos legais e regulatórios, possam ser avaliados.

4.2.3 Monitores de compliance

A avaliação da efetividade de um programa de compliance poderá ocorrer no curso do cumprimento de um acordo de leniência que tenha imposto sua adoção, implementação ou melhoria (art. 37 do Decreto 8.420/2015). As dificuldades da administração pública ou do Ministério Público em avaliar a efetividade das medidas adotadas poderá fazer com que, à semelhança do que ocorre nos NPAs e DPAs

[620] É o que acontece com o comprometimento da alta gestão. Se houver prática de atos lesivos pela direção da empresa, isso compromete todo o programa.

norte-americanos, um profissional seja encarregado da tarefa de acompanhar e avaliar o cumprimento das medidas pactuadas pela empresa, submetendo relatórios à autoridade que tenha firmado o acordo.

Os monitores de compliance empresarial indicados em DPAs e NPAs são profissionais que atuam voluntariamente, mantendo uma relação continuada com a empresa monitorada; a reputação profissional é um dos fatores que determinam sua escolha e motivação para o trabalho, sendo remunerados pelos serviços, normalmente pela própria empresa.[621]

As orientações para os procuradores norte-americanos, com respeito à indicação de monitores de compliance, encontram-se, basicamente, no Memo Morford, de março de 2008.[622] O Memorando estabelece princípios para a redação das cláusulas relativas ao uso de monitores, no âmbito de NPAs e DPAs firmados com empresas. As orientações permitem uma margem de flexibilidade, para que possam ser adaptadas a empresas de porte e estruturas diferentes, operando em distintos ramos de atividade. A tarefa fundamental do monitor é avaliar o cumprimento da empresa com os termos do acordo, reduzindo o risco de reincidência da conduta ilícita. O monitor é um terceiro independente, que não será empregado ou agente da empresa ou da administração pública; entretanto, deverá procurar um diálogo constante entre a empresa e as autoridades que firmaram o acordo, durante o prazo de sua execução. A responsabilidade de elaboração ou

[621] ODED, 2013, p. 208.

[622] O Memorando afirma que os custos, para a empresa, deverão ser levados em consideração, tanto quanto os benefícios que poderão advir para a empresa e para o público, com o uso de um monitor de compliance. O documento prossegue então fixando os princípios relativos à seleção dos monitores, à definição de suas atribuições e deveres, à prevenção de conflitos de interesse. Em alguns casos, a avaliação poderá ficar a cargo do monitor, sendo que ele poderá fazer sugestões para a melhoria dos controles internos e do programa de ética e de compliance corporativo. Poderá ser adequado que o monitor faça relatórios de progresso escritos e periódicos ao Departamento de Justiça e à empresa. A conclusão sobre o cumprimento, ou não, dos termos do acordo, poderá depender do relatório do monitor. Em algumas situações, será adequado que o monitor reporte apenas ao Departamento de Justiça, como por exemplo o caso de envolvimento da alta administração da empresa em conduta criminosa posterior ao acordo. O prazo durante o qual a empresa ficará sujeita ao monitoramento normalmente coincide com o prazo de duração do NPA ou do DPA, mas a monitoração poderá ser prorrogada, se houver necessidade. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys.** Subject: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreementes with Corporations. March, 7, 2008. Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

melhoria do programa de compliance continua sendo da empresa.

Num dos maiores casos de aplicação do FCPA, a empresa alemã Siemens concordou com a manutenção, durante quatro anos, de um monitor independente de compliance, como parte do acordo firmado com o Departamento de Justiça norte-americano. O monitor ficou responsável por avaliar a efetividade dos controles internos, da manutenção dos registros, e das políticas e procedimentos de comunicações financeiros em relação aos dispositivos do FCPA. A Siemens concordou em cooperar amplamente com o monitor, dando-lhe acesso a quaisquer documentos, recursos, instalações e empregados. A avaliação seria continuada, e os relatórios, entregues tanto ao Departamento de Justiça como à empresa, que concordou em aceitar todas as recomendações do monitor.[623]

Nem todos os acordos prevêem a figura do monitor de compliance. Quando a empresa possuir um programa de compliance genuíno e robusto, o Departamento de Justiça norte-americano não vê necessidade de incluir essa cláusula.[624] No DPA da Avon, contudo, apesar de a empresa possuir um programa de compliance implementado, e a cujas melhorias já se tinha, aparentemente, comprometido, a empresa concordou em contratar um monitor independente, pelo prazo mínimo de 18 meses, com as seguintes atribuições:

> The Monitor's primary responsibility is to assess and monitor the Company's compliance with the terms of the Agreement, including the Corporate Compliance Program in Attachment C, so as to specifically address and reduce the risk of any recurrence of the Company's misconduct. During the Term of the Monitorship, the Monitor will evaluate, in the manner set forth below, the effectiveness of the internal accounting controls, record-keeping, and financial reporting policies and procedures of the Company as they relate to the Company's current and ongoing compliance with the FCPA and other applicable anti-corruption laws (collectively, the "anti-corruption laws") and take such reasonable steps as, in his or ther view, may be necessary to fulfill the foregoing mandate (the "Mandate"). This Mandate shall include an assessment of the Board of Directors and sênior management's commitment to, and effective implementation of, the corporate compliance program described in Attachment C of the Agreement.[625]

---

[623] BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign corrupt practices act:** compliance guidebook, protecting your organization from bribery and corruption. Hoboken: John Wiley, 2010, p. 121.

[624] ODED, 2013, p. 220.

[625] A principal responsabilidade do Monitor é avaliar e monitorar o cumprimento da Companhia com os termos do Acordo, incluindo o Programa de Compliance Corporativo do Anexo C, para especificamente dirigir-se a e reduzir o risco de recorrência de má conduta empresarial. Durante o

Os monitores de compliance podem chegar a ter um poder considerável[626], por isso será importante detalhar exatamente suas atribuições, esclarecendo a forma de solução de conflitos entre a empresa e o monitor. O Memo Grindler, de 2010, dedica-se a orientar os procuradores norte-americanos sobre a forma de resolver os problemas que ocorrem depois da assinatura dos acordos.[627]

Ao examinar a legislação anticorrupção brasileira, a OCDE também se preocupou com a capacidade da CGU em avaliar os programas de compliance e sua implementação, questão de particular complexidade quando for o caso de operações internacionais e entidades ou subsidiárias.[628] No caso de acordos de leniência, a utilização de um monitor de compliance poderá ser uma solução a ser experimentada.

Ao final desta exposição, resta-nos responder à terceira pergunta, que indaga como medir a efetividade de um programa ou de medidas de compliance. A proposta que fazemos é a de que essa avaliação seja feita levando em consideração os riscos e o contexto específico da empresa, para determinar se e em que medida foram alcançados os objetivos identificação dos riscos de corrupção; de promoção de uma cultura de compliance, de detecção, apuração e sanção de violações ao programa; de adoção de ações corretivas, incluindo-se a reparação dos danos causados; e da colaboração com as autoridades na apuração dos ilícitos,

A análise deveria, então, dois critérios: num primeiro momento, a presença dos elementos estruturais, para, depois, medir a efetividade de seu funcionamento.

---

tempo de monitoramento, o Monitor avaliará, na maneira detalhada abaixo, a efetividade dos controles internos de auditoria, das políticas de manutenção de registros e de comunicações financeiras e procedimentos da Companhia em sua relação de cumprimento atual e continuada com o FCPA e outras leis anticorrupção aplicáveis (coletivamente, as leis anticorrupção) e a adotar medidas razoáveis que, em sua visão, sejam necessárias para o cumprimento deste mandato. Esse mandato deve incluir uma avaliação da diretoria e o compromisso da alta administração com a implementação do Programa de Compliance Corporativo descrito no Anexo C. Tradução nossa. (DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT, 2016, 828-GBD, Document 4, Anexo D).

626 ALEXANDER; COHEN, 2015, p. 552.

627 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. Subject: Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations. May 25, 2010. Gary G. Grindler. Acting Deputy Attorney General. Disponível em:<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-166-additional-guidance-use-monitors-dpas-and-npas>. Acesso em: 8 mar. 2016.

628 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014, p. 28.

5 CONCLUSÃO

A proposta da pesquisa foi investigar a aptidão da Lei 12.846/2013 para incentivar as empresas brasileiras a adotarem programas e medidas simplificadas de compliance.

Ao aderir a convenções internacionais anticorrupção, o Brasil obrigou-se a incluir as empresas na tarefa da prevenção dos delitos de corrupção, por meio da criação de códigos de conduta, da promoção de boas práticas comerciais, de controles contábeis internos acurados, bem como do desenvolvimento de programas ou medidas simplificadas de compliance.

Compliance significa cumprir, estar de acordo com leis e regulamentos estatais. A exigência da adoção do compliance com normas penais (o compliance criminal) foi introduzida no país pela Lei 9.613/1998, que criminaliza a lavagem de dinheiro. Em razão desta lei, as pessoas físicas e jurídicas obrigadas aos deveres de identificação dos clientes e manutenção de cadastros, registro de transações e comunicação de operações suspeitas à unidade de inteligência financeira devem, a partir das modificações introduzidas em 2012, adotar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu porte e volume de operações, de forma a permitir o atendimento às obrigações de compliance.

Em 2013 foi editada a Lei 12.846, para responsabilizar administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Por meio desta norma o Brasil atendeu às obrigações assumidas com a assinatura das convenções internacionais anticorrupção, que exigem uma responsabilização das pessoas jurídicas corruptoras, seja no âmbito criminal, civil ou administrativo, desde que as sanções sejam eficazes, proporcionais e dissuasivas.

A lei anticorrupção brasileira, alinhada com suas congêneres internacionais, dispõe que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, assim como a aplicação efetiva

de códigos de ética e de conduta será considerada no momento da aplicação das sanções.

Todavia, enquanto o compliance antilavagem de dinheiro é obrigatório, o compliance anticorrupção é facultativo, apenas incentivado pela lei com a oferta de redução da pena de multa. A falta de compliance com as normas antilavagem de dinheiro pode acarretar a imposição de sanções administrativas tanto para a empresa como para pessoas físicas. A falta de compliance anticorrupção não gera, em princípio, nenhum prejuízo para a empresa. Nesse cenário, a pesquisa procurou verificar se a ameaça de sanções civis e administrativas pela prática de atos lesivos à administração pública, assim como o benefício oferecido (redução da pena de multa administrativa), seriam capazes de motivar as empresas brasileiras a adotarem programas de compliance.

A tese formulada no início foi a de que tanto a via escolhida pela Lei 12.846/2013 (responsabilização administrativa e civil) assim como o benefício oferecido (uma redução de, no máximo, 4% sobre o faturamento bruto da empresa, como uma dentre nove circunstâncias que afetam a dosimetria da multa) não serão capazes de atingir esses objetivos. A capacidade da lei para motivar as empresas à formulação e à implementação desses programas, contudo, é importante, porque eles são considerados uma forma de controlar a criminalidade empresarial.

Os mecanismos de compliance passaram a ter maior importância no Brasil após as alterações legislativas ocorridas em 2012 (alteração da lei de lavagem de dinheiro) e 2013 (publicação da lei anticorrupção), porque 1) houve um aumento no número de sujeitos obrigados aos deveres de compliance com as normas antilavagem de dinheiro, com a extensão, a todos, do dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o volume de suas operações; 2) a lei anticorrupção, que pune pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos, o faz por meio de responsabilidade objetiva; 3) e a comprovação da efetividade de programas ou mecanismos de compliance poderá mitigar aquelas sanções.

A avaliação da efetividade do compliance, contudo, é tarefa complexa, para a qual não necessariamente estarão capacitados todos os legitimados à imposição

das sanções. Mesmo que a lei não tenha estendido os efeitos do compliance à esfera de responsabilização civil, é possível que sua efetividade venha a ser matéria de defesa nesta seara, assim como na esfera criminal, quando da responsabilização das pessoas físicas, agentes das condutas. Além dos gestores públicos, juízes e membros do Ministério Público poderão ter que analisar documentos da empresa, relativos às práticas de compliance.

A pergunta que a pesquisa pretendeu responder, então, é se a Lei 12.846/2013 vai provocar um aumento no uso de programas e medidas de compliance pelas empresas brasileiras. Esta pergunta foi desdobrada em três outras perguntas:

a) a ameaça de punição administrativa e civil é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas ou medidas de compliance?

b) o efeito mitigador dos programas ou medidas simplificadas de compliance sob a Lei 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas ou medidas? e

c) como medir a efetividade de um programa ou das medidas simplificadas de compliance?

A fim de dar conta desta tarefa, o primeiro capítulo tratou das opções regulatórias à disposição do legislador, para a responsabilização das pessoas jurídicas, assim como as modalidades de culpa e a forma de atribuição dos atos das pessoas físicas às empresas.

As convenções internacionais normalmente deixam ao critério dos Estados a escolha do regime mais adequado, segundo seus sistemas jurídicos, para responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados por seus órgãos ou agentes. A opção pelo direito penal traz a dificuldade de reconhecer a capacidade de ação e a capacidade de culpa às pessoas jurídicas, porque os critérios dogmáticos que são tradicionalmente utilizados foram construídos para as pessoas naturais.

O movimento no sentido do reconhecimento da capacidade penal das pessoas jurídicas foi inverso nos sistemas do common law e do civil law. Até o século XIX a Inglaterra e os Estados Unidos consideravam que as empresas não possuíam capacidade de ação e de consciência. Desde a Idade Média, o direito alemão reconhecia a capacidade penal de corporações. De meados do século XIX, até o início do século XX, houve uma troca de posições. Paulatinamente foram surgindo decisões judiciais que passaram a responsabilizar criminalmente as empresas por delitos regulatórios nos sistemas da common law, até que essa possibilidade veio a ser consagrada para qualquer tipo de crime. Na Alemanha, até o início do século XX havia apoio à ideia da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, principalmente por meio das contribuições de Otto von Gierke, no direito das corporações, e de Franz von Liszt, no direito penal. Posteriormente, contudo, as empresas alemãs passaram a ser responsabilizadas por meio de multas administrativas. A Itália também pune as empresas por meio do direito administrativo sancionador.

A partir da segunda metade do século XX, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas está sendo trazida de volta à tradição do civil law, com diversos países introduzindo legislações neste sentido. A negativa da capacidade de ser sujeito em direito penal está normalmente ligada a uma visão de pessoa jurídica como ficção legal. Entretanto, como as pessoas jurídicas são uma criação do direito, será também o direito que irá reconhecer direitos e atribuir deveres às pessoas jurídicas (assim como o faz com as pessoas físicas).

Em direito comparado, há diferentes formas de atribuir uma conduta delitiva às pessoas jurídicas. Quando o crime é praticado desde a empresa, são duas as formas para fundamentar sua punição: a autorresponsabilidade (culpabilidade por ato próprio) e a heterorresponsabilidade (culpabilidade por ato de terceiro). A teoria inglesa da identificação (Alter Ego Theory) atribui à empresa a intenção ou o conhecimento de um órgão que possa ser classificado como a mente e a vontade dirigentes (*managerial mens rea*). Nos Estados Unidos, a conduta delitiva de agentes ou empregados é atribuída à empresa por meio da responsabilidade vicarial. O modelo sugerido por Klaus Tiedemann, na Alemanha, é o de culpa pela organização deficiente da empresa, que falha em adotar medidas para evitar a

ocorrência de crimes. Este modelo foi adotado tanto na Alemanha como na Itália, no âmbito do direito administrativo.

Quanto aos regimes de responsabilização, o comportamento desviante das pessoas jurídicas pode ser regulado no âmbito privado (civil) ou no âmbito público (civil-público, administrativo e penal). Os regimes públicos são os mais utilizados. Além dos diferentes regimes regulatórios, os legisladores podem condicionar (ou não) a responsabilidade empresarial à apuração de culpabilidade. O direito brasileiro atribui a responsabilidade penal de forma subjetiva, mediante apuração de culpa ou dolo, e admite hipóteses de responsabilidade objetiva (sem culpabilidade) no âmbito administrativo (infrações contra a ordem econômica e atos lesivos à administração pública) e civil (responsabilidade civil por danos ambientais e por danos causados aos consumidores).

O segundo capítulo examinou o contexto no qual está inserido o compliance em geral, e o compliance criminal, em especial. Mais do que simplesmente remeter à ideia de cumprimento normativo, o compliance tem importância em diversos países porque compreende o conjunto de medidas que as empresas adotam, a fim de que as regras vigentes para elas e para seus empregados sejam cumpridas, que as infrações se descubram e sejam punidas. Compliance, portanto, não é apenas prevenção de riscos, mas também a reação às violações das normas de conduta da empresa e das normas legais.

O compliance se diferencia de acordo com o ramo do direito ou problema específico ao qual se relaciona. O compliance criminal é aquele voltado à prevenção de crimes – surgiu, basicamente, no ambiente regulado quanto à prevenção da lavagem de dinheiro, e alcança um protagonismo crescente no campo das medidas de prevenção à corrupção. Entretanto, manifesta-se em diferentes contextos: está relacionado à prevenção dos sempre crescentes riscos na sociedade de riscos; é expressão da governança regulatória dos Estados no capitalismo regulatório, assim como um dos pilares da governança corporativa empresarial; e, finalmente, uma estratégia estatal no controle da criminalidade empresarial.

A legislação anticorrupção norte-americana e a forma como vem sendo aplicada, a partir dos Estados Unidos, influencia grandemente o desenvolvimento do compliance anticorrupção em outros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, a análise econômica do direito é uma corrente muito importante no pensamento jurídico, o que sugere que a racionalidade econômica esteja por trás das exigências de compliance.

As raízes da aplicação do pensamento econômico ao direito estão nos trabalhos de Montesquieu, Beccaria e Bentham. Para Montesquieu, a causa da fraqueza do sistema de justiça criminal estava ligada à impunidade dos crimes, e não à moderação das penas. Beccaria, na mesma linha, sustentava que a certeza de um castigo seria sempre mais forte do que o temor de outro, mais terrível, mas que trouxesse consigo a esperança da impunidade. Bentham, com base no princípio da utilidade, defendia que o direito tinha dois instrumentos para promover a felicidade da comunidade: a proibição das ações que pudessem trazer danos e o incentivo àquelas que produziriam vantagens. Bentham formulou regras de proporção entre os crimes e sua punição, de modo a que a punição fosse superior ao ganho esperado do delito, com o menor custo possível para a sociedade. Gary Becker, a partir dessas ideias, desenvolveu uma versão formal do modelo econômico de prevenção da criminalidade, com base na teoria da escolha racional.

Uma segunda abordagem para a aplicação da lei penal e seu emprego no ambiente regulatório é desenvolvida por John Braithwaite, entre outros, e consiste em métodos de barganha e persuasão à cooperação, por parte dos regulados. Com base na ideia da regulação responsiva, as estratégias de atuação são ordenadas em uma escala crescente de gravidade e intervenção. Na base da pirâmide estão o diálogo e as advertências. Na medida em que estas primeiras abordagens falham, vão-se escalando as medidas para enfoques mais punitivos. O regulador adota as alternativas com a empresa recalcitrante numa escala progressiva, iniciando com a persuasão; passando a uma carta de advertência; seguida de penalidades cíveis e, caso não sejam suficientes, criminais; até que se chega, em casos extremos, à pena capital da punição empresarial: revogação permanente da licença de operação.

Esse tipo de estratégia de escalação de sanções é utilizado para a indução do compliance com os padrões internacionais antilavagem de dinheiro, pelo GAFI. Por meio da pressão pelos pares (peer pressure) e da avaliação pelos pares (peer review), além da técnica de expor e envergonhar (naming and shaming) esse grupo de trabalho consegue provocar uma adesão cada vez maior dos países às 40 Recomendações. Em realidade, o GAFI exerce pressões políticas para que os países implementem as normas das convenções internacionais das Nações Unidas, além de Resoluções do Conselho de Segurança (aos quais eles já estão, entretanto, juridicamente vinculados, em razão da adesão às convenções e ao sistema da ONU). Nesse trabalho, o GAFI detalha as medidas de compliance que os países devem cumprir. Esse cumprimento se dá pela transferência, aos setores obrigados, da obrigação de exigi-las dos regulados.

O compliance anticorrupção, por sua vez, transfere às empresas parte da tarefa de prevenção, descoberta e investigação dos delitos, bem como a adoção de medidas corretivas. Pela confluência de organizações internacionais, que trabalham em rede com atores públicos e privados (empresas multinacionais), por meio de ferramentas de hard law, soft law e da autorregulação empresarial, promove-se a privatização da luta contra a corrupção. A entrega dos resultados das investigações internas às autoridades é estimulada pelas legislações, sob a promessa de, em retorno à cooperação havida, oferecer uma sensível redução ou até a isenção das sanções aplicadas às empresas. A obrigação de implementar ou aperfeiçoar programas de compliance anticorrupção é cláusula frequente nos acordos de não-persecução penal e de suspensão do processo penal firmados nos Estados Unidos (NPAs e DPAs), e já aparece em contratos de leniência firmados no Brasil, sob a Lei 12.846/2013.

Seguindo a opção de analisar a lei anticorrupção brasileira sob a ótica do enfoque econômico, o terceiro capítulo dedicou-se a responder às duas primeiras perguntas formuladas na situação problema, ou seja, se a ameaça de punição administrativa e civil é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas e medidas de compliance, e se o efeito mitigador dos programas e medidas simplificadas de compliance sob a Lei 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas brasileiras desenvolvam tais programas ou medidas. A

formulação dessas perguntas atende ao esquema básico proposto por Bentham para explicar a ação do direito ao regular comportamentos: a proibição (sob sanção) dos comportamentos que podem trazer inconvenientes à sociedade, e a promoção, por meio de incentivos, daqueles comportamentos que trazem vantagens a outros homens.

Em primeiro lugar, enfrentou-se a questão sobre o regime de responsabilização escolhido pelo legislador brasileiro, discutindo se, em princípio, as esferas civil e administrativa de responsabilização podem ser tão efetivas quanto a esfera penal, para coibir a criminalidade empresarial. Concluiu-se que o direito civil é mais adequado à indenização ou ressarcimento por danos causados, sendo o direito administrativo e o direito penal os únicos vocacionados à proteção normativa de bens jurídicos. Entre o direito administrativo e o direito penal, contudo, a pena criminal é a solução mais eficiente do que a multa administrativa, em termos de prevenção geral. Impor sanções administrativas para a prática de crimes é inconsistente e contraproducente. Além disso, a estigmatização trazida pela condenação criminal de uma empresa reflete mais adequadamente o papel social que as corporações desempenham: a responsabilidade penal é um indicativo da posição que os sujeitos ocupam na sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilização criminal da pessoa jurídica. A Constituição da República prevê expressamente essa forma de responsabilização pela prática de crimes contra o meio ambiente, e, de maneira não tão expressa, para os atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Em nossa opinião, havendo dignidade penal do bem jurídico tutelado pela norma, como é o caso da administração pública, o legislador infraconstitucional poderia ter editado lei que responsabilizasse criminalmente as empresas pelos atos de corrupção praticados por meio delas, ou em seu benefício.

A opção pelo regime administrativo e civil traz alguns problemas. Um dos principais é a multiplicação de autoridades legitimadas à instauração e ao julgamento dos processos administrativos de responsabilização, que abre a possibilidade de diversas regulamentações da lei, e cria um espaço para arbitrariedades (aumento da corrupção ativa, da concussão e de atos de

improbidade administrativa). Outro problema diz respeito à efetividade da lei, porque, ao contrário do que supõe a exposição de motivos, a via administrativa não é mais célere do que a judicial, na medida em que todas as decisões administrativas submetem-se ao controle jurisdicional. As multas administrativas podem chegar a valores altos, e as sanções civis têm potencial dissuasivo. Ao conjunto de sanções previsto pela lei é necessário acrescentar o elemento da responsabilização objetiva (sem apuração de culpabilidade). Entretanto, essas sanções só serão efetivas na medida em que forem impostas e executadas.

As empresas (as principais destinatárias da lei) podem ser facilmente caracterizadas como agentes racionais econômicos que determinam seu comportamento pela análise dos custos e dos benefícios, na busca de lucros. A premissa da racionalidade na teoria da escolha racional implica em que as pessoas reagem a incentivos – nesse aspecto, a lei anticorrupção poderá, ou não, trazer os incentivos para orientar o comportamento empresarial em suas relações com o poder público. O modelo desenvolvido por Polinsky e Shavell afirma que um agente neutro em relação ao risco de sanções cometerá um delito se a utilidade esperada com a conduta ilícita – levando em consideração o ganho e a chance de ser descoberto e punido – exceder sua utilidade, caso ele não pratique o delito.

Nessa equação, o problema está, para a realidade brasileira, na variável que determina a probabilidade de ser punido. O ciclo da detecção da infração administrativa – instauração dos processos administrativo e judicial – decisão condenatória – cobrança para execução da multa e publicação extraordinária da decisão condenatória – contestação judicial das sanções - decisão final com trânsito em julgado, tendo em vista o sistema processual brasileiro e as taxas de congestionamento da Justiça demonstra que a probabilidade de ser apanhado e condenado no Brasil, por crimes de corrupção, bem como a de que as penas sejam efetivamente executadas, é bastante baixa. Estudo realizado a partir de demissões de servidores públicos por corrupção burocrática concluiu que o sistema judicial brasileiro é altamente ineficaz: a eficácia do sistema criminal foi medida em 3%, e a do sistema civil, em 2%. Nessa ótica, a utilidade esperada da conduta ilícita excede, em muito, a utilidade caso a empresa não pratique o delito.

Não havendo uma ameaça crível, tanto a empresa corruptora como aquela que opera dentro da lei, mas está sujeita a uma ocorrência de violação de normas legais por um subordinado, não estão sob ameaça de punição suficiente, para motivá-las a adotarem programas ou medidas simplificadas de compliance. A resposta à primeira pergunta formulada na pesquisa, qual seja, se a ameaça de punição administrativa e civil é suficiente para motivar as empresas a adotarem programas ou medidas de compliance é, portanto, negativa.

Para responder à segunda pergunta, que indaga sobre o efeito mitigador do compliance, formulamos um exemplo hipotético, analisando a dosimetria da multa de cinco diferentes empresas, tomando por base a regulamentação federal (Decreto 8.420/2015). Conferimos ao compliance um valor maior do que simplesmente a redução de 1% a 4% do faturamento bruto no cálculo da multa, porque a seriedade do programa e o comprometimento da administração irão influir em outras agravantes e atenuantes, tais como a continuidade dos atos lesivos no tempo, a tolerância do corpo gerencial, a reincidência, a comunicação espontânea e a colaboração com as autoridades, além do ressarcimento do dano. Após o cálculo da multa, verificamos o valor que esta alcançaria caso a empresa fizesse um acordo de leniência (na redação original do art. 16 da lei anticorrupção).

A análise demonstrou que, considerados os valores máximos de influência positiva do compliance (tanto nas agravantes como nas atenuantes) a multa de uma empresa que possuía um programa altamente efetivo ficou apenas 5% menor do que a de uma empresa fortemente corruptora que não adotava qualquer mecanismo de compliance, sendo iguais os valores do faturamento bruto, dos contratos mantidos com a administração pública e da vantagem auferida. Considerando o investimento anual em compliance em um milhão de reais, a diferença entre o custo da empresa “limpa” (multa + compliance) em relação à empresa corruptora caiu para 3%, porque a segunda não investiu em compliance. Caso ambas fizessem uso da possibilidade de firmar um acordo de leniência, a diferença entre o custo da empresa ética (considerando o valor da multa somado ao investimento em compliance) e o da empresa corruptora é praticamente igual a zero. Isso permite concluir que um agente racional não investiria em compliance, se a motivação para tanto fosse somente obter os benefícios conferidos pela lei anticorrupção. O valor desse investimento

poderia ser aplicado na própria empresa ou no mercado financeiro, durante o tempo necessário para o ato lesivo ser descoberto e punido. Na hipótese de que isso viesse a ocorrer, a empresa poderia tentar negociar um acordo de leniência.

Outra comparação entre as empresas que adotam medidas de compliance demonstrou que, quanto maior o relacionamento com a administração pública, mais importante será a busca da efetividade do programa ou das medidas de compliance (até para reduzir a chance de que atos lesivos venham a ocorrer, trazendo, com eles, o risco de responsabilização).

A última comparação, entre a situação de duas empresas que não investem em compliance – uma, que obtém a quase totalidade de seu faturamento com contratos públicos e outra, que não possui qualquer contrato com a administração – confirma que a intensidade da responsabilização está diretamente relacionada ao grau de envolvimento com a administração pública, e ao valor da vantagem auferida.

As simulações de cálculo das multas de cinco empresas fictícias na lei anticorrupção, de acordo com a regulamentação do Decreto nº 8.420/2015 permitiu concluir que o efeito mitigador dos programas e mecanismos de compliance (cujo efeito só alcança as sanções administrativas) não configura incentivo suficiente para que as empresas adotem o compliance. A resposta à segunda questão formulada na pesquisa, se o efeito mitidador dos programas ou medidas simplificadas de compliance sob a Lei 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que as empresas desenvolvam tais programas ou medidas é igualmente negativa.

O quarto e último capítulo elencou os elementos de um programa de compliance, incluindo uma política anticorrupção, e forneceu parâmetros para a avaliação de sua efetividade, a fim de responder à terceira e última pergunta formulada: como medir a efetividade dos programas e mecanismos simplificados de compliance?

Depois de analisar diferentes parâmetros de apuração da efetividade, apresentamos uma proposta de avaliação sob dois critérios: a presença dos elementos estruturais e a apuração da efetividade de seu funcionamento. Essa

análise deve levar em consideração os riscos e o contexto da empresa, para verificar a adequação das medidas adotadas. A avaliação da efetividade deve ser um julgamento sobre se, e em que medida, os objetivos do compliance estão sendo alcançados: os riscos adequadamente avaliados; infrações legais e violações ao programa detectadas e investigadas; medidas corretivas adotadas, inclusive o ressarcimento do dano causado; comunicação espontânea e cooperação com as autoridades; melhoria do programa, com reforço dos valores e do compromisso ético da empresa.

A exigência de perfeição, além de inatingível, em nada contribui para estimular um ambiente corporativo ético e comprometido com o cumprimento normativo. Importante será, no caso concreto, dimensionar quão significantes são as deficiências do compliance no contexto da empresa: uma apenas pode ser suficientemente importante para justificar a conclusão pela inefetividade (como é o caso da prática dos atos lesivos por parte da direção da empresa), assim como a ocorrência de um ato lesivo concreto não necessariamente leva à mesma conclusão (se o ato foi isolado, cometido por um empregado que precisou contornar as regras do compliance para cometer a infração).

Quando a avaliação da efetividade do compliance for necessária para verificar o cumprimento de um acordo de leniência firmado, em especial no caso de grandes grupos empresariais com atuação internacional, a utilização de um monitor de compliance poderá ser uma estratégia útil.

Em suma, a conclusão da pesquisa é que a Lei 12.846/2013, tal como está formulada e por si só, não irá provocar um aumento no uso de programas e medidas de compliance pelas empresas brasileiras.

A forma de estimular a adoção do compliance anticorrupção passa pelo aumento da probabilidade de punição (uma ameaça crível de sanção que seja aplicada em menor tempo e com mais certeza, reduzindo a impunidade) e pelo aumento dos benefícios oferecidos (influência do compliance na esfera de responsabilização civil, com eventual possibilidade da empresa não ser processada ou sancionada, caso tenha adotado medidas razoáveis para prevenir o ilícito, além

de ter adotado ações corretivas e colaborado, espontaneamente, com as autoridades públicas).

Se o Brasil não for capaz de aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados, e efetivamente punidos e, ao mesmo tempo, se ampliarem os benefícios oferecidos às empresas que tiverem um compliance realmente efetivo, continuará valendo a pena, em termos de análise de custos e benefícios, apostar na ineficiência do sistema e não implementar um programa de compliance.

Para alterar essa equação é necessário desequilibrar o mercado da corrupção. O mais importante, e o mais difícil de realizar, é aumentar a probabilidade da punição.

REFERÊNCIAS

ACORDO de leniência CADE/MPF e Grupo Setal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/HC%20Versão_Pública.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ACORDO de leniência MPF e Construtora Camargo Corrêa. Ação de improbidade administrativa em trâmite perante a 5a. Vara Federal de Curitiba, processo eletrônico nº 5006717-18.2015.4.04.7000, chave de acesso 890040590515. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.

AFFIRMATIVE defense. In: BARRON'S Law Dictionary. 5. ed. New York: Steven H. Gifis, 2003.

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 075-098, jan./jun. 2011.

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, p. 537-593, 2015.

ANDERSON, James M.; WAGGONER, Ivan. **The changing role of criminal law in controlling corporate behaviour.** Santa Monica: Rand Corporation, 2014.

ANYU, J. Ndumbe. **The foreign corrupt practices act:** a catalyst for global corruption reform. Baltimore: Publishamerica, 2006.

ARAÚJO, Kleber Martins de. Responsabilização da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

ARAUJO JÚNIOR, João Marcello. Direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 7, n. 25, jan./mar. 1999.

ASHWORTH, Andrew J. United Kingdom. In: HELLER, Kevin Jon; DUBBER, Markus D. **The handbook of comparative criminal law.** Stanford: Stanford University Press, 2011.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. **Revista de Direito Ambiental,** v. 42, p. 208-240, abr./jun. 20006.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal.** Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

_____. 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.

BACIGALUPO, Silvina. Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos de gobierno y la relevancia de los programas de compliance en el Codigo Penal español (artículos 31 bis y 129 CP). **Revista de Estudos Criminais,** São Paulo, v. 10, n. 42, p. 9-35, jul./set. 2011.

BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. **Game theory and the law.** Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. **Porte de empresa.** Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/porte.html>. Acesso em: 1 mar. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene.** Milano: Arnoldo Mondadori, 1991.

BECKER, Gary. **Crime and punishment:** an economic approach. Chicago: National Bureau of Economic Research, 1974.

_____. **The economic way of looking at life.** Nobel Lecture, December 9, 1992. Department of Economics, University of Chicago, Chicago, IL. 60637, USA, p. 38-58, p. 38. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.html>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo:** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo, Fundação Editora da UNESP, 2002.

_____. **La sociedad del riesgo:** hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** Introduction by H. L. A. Hart. New York: Oxford University Press, 1970.

_____. **Principles of legislation:** of the limits of the penal branch of jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BERGER, Luiz Marcelo. **Um modelo baseado em agentes para estudo das propriedades emergentes decorrentes da aplicação da lei penal.** 2008. 165 p. Dissertação (Mestrado em Administração) - Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern corporation and private property.** New Brunswick: Transaction, 2009.

BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar. PABLO MONTIEL, Juan. URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign corrupt practices act:** compliance guidebook, protecting your organization from bribery and corruption. Hoboken: John Wiley, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – Incompatibilidades dogmáticas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública,** Belo Horizonte, v. 15, n. 169, p. 9-19, jan. 2016.

BLACKSTONE'S Guide to The Bribery Act 2010. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.** Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

BORGES, Etewaldo de Oliveira. **Responsabilidade extracontratual do estado por abuso de poder.** Porto Alegre: Fabris, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo. A lei Anticorrupção como uma lei penal encoberta. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta?>. Acesso em: 4 fev. 2016.

BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1466–1507, 198/1982.

_____. The new regulatory state and the transformation of criminology. **Brit**. **J. Criminol**, n. 40, 222-238, 2000.

BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism:** how it works, ideas for making it better. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

BRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.466/DF.** Autor: Partido Popular Socialista. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4920496>. Acesso em: 4 maio 2016.

_____. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 88.747-0.** Espírito Santo. Agravente: Antônio Carlos da Silva. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 15.09.2009. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605046>. Acesso em: 4 fev. 2016.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.277.638.** Santa Catarina. Agravante: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Agravado: Madeireira São Sebastião Ltda. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 7 maio 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101764495&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 19 fev. 2016.

_____. **Balanço Geral da União – 2011.** Dados Estatísticos da Dívida Ativa da União. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. **Circular 3.461.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=circ&ano=2009&numero=3461>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. **Circular 445,** de 2 de julho de 2012. Disponível: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgfis/coesp/circ445.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Decreto 3.678,** de 30 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Decreto 4.410**, de 07 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Decreto 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Institucional.** Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Instrução 18**, de 24 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2015/01/Instrução-Previc-n°-18-de-24-de-dezembro-de-2014.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Instrução Normativa 301,** de 16 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst301consolid.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. **Instrução Normativa CGU 1,** de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_01_2015.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

_____. **Justiça em números 2015:** ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

_____. **Lei 6.938,** de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____. **Lei 8.078,** de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei 8.112,** de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Lei 8.906,** de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. **Lei 9.613**, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em:13 mar. 2016.

_____. **Lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei 12.529,** de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei 12.683,** de 9 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 19.02.2016.

_____. **Lei 12.850,** de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <Lei nº 12.850>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei Complementar 123/06.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 7 março, 2016

_____. **Medida Provisória 703**, de 18 de dezembro de 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm> Acesso em 27 jan. 2016.

_____. **Portaria CGU 909,** de 7 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. Portaria Conjunta 2.279, de 9 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União,** nº 173, de 10 set. 2015, Seção 1.

_____. **Programa de integridade:** diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015, p. 6. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. **Programa Empresa Pró Ética 2016**: questionário de avaliação. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/questionario-de-avaliacao-2016.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.

_____. **Projeto de lei 1.701/2001.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510440>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Razões de veto:** Mensagem 314, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016.

_____. **Recurso Especial n. 1.122.177-MT.** Recorrente: Frigorífico Vale do Guaporé S/A. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 03 ago. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.&processo=1122177&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 jan. 2016.

_____. **Recurso Especial n. 1.307.938.** Goiás. Recorrente: Centrais Elétricas Cachoeira Dourada S/a CDSA. Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília: 16.06.2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200143467&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. **Recurso Extraordinário n. 548.181-PR.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2518801>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. **Recurso Extraordinário n. 669069.-MG.** Recorrente: União. Recorrido: Viação Três Corações Ltda. e Luiz Cláudio Salles da Luz. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 03.02.2016. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=669069&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 4 Fev. 2016.

_____. Recurso Voluntário 13474-LD. Recorrente: BANIF – Banco Internacional do Funchal (Brasil) S.A e José Roberto Ferreira da Cunha. Recorrido: Banco Central do Brasil. Relatora: Adriana Cristina Dullius Britto. Brasília, 24 fev. 2015. **DOU** de 16 mar. 2015, p. 30-32, Seção 1.

_____. **Relatório de Atividades 2014.** Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/publicacoes-institucionais/relatorios/relatorios-de-atividades.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. **Resolução 24/2013.** Controle de Controle de Atividades Financeiras. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-

do-coaf/copy_of_coaf-resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-esta-resolucao-entra-em-vigor-em-1.3.2013>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **TC 005.081/2015-7.** Plenário. Relator Min. Benjamin Zymler. Brasília, 2 dez. 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A151356F96015169AC54333330&inline=1>. Acesso em: 2 mar. 2016.

_____. **Decreto 8.420**, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016.

BRICOLA, Franco. Conseguenze economiche e soziale del delitto: nuovi appelli alla ricerca ed alla pianificazione. **L'Indice Penale**, Padova, v. 10, 1975.

_____. Rapporti tra dommatica e politica criminale. **Rivista Italiana di Procedura Penale**, Milano, v. 31, 1998.

CALABRICH, Bruno. Disposições finais da lei anticorrupção: prescrição, cadastros, responsabilização de autoridades omissas e outras questões relevantes. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. 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. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** a era da informação: economia, sociedade e cultura; São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CGU esclarece notícias veiculadas na imprensa sobre o contato com o Ministério Público Federal (MPF) para tratar de acordo de leniência. Notícia publicada no site da CGU em: 22 jan. 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/01/nota-de-esclarecimento-acordo-de-leniencia>. Acesso em: 27 jan. 2016.

CHAGAS, José Ferreira. **Governança corporativa:** aplicabilidade dos conceitos, dos princípios e indicadores à gestão de pequenas e médias organizações. p. 7 e p. 9. Disponível em <eco.unne.edu.ar/contabilidad/costos/VIIIcongreso/085.doc>. Acesso em: 23 jul. 2015.

COCA VILA, Ivó. Programas de cumplimineto como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance:** prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

COFFEE, John. No soul to damn: no body to kick: an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment. **Michigan Law Review,** v. 79, p. 386-459, jan 1981.

COMIRAN, Giovana Cunha. O modelo anglo-americano de governança corporativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,** v. 63, jan. 2014.

COMPLIANCE. In: **Dictionary of law**. 3. ed. Londres: Peter Collin, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics.** Boston: Addison-Wesley, 2012.

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de Defesa da Concorrência Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marinha Pinhão Coelho. Compliance e o julgamento da APN 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 106, jan. 2014.

COUNCIL OF EUROPE. **The European Convention on Human Rights.** Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In: COURTIS, Christian (Org.). **Observar la ley:** ensaios sobre metodologia de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo.** São Paulo: Forense, 1966.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 60, p. 9-35, maio/jun. 2006.

_____. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB,** v. 1, n. 1, p. 65-73, jun. 2013.

DAMAGES. In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

DE CARLI, Carla. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla (Org.). **Lavagem de dinheiro:** prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013a. p. 215-274.

_____. **Lavagem de dinheiro:** ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

_____. Sistema internacional antilavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla (Org.). **Lavagem de dinheiro:** prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013b. p. 31-50.

DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT. **Standard Bank PLC** (now known as ICBC Standard Bank PLC) and the Director of the Serious Fraud Office (the “SFO”).Disponível em: <http://www.sfo.gov.uk/media/290239/deferred%20prosecution%20agreement%20-%20standard%20bank.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. United States v. Avon Products, Inc. **Case 1:14-cr-))828-GBD**, Document 4. Disponível em:<http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/12/30/avon-dpa-file-stamped.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS CODE OF PRACTICE. **Crime and Courts Act. 2013.** Serious Fraud Office; Crown Prosecution Service, item 2 e 7.11. Disponível em:<https://www.sfo.gov.uk/media/264623/deferred%20prosecution%20agreements%20cop.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCI, Alberto. **Corrupt exchanges:** actors, resources and mechanisms of political corruption. New York: Aldine de Gruyter, 1999.

DELOITTE. **Lei anticorrupção:** um retrado das práticas de compliance na era da empresa limpa. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/Lei_Anticorrupcao.html>. Acesso em: 23 fev. 2016.

DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE KODEX. **Regierungskommission.** Disponível em: <http://www.dcgk.de/de/>. Acesso em: 4 out. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-201.

DRIVERS for "de-risking" go beyond anti-money laundering/terrorist financing. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/derisking-goes-beyond-amlcft.html>. Acesso em: 4 out. 2015.

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal law:** a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EL SUPREMO dicta su primera sentencia sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Diario La Ley,** n. 8712, 1 feb. 2016. Sección Hoy es Noticia.

EMPRESA deve reparar integralmente o dano que causou frisa ministro da CGU. Notícia publicada no site da CGU em 19 out. 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2015/10/a-empresa-deve-reparar-integralmente-o-dano-que-causou-frisa-ministro-da-cgu>. Acesso em: 27 jan. 2016.

ENGELHART, Marc. Corporal criminal liability from a comparative perspective. In: BRODOWSKI, D. et. al. **Regulating corporate criminal liability.** Cham: Springer, 2014.

_____. Corporate criminal liability and compliance in Germany. In: CORPORATE criminal liability and compliance programs: first colloquium. Napole: Jovene, 2012a.

_____. **Sanktioniergung von unternehmen und compliance:** eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. 2. [au.] Berlin: Duncker & Humblot, 2012b.

ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo penal. **Apelación Procedimiento Abreviado 10011/2015.** Recurrentes: Avelino Javier y otros. Ponente: Excmo. St. D. José Manuel Maza Martín. Madrid. STS 154, 29 feb. 2016. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-aprecia-por-primera-vez-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas>. Acesso em: 3 maio 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. **Memorandum for all United States Attorneys.** Subject: Individual Accountability for Corporate Wrongdoing. September 9, 2015. Sally Quilllian Yates, Deputy Attorney General. Disponível em: <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Departamento de Justiça. **Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys.** Subject: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreementes with Corporations. March, 7, 2008. Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. **United States Code.** Disponível em: <http://uscode.house.gov>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Foreign Corrupt Practices Act.** Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Guidelines manual.** 2014. Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8ç2.5.(f) (g). Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. **United States Code.** Disponível em: <http://uscode.house.gov>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. Departamento de Justiça**. Subject: Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations.** May 25, 2010. Gary G. Grindler. Acting Deputy Attorney General. Disponível em:<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-

manual-166-additional-guidance-use-monitors-dpas-and-npas>. Acesso em: 8 mar. 2016.

_____. Offices of the United States Attorneys. U.S. **Attorney's manual.** Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, 9-28.1500. Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 26 jan. 2016.

_____. Supreme Court. NY Central & Hudson River Rail Road Co. 22 III.212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed 613 1909.

_____. U.S. Supreme Court. **US v. Park 421 U.S. 658** 1975. Disponível em:<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/421/658/case.html>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. United States District Court. Eastern District of New York. United States of America v. HSBC Bank USA, N.A. and HSBC Holdings, PLC. **Case 1:12-cr-00763-JG.** Memorandum and Order. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/usao-edny/legacy/2015/04/06/HSBC%20Memorandum%20and%20Order%207.1.13.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflict en las investigaciones empresariales internas. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance:** prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013,

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionalies (anotaciones para un derecho penal globalizado). In: LA CORRUPCIÓN en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar. Salamanca: Ration Legis, 2004.

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

FERREIRA, Luciano Vaz. **A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil:** como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais? 2015. 282 f. Tese (Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

FIEN, C. M. Corporate responsibility under criminal law. a study of the mens rea of corporations. **Manitoba Law Journal,** p. 421-439, 1972/1973.

FIORELLA, Antonio. Oggetivo e soggetivo nella definizione dell'efficacia dei C.D.: modelli organizativi. In: CORPORATE criminal liability and compliance programs: first colloquium. Napoli: Jovene, 2012. p. 53-64.

FISSE, Brent. **Corporate compliance programmes**. Sydney: Institute of Criminology, 1989.

_____. Reconstructing corporate criminal law: deterrence, retribution, fault and sanctions. **S. Cal. L. Rev.**, n. 1141, 1982/1983.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. **Corporations, crime and accountability.** Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FISSENEWERT, Peter. **Compliance für den Mittelstand**. München: C.H.Beck, 2013.

FLETCHER, George P. **Basics of criminal law.** New York: Oxford University Press, 1998.

FOFFANI, Luigi. Responsabilità dellig enti da reato in Itali. In: FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria. **Corporate criminal liability and compliance programs:** first colloquium. Napoli: Jovene, 2012.

FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. **Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission**, p. 25. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.

_____. **A resource guide do the U.S:** foreign corrupt practices act. Disponível em: <www.justice.gov/ criminal/fraud/fcpa and www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. **A resource guide to the U.S:** foreign corrupt practices act. Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 6 mar. 2016.

FREITAS, Pedro Aguiar. A Lei Anticorrupção e as empresas: *compliance* e modulação de sanções. **Revista do Advogado,** São Paulo, v. 36, n. 125, p.97-105, dez. 2014.

G20 ANTI-CORRUPTIO action plan protection of whitleblowers. Disponível em: <http://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>. Acesso em: 5 out. 2015.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Ricardo Letizia. **A economia da corrupção: teoria e evidências.** Uma aplicação ao Setor de Obras Rodoviárias no Rio Grande do Sul. 2003.361p. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal compliance.** Lima: Palestra, 2014.

_____. **Derecho penal económico:** parte general. Lima: Grijley, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de criminología.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARRET, Brandon L. **Too big to jail:** how prosecutors compromise with corporations. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

GIERKE, Otto Von. **Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.** Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1887.

GIUDICELLI, Geneviève. Le champ personnel et matériel. In: FIORELLA, Antonio; STILE, Alfonso Maria (Ed.). **Corporate criminal liability and compliance programs:** first colloquium. Napoli: Jovene, 2012. p. 3-36.

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.

GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del *compliance offic*er por infracción del deber de control. Una aproximación tópica. In: ZAPATERO, Arroyo. NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:** bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo: IBdeF, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Elle. Strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. **American Criminal Law Review,** Washington, v. 51, n. 1, p. 79-98, Winter 2014.

GREENBERG, Michael. **For Whom the whistle blows:** advancing corporate compliance and integrity efforts in the era of dodd-frank. Santa Monica: RAND Corporation, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Intoduction. In: BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** New York: Oxford University Press, 1970.

HEINE, Günther. Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). **Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial:** propuestas globales contemporáneas. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. p. 25-67.

_____. Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen. **Österreichische Juristen-Zeitung**, Wien, n. 55, p. 871-881, 2000.

HÖRSTER, Matthias. **Die strict liability des englishen Strafrecths:** zugleich eine gegenüberstellung mit dem deutschen straf- und ordungswidrigkeitenrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das empresas:** 2013/IBGE. Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94575.pdf>. Acesso em 1 mar. 2016.

_____. **Indicadores sociais municipais 2000**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Origens da governança corporativa.** <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18166>. Acesso em: 2 maio 2015a.

_____. **Princípios básicos.** Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18163>. Acesso em: 2 maio 2015b.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO 19600. **Compliance management systems:** Guidelines. Systèmes de management de la conformité – Lignes Directrices.

ITÁLIA. Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231. **Gazzetta Ufficiale**, n. 140, 19 giugno 2001.

ITÁLIA vai incluir tráfico de drogas, prostituição e contrabando no cálculo do PIB. 26 maio 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/negocios/italia-vai-incluir-trafico-de-drogas-prostituicao-contrabando-no-calculo-do-pib-12604819>. Acesso em: 21 fev. 2016.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal:** Parte General. 5. ed. Granada: Colmares, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura del derecho**. México/DF: Porrúa, 2005.

KLITGAARD, Robert. **Controling corruption.** Berkeley: University of California Press, 1988.

KOEHLER, Mike. **The foreign corrupt practices act in a new era.** Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

KPMG Consultoria Limitada. **Maturidade do compliance no Brasil.** 2015. Disponível em: <http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Advisory/pesquisa-compliance-no-brasil.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

KRAAKMAN, Reinier H. Vicarious and corporate civil liability. **Torl law and economics.** Cheltenham, v. 1, p. 669-672, 1999.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

KYRIAKOS-SAAD, Nadim; ESPOSITO, Gianluca; SCHWARZ, Nadine. The incestuous relationship between corruption and money laundering. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Toulouse v. 83. 2012.

LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. **Interesse Público,** Belo Horizonte, v. 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. **Revista dos Tribunais,** v. 947, p. 313-330, set. 2014.

LEVI-FAUR, David. Prefácio. In: REGULATORY capitalism: how it works, ideas for making it work better. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

LONDON STOCK EXCHANGE. **Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance**. London: Gee and Co, 1992.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal:** a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34/Edesp, 2004.

MAKKAI, Toni; BRAITHWAITE, John. **Criminologial theories and regulatory compliance.** Chicago, III: American Bar Foundation, (ca. 1989).

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y da la empresa:** parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MC NEIL, Barry; BRIAN, Brad. **Internal corporate investigations.** Chicago: ABA, 2007.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

METHODOLOGY: for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, 2013, p. 14.

Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983a. v. 1: Parte Geral.

_____. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983b. v. 2: Parte especial.

_____. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 53: Parte especial.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de la Brède et de Montesquieu. **Esprit des lois.** Paris: Paul Janet, 2008.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MPF e CADE celebram acordo de leniência para obter provas de cartel na Petrobras. Notícia publicada na página da Procuradoria Geral da República. 20 mar. 2015. Disponível em:<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-cade-celebram-acordo-de-leniencia-para-obtencao-de-provas-de-cartel-na-petrobras>. Acesso em 27 jan. 2016.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional:** um estudo sobre a soft law. São Paulo, Atlas, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ZAPATERO, Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013a.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: COMPLIANCE y teoría del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013b.

NOTA à Imprensa: Acordo de leniência com a Camargo Corrêa. Notícia publicada na página da Procuradoria Geral da República. 21 ago. 2015. disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/combate-a-corrupcao/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-camargo-correa/?searchterm=leniência>. Acesso em: 27 jan. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ODED, Sharon. **Corporate compliance:** new approaches to regulatory. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

OFFICES OF THE UNITED STATES ATTORNEYS. **Principles of Federal Prosecution of Business Organizations**. U.S. Attorney's Manual. Disponível: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 8 out. 2015.

OLSSON, Gustavo André; TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.111-131.

ONZI, Eduarda. **O legislador entre o direito administrativo sancionador e o direito penal:** a controversa natureza jurídica das sanções previstas na lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. 2015. 56 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **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: 26 jan. 2016.

_____. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises.** 2011, p. 19-20. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Acesso em: 4 out. 2015.

ORLAND, Leonard. The transformation of corporate criminal law. **Brook. J. Cort. Fin & Com. L.** n. 45, p. 45-85, 2006, p. 46. Disponível em: <http://heinonline.org>. Acesso: 21 out. 2015.

OS PRINCÍPIOS dos Crown Prosecutors para a persecução criminal de empresas. Disponível em: <http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/corporate_prosecutions/>. Acesso em: 18 jan. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PADRÕES internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação: as recomendações do GAFI. Fev. 2012. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/As%20Recomendacoes%20GAFI.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

PARANÁ. 5a. Vara Federal de Curitiba. **Processo eletrônico nº 5006717-18.2015.4.04.7000**. chave de acesso 890040590515. disponível em: <http://www.jfpr.jus.br>. Acesso em: 30 jan. 2016.

PIETH, Mark. **Harmonising anti-corruption compliance**: the OECD good practice guidance 2010. Zurich: Dike, 2011.

_____. Introduction. In: PIETH, Mark; LOW, Lucinda A.; CULLEN, Peter J. **The OECD Convention on Bribery:** a commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

PIETH, Mark; IVORY, Radha. **Corporate criminal liability:** Emergence, convergence and risk. Springer: Heidelberg, 2011.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 63-86.

PIO CORRÊA, Luiz Maria. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI):** organizações internacionais e crime transnacional. Brasília: FUNAG, 2013.

PLEA AGREEMENT. United States v. Avon Products (China) Co. Ltd. Case 1:14-cr-00828-GBD, Document 7. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/12/30/avon-china-plea-agt-file-stamped.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

POLINSKY, A. Mitchell. **Introduction to law and economics.** New York: Kluwer, 2011.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **Journal of Economic Literature**, v. 38, v. 1, p. 45-76, March 2000.

POSNER, Eric A.; SYKES, Alan O. **Economic foundations of international law.** Cambridge: Belknap Harvard, 2013.

POSNER, Richard. E. **Economic analysis of law.** New York: Wolters Kluwer, 2014.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1: parte geral, arts. 1º a 120.

PRINCIPLES of federal prosecution of business organizations U.S. Attorney's Manual. Disponível em: <http://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 8 out. 2015.

PUNITIVE damages In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

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

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Org.). **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Atelier: Barcelona, 2013.

REGIERUNGSKOMMISION. **Deutscher corporate governance kodex**. Disponível em: <http://www.dcgk.de/de/>. Acesso em: 4 out. 2015.

REINO UNIDO. **Bribery Act 2010**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. **Crime and courts act.** 2013. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/pdfs/ukpga_20130022_en.pdf>. s. 45, Schedule 17. Aceso em: 27 jan. 2016.

_____. Queen's Bench Division. Royal Courts of Justice. Serious Fraud Office v. Standard Bank PLC (Now known as ICBC Standard Bank plc). **Case No: U20150854.** 30 nov. 2015.

RISK of terrorist abuse in non-profit organisations. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/topics/methodsandtrends/documents/risk-terrorist-abuse-non-profits.html>. Acesso em: 27 jun. 2015.

RISK-BASED approach guidance for the banking sector Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Risk-Based-Approach-Banking-Sector.pdf>. Acesso em: 4 out. 2015.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Revista Brasileira de Infraestrutura,** Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 131-142, jan./jun. 2015.

RODE, Anna. USA. In: HANDBUCH compliance international. recht und praxis der korruptionsprävention. Göttingen: Erich Schmidt, 2015.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Hacia la definición en España del estatuto procesal de la persona jurídica como sujeto pasivo de un processo penal por blanqueo de capitales. In: DE CARLI, Carla; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **Lavagem de capitais e sistema penal:** contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 97-149.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho. In: **La CORRUPCIÓN en un mundo globalizado**: análisis interdisciplinar. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

ROMANIELO, Enrico Spini; PAULA, Germano Mendes de. Política antritruste e governança corporativa no Brasil: os programas de compliance como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,** v. 20, p. 253-295, jul./dez. 2011.

ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government:** causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. **Strafrecht.** Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre. München: C.H.Beck, 2006.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*. **Boletim IBCCRIM**, v. 19, n. 226, set. 2011a.

_____. Reflexões iniciais sobre o criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**, v. 18, n. 218, jan. 2011b.

SÁIZ PEÑA, Carlos (Coord.) **Compliance:** cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 275-292

SARAIVA, Wellington Cabral. Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção. In: TEMAS de cooperação internacional. Brasília: MPF, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico:** parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEX, drugs and GDP. 31 maio 2014. Disponível em: <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21603073-italys-inclusion-illicit-activities-its-figures-excites-much-interest-sex>. Acesso em: 21 fev. 2014.

SGUBBI, Filippo. **Il reato come rischio sociale:** ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale. Bologna: Il Mulino, 1990.

SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In**: El Derecho Penal Económico en la Era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. **Compliance programs for the prevention of economic crimes:** an empirical survey of german companies. Berlin: Dunker & Humblot, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. **Compliance y teoria del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. **La expansión del derecho penal:** aspectos de política criminal en las sociedades postindunstriales. Buenos Aires: Euros, 2011.

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

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. **Revista de Estudos Criminais,** São Paulo, n. 54, p. 93-121, 2014.

_____. **Programas de *compliance* e novos critérios atributivos de responsabilidade individual e empresarial na criminalidade econômica.** 2016. 217 f. Tese (Concurso Público Professor Titular de Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **Lei anticorrupção.** Salvador: JusPodivm, 2015.

STESSENS, Guy. Comparative criminal liabiliy: a comparative perspective. **The International and Comparative Law Quarterly,** v. 43, n. 3, p. 493-520, July 1994.

SUTHERLAND, Edwin H. **White collar crime:** the uncut version. New Haven: Yale University Press, 1983.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 947, p. 133-144, set. 2014.

THE BRIBERY Act 2010: guidance. p. 15-16. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2016.

THE SYSTEM of national and regional accounts changes - Esa 2010. Disponível em:<http://www.istat.it/en/archive/110843>. Acesso em: 21 fev. 2016.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate criminal liability as a third track. In: BRODOWSKI, D. et. al. **Regulating corporate criminal liability.** Cham: Springer, 2014.

_____. **Derecho penal económico**: introducción y parte general. Trujillo: Grijley, 2009.

_____. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán. (Org.). **El derecho penal económico en la era compliance.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

_____. **Manual de derecho penal económico:** parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. **Responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Responsabilidad penal de persona jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisório e direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TORT. In: BLACK'S Law Dictionary. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

TREBILCOCK, Michael. The Lessons and Limits of Law and Economics. **Monash University Law Review**, v. 23, n. 1, p. 123-158, 1997.

UNITED NATIONS. **An anti-corruption ethics and compliance programme for business:** a practical guide. Sept. 2013, p. 19 e 20. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-84498_Ebook.pdf>. Acesso em 23 fev. 2016.

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. **Guide to corporate sustainability:** shaping a sustainable future. p. 9. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/library/1151>. Acesso em: 9 mar. 2016a.

_____. **The Ten Principles of the UN Global Compact**. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 9 mar. 2016b.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. **Guidelines manual.** 2014. Chapter Eight. Sentencing of Organizations. §8C2.5.(f) (g). Disponível em:<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-chapter-8>. Acesso em: 26 jan. 2016.

VALE, Murilo Melo. A Lei Anticorrupção Empresarial: um contraponto à agenda de combate à corrupção. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública,** Belo Horizonte, v. 4, n. 11, p. 191-214, maio/ago. 2015.

VERDUGO YEPES, Concepción. **Compliance with the AML/CFT international standard:** lessons from a cross-country anaysis. IMF Working Paper, WP/11/177. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp11177.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2015.

VOLKOV, Michel. The two Ps of compliance: promote and protect. corruption, crime and compliance blog. Postado em: 12 abr. 2015, às 05:28 pm. Disponível em <http://blog.volkovlaw.com>.

WEIGEND, Thomas. Societas delinquere non potest? A German Perspective. 6 Journal of International Criminal Justice (2008), 927. In: DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal law:** a comparative approach. Oxford: Oxford University Press, 2014.

WELLNER, Philip. A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardozo Law Review,** New York, v. 27-1, 2005.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13:** elementos e estudo de caso. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

ANEXO A – TRADUÇÃO PARA O ESPANHOL DA INTRODUÇÃO

INTRODUCCIÓN

Las convenciones internacionales anticorrupción han hecho oportuna la tarea de la prevención del delito para el ámbito privado: no apenas el Estado y sus agentes son responsables por prevenir, apurar y punir los delitos, sino también las empresas serán llamadas a actuar en su prevención. Ello se llevará a cabo elaborando códigos de ética y desarrollando programas de cumplimiento destinados a promover el adecuado cumplimiento de las normas por parte de sus órganos y empleados; deben investigar las irregularidade practicadas, adoptar medidas correctivas y, cuando sea el caso, entregar los resultados a las autoridades competentes.

Compliance viene del inglés *to comply with*, que significa estar de acuerdo, cumplir con las leyes y los reglamentos estatales. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), también conocida como Convención de Mérida, establece, en su artículo 12, que los Estados Partes deberán adoptar medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoria en el sector privado, así como prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de no cumplimiento de estas medidas. Además, los Estados Partes deberán promover la elaboración de normas y procedimientos con el objetivo de salvaguardar la integridad de las entidades privadas, incluyendo los códigos de conducta, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y las relaciones contractuales de las empresas con el Estado.

Las medidas que las empresas privadas deberán adoptar deben consistir, básicamente, en controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción, y para que las cuentas y los estados financieros de estas empresas permanezcan sujetos a procedimientos idóneos de auditoria y certificación. Por otra parte, las empresas deberán punir los comportamientos corruptos que ocurriesen.

La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (1996) afirma que los Estados Partes deberán considerar la adopción de medidas, en sus ordenamientos jurídicos, para crear, mantener y fortalecer leyes que veden el tratamiento tributario favorable a cualquier persona física o jurídica en relación a gastos efectuados con el pago de actos corruptos, así como medidas que impidan el cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. Estas medidas deberán garantizar que las sociedades mercantiles mantengan sus registros contables con tal nivel de detalle que refleje con exactitud la compra y venta de activos, además de controles contables internos que permitan que los funcionarios de la empresa detecten la ocurrencia de actos de corrupción.

La Convención de Mérida, a su vez, exige que los Estados adopten medidas para establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción, siendo que la forma de esta responsabilidad podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Según la convención, la responsabilidad empresarial deberá existir simultáneamente con la responsabilidad penal que quepa a las personas físicas que hayan cometido los delitos directamente.

La Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (1997), también exige que los Estados punan a las personas jurídicas por la corrupción de funcionario público extranjero, de acuerdo a sus principios jurídicos.

Incluso una ley que, en teoría, no se aplicaría a las empresas brasileñas es de gran influencia en la promoción de la adopción de programas de compliance en Brasil. El Foreign Corrupt Practices Act (1977), también llamado FCPA, es una ley norteamericana que tiene aplicación extraterritorial: alcanza empresas brasileñas listadas en bolsas de valores en los Estados Unidos o que estén obligadas a reportar periódicamente para la Securities and Exchange Commission (SEC). En el derecho norteamericano, las personas jurídicas responden criminalmente por las conductas practicadas por sus agentes (vicarious liability). La adopción de programas de cumplimiento y de ética en las empresas es incentivada por el Capitulo 8 de las 2014 Guidelines Manual de la United States Sentencing Commission (Sentencing of

Organizations), que determina los criterios para la dosimetría de las penas aplicadas a las personas jurídicas, ya que se consideran un factor de mitigación de la pena.

La exigencia de adopción del compliance con normas penales fue introducida en Brasil a través de la legislación que criminaliza el blanqueo de capitales. Las personas físicas y jurídicas sujetas a los mecanismos de control, según los artículos 1º y 11 de la Ley 9.613/98, están obligadas, desde su entrada en vigor, a la identificación de los clientes y manutención de archivos, al registro de las transacciones y a la comunicación de operaciones sospechosas a la unidad de inteligencia financiera. Los reguladores de los sectores financieros y no financieros editan normas detallando los deberes de compliance, como es el caso, por ejemplo, de la Circular nº 3.461/2009 del Banco Central de Brasil (BACEN), de la Instrucción nº 301/1999 de la Comisión de los Valores Mobiliarios (CVM), de la Circular nº 445/2012 de la Superintendencia de Seguros Privados (SUSEP), y de la Resolución nº 24/2013 del Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF). La Ley nº 12.683/2012, entretanto, ha sumado una obligación más al artículo 10 de la Ley nº 9.613/1998: la adopción de políticas, procedimientos y controles internos compatibles con el porte y el volumen de las operaciones de las personas físicas y jurídicas, que les permita atender a lo dispuesto en aquel artículos y en el artículo 11, en la forma regida por los órganos competentes.

La alteración de la ley de blanqueo en 2012 ha expandido aun más el ámbito de los sujetos obligados a los deberes de compliance, como la inclusión de nuevos incisos a los deberes de compliance con inclusión de nuevos incisos al artículo 9º. Siendo así, juntas comerciales y registros públicos; personas físicas o jurídicas que presten, aunque eventualmente, servicios de asesoría, consultoría, contaduría, auditoria, asesoramiento o asistencia, de cualquier naturaleza, en operaciones de compra y venta de inmuebles o participaciones societarias, de gestión de fondos valores mobiliarios o otros activos, de apertura o gestión de cuentas bancarias, de ahorros, inversión o de acciones, de creación, explotación o gestión de sociedades de cualquier naturaleza: financieras, societarias o inmobiliarias, de alienación o adquisición de derechos sobre contratos relacionados a actividades deportivas o artísticas profesionales; personas físicas o jurídicas que actúen en la promoción, intermediación, comercialización, gestión o negociación de derechos de trasferencia

de atletas, artistas o ferias, exposiciones o eventos similares; empresas de trasporte y guarda de valores; personas físicas o jurídicas que comercialicen bienes de alto valor de origen rural o animal o hagan de intermiediarias en su comercialización, todas están obligadas, por la ley, a adoptar medidas de compliance, en mayor o menor extensión.

Para cumplir con las obligaciones asumidas en la esfera internacional con la firma de las convenciones anticorrupción, Brasil ha editado la Ley nº 12.846/2013, que ha entrado en vigor a principios de 2014. La norma fue elaborada para permitir la punición de las personas jurídicas por actos lesivos cometidos contra la administración publica nacional y extranjera. El ámbito del derecho escogido no fue el de lo penal: al contrario, la ley prevé la responsabilidad en la esfera administrativa y civil, con imposición de pesadas multas y posibilidad de celebración de acuerdos de colaboración para las empresas que colaboraren con las investigaciones y el proceso administrativo.

Esta ley, conocida como Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia, se aplica a las sociedades empresarias simples, personificadas o no, con independencia de la forma de organización o modelo societario adoptado, así como a cualquier fundación, asociación de entidades o personas, o sociedades extranjeras, que tengan sede, filial o representación en territorio brasileño, constituidas de facto o de derecho, aunque temporalamente. De acuerdo con la ley, serán tenidas en cuenta, en la aplicación de las sanciones administrativas: la existencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoria e incentivo a la denuncia de irregularidades y la aplicación eficaz de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica. Estas medidas y procedimientos de compliance son llamados de ‘programas de integridade’ por la Controladoria- Geral da União (CGU).

Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre el compliance con las normas de prevención al blanqueo de capitales y el compliance con la ley anticorrupción: mientras que el primero es obligatorio, el segundo es facultativo. La adopción de procedimientos de integridad, auditoria y códigos de ética son apenas incentivados por la Ley nº 12.846/2013. La falta de compliance con las normas

contra el blanqueo de capitales puede provocar la aplicación de sanciones administrativas tanto para la empresa como para las personas físicas. La falta de compliance con las normas anticorrupción impide apenas el beneficio de la mitigación de la sanción de multa que haya sido aplicada a la empresa.

Si el beneficio ofrecido por la ley anticorrupción para la empresa que formula y aplica un programa de integridad (compliance) es la posibilidad de reducción de la multa aplicada por la practica de actos lesivos a la administración púbica, la amenaza de esta sanción – impuesta en el ámbito de un proceso administrativo – ¿será ello suficiente para motivar las empresas a implementar estos programas? En Estados Unidos, los programas de compliance también son considerados para la dosimetría de la sanción de multa, pero el FCPA prevé la responsabilidad criminal hacia las empresas por los actos de sus agentes que ofrezcan ventajas indebidas a los funcionarios públicos.

La tesis es que el camino escogido (punición administrativa y civil) y el beneficio ofrecido (una entre nueve circunstancias que afectan la dosimetría de la multa administrativa, la cual posibilita la reducción de, como máximo, un 4% de la facturación bruta del último año fiscal anterior a la apertura del proceso administrativo sancionador, en el ámbito de la reglamentación federal) no serán capaces de motivar a las empresas brasileñas a formular y adoptar programas o medidas simplificadas de compliance.

Tema

La investigación aborda el tema de los programas y de las medidas simplificadas de compliance, destinados al cumplimiento de las normas anticorrupción. La capacidad de la ley inducir las empresas a la formulación y la adopción de dichos mecanismos de compliance es importante porque son considerados una forma de control de la criminalidad practicada mediante o en al ámbito empresarial. De acuerdo al Decreto 8.420/2015, que ha reglamentado la ley anticorrupción, la empresa deberá disponer, entre otros elementos, de procedimientos específicos para prevenir fraudes e ilícitos en el ámbito de procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier interacción

con el sector público, aunque intermediada por terceros; canales de denuncia de irregularidades abiertos a funcionarios y terceros; medidas disciplinarias en caso de violación del programa de cumplimiento, además del monitoreo contínuo del programa de cumplimiento, con vistas a su perfeccionamiento en la prevención, detección y combate a la ocurrencia de actos lesivos a la administración publica. Además, segundo el §2º del artículo 42 del decreto referido, el programa de cumplimiento será evaluado cuanto a su existencia y aplicación, para que pueda ser considerado en la dosimetría de la multa. Por eso, la investigación tratará también de la evaluación de los programas y medidas simplificadas de compliance.

Relevancia del tema

El tema es relevante porque los mecanismos de cumplimiento pasarán a tener más importancia en Brasil después de las modificaciones legislativas ocurridas en 2012 y 2013: 1) más sujetos obligados a los deberes de cumplimiento con las normas antiblanqueo, con la inclusión del deber de adopción de políticas, procedimientos y controles internos adecuados al porte y volumen de las operaciones de las personas físicas y jurídicas; 2) la publicación de la ley anticorrupción, destinada a punir las personas jurídicas por actos lesivos a la administración pública, con un modelo de responsabilidad objetiva; 3) la posibilidad de mitigación de las penas para las empresas que tengan mecanismos o programas de cumplimiento eficaces.

Si, por un lado, Brasil debe demostrar el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la firma de las convenciones anticorrupción (el Informe de la Fase 3 de evaluación del cumplimiento de la Convención de la OCDE manifiesta preocupación con la capacidad de la ley brasileña alcanzar esos objetivos[629]), por otro lado, las empresas necesitan tener la seguridad jurídica de que los programas o medidas de cumplimiento implementadas podrán suponerles los beneficios previstos en la ley. Del mismo modo, las autoridades responsables por el juicio de los procesos administrativos necesitarán evaluar la eficacia de los mecanismos de

[629] Por ejemplo, en las paginas 16, 22 e 53 del Informe. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **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: 26 jan. 2016).

cumplimiento de las empresas, cuando impongan las sanciones, así como los fiscales y jueces que actuarán en los procesos civiles, en la aplicación de sanciones administrativas en caso de omisión de las autoridades administrativas competentes.

La existencia de mecanismos de prevención y control interno, todavía, no impide la ocurrencia de ilícitos. Normas internas pueden ser incumplidas para posibilitar el blanqueo de capitales o la corrupción. El examen de lo que constituye un programa de cumplimiento eficaz, entonces, es relevante también para la esfera penal en relación a las personas físicas, porque la ley anticorrupción expresamente afirma que la punición de la persona jurídica no excluye la responsabilidad individual de dirigentes y administradores, o de cualquier persona natural autora, coautora o partícipe de los actos ilícitos. Una gran parte de los actos ilícitos previstos en el artículo 5º de la Lay nº 12.846/2013 son conductas penalmente típicas, entonces está claro que la existencia de un programa de cumplimiento eficaz puede reducir los riesgos legales a los cuales están sujetos tanto las personas jurídicas como las personas físicas que las administran. Las relaciones entre compliance y el derecho penal son complejas, pero los programas de cumplimiento parecen ser la clave para decidir sobre responsabilidad.

Formulación de la situación problema

El problema que se identifica es el modelo de legislación anticorrupción que Brasil ha adoptado, al elegir la vía administrativa y civil de responsabilidad por la práctica de actos lesivos a la administración, y la oferta de reducción de la multa administrativa de 1% a 4% de la facturación bruta del último ejercicio anterior a la apertura del proceso administrativo sancionador, para la empresa que posea un programa de cumplimiento eficaz.

La ley antiblanqueo es una ley criminal, la cual, en la parte dedicada a la responsabilidad administrativa (artículo 12) impone deberes de cumplimiento de manera obligatoria, bajo sanciones aplicables a las personas referidas en el artículo 9º, así como también a los administradores de las personas jurídicas que no cumplan con aquellas obligaciones. La jurisprudencia del Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional demuestra que las penalidades de multas elevadas

tanto para las personas jurídicas como para las personas físicas, así como la inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador de esas personas jurídicas son realmente aplicadas.

La ley anticorrupción no fue concebida como una ley criminal porque, según la Exposición de Motivos, el Derecho Penal no ofrece mecanismos eficaces o céleres para punir la sociedades empresarias, muchas veces las reales interesadas o beneficiadas por los actos de corrupción. La justificativa afirma que responsabilidad civil es la que mejor atiende a los objetivos sancionatorios aplicables a las personas jurídicas, a modo de ejemplo el resarcimiento de los perjuicios económicos provocados al erario; y que el proceso administrativo se muestra más célere y eficaz en la represión de desvíos en contratos administrativos y procedimientos licitatorios, con mejor capacidad de proporcionar respuestas rápidas a la sociedad.

Pero , ¿la la condenación de una persona jurídica en un proceso administrativo o civil tiene el mismo efecto de una condena impuesta en un proceso criminal? Aunque la sanción pueda tener las mismas características objetivas – una multa pecuniaria – ¿la carga de reproche no seria mayor en el proceso penal? ¿Existen diferencias, en términos de perjuicios a la reputación de las empresas, si la sanción tiene naturaleza penal?

Por un lado, la falta de obligatoriedad en cuanto a programas o mecanismos simplificados de cumplimiento en la ley anticorrupción – siendo el incentivo para su adopción la reducción de la multa en un máximo de 4% de la facturación bruta del ejercicio anterior a la apertura del proceso administrativo sancionador para un programa altamente eficaz – ¿será incentivo suficiente para motivar a las empresas brasileñas a formular e implementar dichos programas y medidas? Algunas ordenanzas jurídicas llegan a eximir completamente de responsabilidad a la empresa cuando se prueba que el programa existente era eficaz, y que el cohecho ha ocurrido a pesar de ese programa[630] - con la punición únicamente de la persona

[630] Eso ocurre en el Reino Unido, de acuerdo a las disposiciones del UK Bribery Act of 2010. REINO UNIDO. **Bribery Act 2010**. Disponible en:< http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso en: 21.04.2016.

física – administrador o empleado – que, manipulando los controles internos y el propio programa de cumplimiento, ha practicado la conducta ilícita.

El objetivo de este trabajo es demostrar que la Ley 12.846/2013 no irá provocar un incremento en el uso de programas y medidas de cumplimiento por las empresas brasileñas. Para comprobar esta tesis, intentaremos responder a tres preguntas:

a) ¿la amenaza de punición administrativa y civil es suficiente para motivar a las empresas a adoptar programas y medidas de cumplimiento?

b) ¿el resultado mitigador de los programas y medidas simplificadas de cumplimiento de la Ley 12.846/2013 es incentivo suficiente para que las empresas desarrollen estos programas? y

c) ¿como medir la eficacia de un programa o medida simplificada de cumplimiento?

Hipótesis

Nuestra hipótesis consiste en que la sanción administrativa y civil para actos lesivos a la administración pública no infunde un tipo de recelo significativo a las personas jurídicas. Al mismo tiempo, el beneficio ofrecido para la empresa que tiene un programa de cumplimiento eficaz es pequeño para motivar su adopción.

Un programa de esta naturaleza tiene costes, los cuales pueden ser considerables según el porte de la empresa y el ámbito de sus operaciones. Como los recursos de las empresas son limitados, lo más probable es que la decisión de adoptar un programa de cumplimiento, o medidas simplificadas, en especial en tiempos de crisis económica, sea tomada considerándose los riesgos de punición. Dos años después de su entrada en vigor, ¿la ley anticorrupción es una preocupación para la mayoría de las empresas brasileñas?

Una posibilidad es que los programas de cumplimiento anticorrupción sean adoptados por las empresas sólo después de la ocurrencia de fatos lesivos y del inicio de la acción del Estado para investigarlos. Más claramente, en razón de compromisos asumidos en el ámbito de acuerdos de colaboración, o sea, cuando la

empresa esta siendo investigada o cuando haya procesos criminales contra las personas físicas que la administran. La Medida Provisoria 703/2015 altera el artículo 16 de la ley anticorrupción para condicionar el acuerdo de colaboración a la implementación o mejora de mecanismos internos de integridad, auditoría, incentivo a denuncias de irregularidades y a la aplicación eficaz de código de ética y de conducta.[631]

Segundo la medida provisoria, la Fiscalía pasa a integrar el rol de autoridades legitimadas para el acuerdo de colaboración con la empresa, pero de una forma secundaria: la nueva redacción del art. 15 plantea que la comisión designada para la apuración de la responsabilidad de la persona jurídica, después de la apertura del proceso administrativo, dará conocimiento al fiscal de su existencia, para la apuración de eventuales delitos. La alteración del art. 16 de la ley anticorrupción dispone que la União, los Estados y los Municipios podrán firmar el acurdo de forma aislada o en conjunto con la Fiscalía. Sin embargo, hay una omisión relevante en la Ley 12.846/2013, ya que, en la práctica, se sobreponen distintas esferas de responsabilidad, con la actuación de diferentes órganos. La inclusión de la Fiscalía entre las autoridades competentes para firmar el acuerdo de colaboración con las empresas es de fundamental importancia, en razón de su rol de titular de la acción penal pública contra las personas físicas que dirigen o administran las personas jurídicas. La ausencia de la Fiscalía en el acuerdo provoca inseguridad jurídica para la empresa, ya que sus dirigentes pueden ser responsabilizados criminalmente por los factos objetos del acuerdo.

La actuación de este órgano, entonces, podrá ser determinante para la implementación de programas de cumplimiento por las empresas involucradas en la práctica de actos lesivos a la administración pública, cuando el acuerdo con la empresa sea firmado en paralelo con acuerdos de colaboración con los gestores. En este punto, la relación entre coste y beneficio se altera drásticamente, y la

[631] La Medida Provisória 703/2015 está siendo contestada en el ámbito de la acción direta de constitucionalidad 5.466/DF, propuesta por el Partido Popular Socialista (PPS), en razón de inconstitucionalidades formales y materiales. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5.466/DF.** Autor: Partido Popular Socialista. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4920496>. Acesso em: 4 maio 2016.

formulación de un programa de cumplimiento pasa a ser el componente de una estrategia de reducción de daños.

La evaluación de la eficacia del programa de cumplimiento será importante en consecuencia no solo como un factor de disminución de la sanción administrativa[632], sino también como una forma de seguimiento del cumplimiento del acuerdo de colaboración, una especie de *probation* empresarial.

Delimitación temática

La delimitación del tema propuesto es el análisis de la Ley 12.846/2013 como incentivo a la adopción de mecanismos y procedimientos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades y a la aplicación eficaz de códigos de ética y de conducta, o sea, mecanismos o programas de cumplimiento destinados al cumplimiento de las normas anticorrupción.

Siendo los precursores del criminal compliance en Brasil y por haber ya, en el ámbito internacional, un complejo sistema de evaluación de la eficacia del compliance con los estándares antiblanqueo, estas referencias serán utilizados en el análisis de las opciones hechas por la ley y por los normativos anticorrupción.

Los programas y mecanismos de cumplimiento serán analizados en el contexto del capitalismo regulatorio, como una forma de control de la criminalidad empresarial. La razón de la elección de economías liberales por esa forma de intervención en la actividad económica será explicitada.

Examinaremos las formas de punición de las personas jurídicas por la practica de ilícitos penales sin, todavía, profundizar la discusión de todos los problemas y polémicas que involucran la responsabilidad penal de la persona jurídica en los sistemas continentales, porque eso extrapola el objeto del trabajo. Lo

[632] Incluso porque el acuerdo de colaboración tiene un resultado mucho más potente para la reducción de la multa, llegando hasta 2/3, según el §2º del artículo 16 de la ley anticorrupción. BRASIL. **Lei 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 19 fev. 2016.

que nos interesa es el análisis comparativo entre las formas de imputación de las conductas de los agentes a las personas jurídicas (capacidad de acción) y de los mecanismos de atribución de responsabilidad (capacidad de culpa).

No hay duda de que los programas de cumplimiento, cuando bien intencionados, pretenden instaurar una conducta ética y un estándar de integridad en las prácticas de negocios de la empresa. Sin embargo, no trataremos de ética ni haremos el análisis de las cuestiones de gobernanza corporativa en profundidad. Lo que nos interesa son los aspectos jurídicos del compliance.

A pesar de tratar del compliance antiblanqueo y de utilizar referencias de evaluación del compliance anticorrupción, la investigación no abordará el concepto o la evolución histórica de la corrupción y del blanqueo de capitales. El enfoque parte de la constatación de la existencia de estos dos tipos de compliance, para pasar directamente al análisis de la capacidad de la ley anticorrupción brasileña estimular la adopción de medidas de cumplimiento, así como a las formas de medir su eficacia, para la obtención de los beneficios prometidos por la ley.

Referencial teórico y desarrollo

Blanqueo de capitales es, para nosotros, el proceso destinado a ocultar o disimular el origen criminoso del producto o de los provechos del delito, realizado con el objetivo de posibilitar su uso, incluyendo toda y cualquier conducta considerada penalmente típica según el artículo 1º de la Ley nº 9.613/1998.

El concepto de corrupción utilizado en el texto posee sentido amplio, significando las conductas así referidas en las convenciones internacionales relevantes en vigor en Brasil, o sea, no solamente las descriptas en los artículos 317, 333, 337-B y 337-C del Código Penal, pero también las referidas en los artículos 15 a 22 de la Convención de Las Naciones Unidas contra la Corrupción; en el artículo VI a IX de la Convención Interamericana de Combate a la Corrupción de la Organización para los Estados Americanos y el artículo 1º de la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el ámbito de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económicos, tengan o no tengan correspondencia con conductas previstas en la legislación brasileña.

El examen del compliance será hecho en el contexto de las medidas de control de la criminalidad económica y empresarial, en especial, dentro de la idea de autorregulación regulada, desarrollada, en buena medida, por John Braithwaite.[633]

Para estudiar las relaciones entre el delito y su punición, así como para examinar la capacidad de la ley anticorrupción a fin de motivar a las empresas en la adopción de los programas y medidas de cumplimiento, serán utilizadas nociones del análisis económico del derecho, desde las primeras ideas encontradas en los trabajos de Montesquieu[634], Beccaria[635] y Bentham[636], hasta los enfoques más actuales, como los de Gary Becker[637], Susan Rose-Ackerman[638], Robert Klitgaard[639], Richard E. Posner[640], Polinsky y Shavell[641].

En cuanto a su estructura, el trabajo está compuesto por cuatro capítulos. El primero tratará de las opciones regulatorias a disposición del legislador, para la punición de las personas jurídicas – las esferas administrativa, civil y penal – y de las modalidades de culpa – subjetiva y objetiva. Se analizarán aún los criterios de atribución de los actos de las personas físicas a las empresas. El segundo capítulo examinará el escenario en el que se se situa el compliance en general, y, en especial, el compliance criminal. El tercer capítulo tratará de las opciones hechas por el legislador brasileño con la Ley nº 12.846/2013, analizando su capacidad de

---

633 BRAITHWAITE, John. Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1466–1507, 198/1982; BRAITHWAITE, John. **Regulatory capitalism:** how it works, ideas for making it better. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

634 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de. **Esprit des lois.** Paris: Paul Janet, 2008.

635 BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene.** Milano: Arnoldo Mondadori, 1991.

636 BENTHAM, Jeremy. **Principles of legislation:** of the limits of the penal branch of jurisprudence. (The Collected Works of Jeremy Bentham). Oxford: Oxford University Press, 2010 e BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** Introduction by H. L. A. Hart. New York: Oxford University Press, 1970.

637 BECKER, Gary. **Crime and punishment:** an economic approach. Chicago: National Bureau of Economic Research, 1974.

638 ROSE-ACKERMANN, Susan. **Corruption and government:** causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

639 KLITGAARD, Robert. **Controling corruption.** Berkeley: University of California Press, 1988.

640 POSNER, Richard. E. **Economic analysis of law.** New York: Wolters Kluwer, 2014.

641 POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **Journal of Economic Literature**, v. 38, v. 1, p. 45-76, March 2000.

motivar las empresas brasileñas a adoptar programas y mecanismos simplificados de cumplimiento. El cuarto y último capítulo procurará relacionar los principales elementos de un programa de cumplimiento, sugiriendo estándares para la evaluación de su eficacia.

Fuentes y método

Para cumplir con estos objetivos, utilizaremos fuentes nacionales y de derecho comparado. La ley, la doctrina y la jurisprudencia extranjeras sirven como término de comparación con las opciones hechas por el legislador brasileño. El examen del derecho extranjero, además, es útil en tema de compliance anticorrupción porque la ley brasileña fue elaborada, en buena medida, para el cumplimiento de obligaciones asumidas con la firma de convenciones internacionales. El Informe de la Fase 3 de la Implementación de la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, fornece una primera evaluación internacional de la legislación anticorrupción brasileña, y, por eso, será una fuente consultada.

Las cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) y la Metodología[642] para la evaluación del compliance de los países con esos estándares internacionales fornecerán parámetros de un sistema altamente complejo de evaluación utilizado en escala internacional.

Además, mucho del compliance anticorrupción sufre la influencia de la legislación norteamericana y de las prácticas del Departamento de Justiça de los Estados Unidos [643] . Por eso, el examen de los DPAs (deferred prosecution agreements) y NPAs (non-prosecution agreements) será útil para demostrar la

[642] METHODOLOGY: for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, 2013, p. 14. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2016.

[643] Estas informaciones pueden ser encontradas en la pagina del Deparment of Justice de los Estados Unidos, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso en: 02.05.2016.

importancia de la implementación de los programas de compliance en el ámbito de estos acuerdos, así como la utilización de monitores de compliance, en la evaluación de su cumplimiento. El Bribery Act de 2010, la ley anticorrupción inglesa, así como el primer acuerdo de no enjuiciamiento firmado en el Reino Unido será igualmente consultado.

La doctrina y la legislación extranjeras podrán sugerir parámetros y buenas prácticas útiles para la aplicación en Brasil. El examen del derecho extranjero es hecho con el cuidado de percibir las diferencias y semejanzas, intentando identificar las zonas de compatibilidad con la legislación nacional.

Sin embargo, la base normativa para la investigación es el sistema jurídico brasileño. Los primeros acuerdos de colaboración firmados bajo la Ley nº 12.846/2013 pueden indicar la importancia dada al compliance, por los operadores jurídicos brasileños. Los acuerdos firmados en el ámbito de la Fiscalía Federal (MPF) que son públicos serán examinados. Hasta en encerramiento de la investigación (9.05.2016) no había ninguno acuerdo de colaboración firmado por la Controladoria-Geral da União (CGU) con una empresa bajo la Ley 12.846/2013, lo que impide el análisis de la importancia que este órgano da a los programas de cumplimiento. También no se tuvo noticia, en la misma data, en cuanto a la conclusión de cualquiera de los procesos administrativos de responsabilidad, para verificar los parámetros de medición de la eficacia del compliance, en la dosimetría de las multas administrativas.

Las normas del Banco Central do Brasil (BACEN), de la Comissão de Valores Mobiliários (CVM), de la Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), y del Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) sirven de parámetro para la explicitar la forma de exigencia del compliance antiblanqueo por parte de las autoridades regulatorias nacionales.

Precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Tribunal Supremo de España sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la forma de imputación, a ella, de los actos de las personas físicas, serán examinadas. La jurisprudencia brasileña sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos

previstos en la Ley nº 9.605/1998 (ley de delitos ambientales) sirve para el examen de la punición de las empresas en la esfera criminal, por el derecho brasileño, así como las posibilidades de extensión de esa forma de responsabilidad en otros delitos.

En relación al método, en el primero y segundo capítulo utilizaremos el derecho comparado. En el caso del primer capítulo, la intención es verificar las diferentes respuestas ante un problema análogo – la responsabilidad de las personas jurídicas por actos ilícitos cometidos por sus agentes – identificando semejanzas y diferencias de tratamiento. Ese método es útil principalmente cuando el antecedente es una norma extranjera, este es el caso de la legislación brasileña. Ya en el segundo capítulo, el recurso al derecho comparado podrá ayudar a establecer el sentido y los efectos que los ordenamientos jurídicos dan al compliance, para que se identifiquen los equivalentes funcionales que puedan ser útiles en la interpretación de la legislación brasileña.[644]

En el tercer capítulo, el método será de crítica a la solución normativa vigente (investigación *de lege ferenda*), buscando identificar los problemas de racionalidad pragmática (incapacidad de motivar la conducta de los destinatarios) y de racionalidad teleológica (incumplimiento de los fines que se proponía a cumplir), con base en el análisis económico.[645] El análisis económico, a pesar de sus limitaciones, puede ser útil para examinar las opciones de las empresas frente a un cuadro natural de escasez de recursos – ¿la formulación y adopción de mecanismos o programas de cumplimiento podrá maximizar sus objetivos? Como los agentes económicos responden a los incentivos de la ley?[646]

Para intentar responder a esa pregunta, será necesario cuantificar los incentivos; así, formularemos ejemplos hipotéticos, analizando el calculo de la multa de cinco empresas ficticias, con diferentes perfiles en relación a la corrupción y al compromiso con su prevención. Para todas las empresas fijaremos la misma

[644] COURTIS, Christian. El juego de los juristas. In: COURTIS, Christian (Org.). **Observar la ley:** ensaios sobre metodologia de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006, p. 138-139.
[645] Ibid., p. 125-126 e p. 151.
[646] TREBILCOCK, Michael. The Lessons and Limits of Law and Economics. **Monash University Law Review**, v. 23, n. 1, p. 123-158, 1997, p. 127.

facturación bruta, de forma que el punto de partida para el cálculo de la multa sea el mismo, y así, se pueda aislar los efectos del compliance, verificando las consecuencias de su inexistencia o de la existencia de un programa de cumplimiento con diferentes niveles de eficacia. Esta simulación permitirá cuantificar la ventaja que un programa podrá traer, de acuerdo a la ley, en la reducción de la multa administrativa.

En el cuarto capítulo, la pretensión es la de ordenar, dar unidad y coherencia a un programa de cumplimiento y a los mecanismos de evaluación de su eficacia[647], con recurso, una vez más, a las soluciones encontradas en la experiencia internacional. Así, reorganizaremos los elementos fornecidos en la legislación brasileña, completándolos, cuando necesario, con los elementos sugeridos por guías y manuales de otras legislaciones anticorrupción, para una primera formulación de un método de evaluación de eficacia del compliance anticorrupción.

Caso se confirme la hipótesis anteriormente delineada, la investigación intentará identificar los problemas principales que determinan la incapacidad de la ley para incentivar las empresas a la adopción de mecanismos y programas de cumplimiento. La forma de solucionar estos problemas, sin embargo, no será desarrollada en el trabajo, porque estaría allá de los objetivos fijados para la investigación, la cual se propone a analizar, apenas, la capacidad de la ley en alcanzar (o no) estos objetivos.

De la codirección de la tesis con la Universidad de Salamanca, en el marco del Programa de Dobles Titulaciones

La investigación que ora se presenta fue desarrollada en codirección con la Universidad de Salamanca (USAL). Al final del primero año del programa de doctorado de la Pós-graduação em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012), después de finalizadas las disciplinas, he participado, en enero de 2013, del “Curso de Especialización en Derecho – Crímen Organizado, Corrupción y Terrorismo” en la Universidad de Salamanca, en España. En esta estancia, además

[647] COURTIS, 2006, p. 114.

de la obtención del título de especialista, pude conocer la importancia de los estudios y de las publicaciones sobre la corrupción, en el ámbito de la Facultad de Derecho de aquella Universidad, en el Campus de Excelencia Internacional “Studii Salamantini” y, en especial, del Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Gobernanza Global”. Surge, entonces, la oportunidad de ingresar también en ese programa de doctorado, lo que ha ocurrido durante el año de 2013. A partir de entonces, me dediqué a que ambas universidades se pusieran de acuerdo y firmaran convenios para la realización de teses de doctorado en régimen de codirección con dobles titulaciones, lo que se ha logrado al final del año de 2013. El programa beneficia ahora estudiantes de ambas universidades, en el marco de los cursos de Derecho, Economía y Politología.

El acuerdo de codirección específico firmado para mi tesis doctoral ha establecido la obligación de elaboración de una investigación en ambas universidades, con la redacción de una tesis en portugués, bajo la dirección conjunta del Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo, por la UFRGS, y de los profesores Drs. Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Caparrós, por la USAL. Durante los tres años de duración del programa español, desarrollé investigaciones en la Biblioteca Francisco de Vitoria (USAL) y en el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, para el cumplimiento del requisito de investigación presencial de doce semanas en la Universidad de Salamanca. He participado, también, en eventos de la Facultad de Derecho, y utilicé los períodos en Salamanca para discutir el andamiento de la investigación con los directores españoles.

No se ha hecho la exigencia que el trabajo se dedicara a una comparación entre las realidades brasileña y española; al contrario, y en razón del tema elegido para la investigación, un enfoque más amplio, en términos de derecho comparado, ha parecido más adecuado. Así, la bibliografía encontrada en la Biblioteca Francisco de Vitoria (no apenas de autores españoles) está reflejada en el texto. La principal contribución de la codirección y del programa de doble titulación ha sido justamente la de posibilitar la amplitud de la investigación, así como el acceso a una extensa bibliografía.

ANEXO B – TRADUÇÃO PARA O ESPANHOL DA CONCLUSÃO

CONCLUSIÓN

La propuesta de la investigación ha sido la de verificar la capacidad de la Ley nº 12.846/2013 para motivar a las empresas brasileñas a adoptar programas y mecanismos simplificados decumplimiento.

Al firmar convenciones internacionales anticorrupción, Brasil se ha obligado a incluir las empresas en la tarea de prevención de los delitos de corrupción, por medio de la creación de códigos de conducta, de la promoción de buenas prácticas comerciales, de controles de contabilidad internos, así como el desarrollo de programas o medidas simplificadas de cumplimiento.

Compliance significa cumplir, estar de acuerdo con leyes y reglamentos estatales. La exigencia de la adopción del compliance con normas penales (el criminal compliance) fue introducida en el país por la Ley nº 9.613/1998, la que criminaliza el blanqueo de capitales. En razón de esta ley, las personas físicas y jurídicas obligadas a los deberes de identificación de los clientes y manutención de ficheros, registros de transacciones y comunicación de operaciones sospechosas a la unidad de inteligencia financiera deben, a partir de las modificaciones introducidas en 2012, adoptar políticas, procedimientos y controles internos compatibles con su porte y volumen de operaciones, de manera que permitan el cumplimiento con las obligaciones de compliance.

En 2013 fue editada la Ley nº 12.846, para punir administrativa y civilmente a las personas jurídicas por la práctica de actos lesivos contra la administración pública nacional o extranjera. Por medio de esta normas, Brasil cumple las obligaciones asumidas con la firma de las convenciones internacionales anticorrupción, las cuales exigen una punición de las personas jurídicas, sea en el ámbito criminal, civil o administrativo, siempre que las sanciones sean eficaces, proporcionales y disuasivas.

La ley anticorrupción brasileña, en línea con sus congéneres internacionales, dispone que la exigencia de mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoria y incentivo a denuncia de irregularidades; y la aplicación eficaz de códigos de ética y de conducta será considerada en el momento de aplicación de las sanciones.

Sin embargo, en cuanto el compliance antiblanqueo es obligatorio, el compliance anticorrupción es facultativo, apenas incentivado por la ley con la oferta de disminución de la pena de multa. La falta de cumplimiento con las normas antiblanqueo puede provocar la imposición de sanciones administrativas tanto para la empresa como para las personas físicas. La falta de compliance anticorrupción no genera, en principio, ningún perjuicio para la empresa. En este escenario, la investigación ha procurado verificar si la amenaza de sanciones civiles y administrativas por la práctica de actos lesivos a la administración pública, así como el incentivo ofrecido (reducción de la pena de multa administrativa), serían capaces de motivar a las empresas brasileñas a adoptar programas de cumplimiento.

La tesis formulada inicialmente fue la de que tanto la forma elegida por la Ley nº 12.846/2013 (punición administrativa y civil) como la ventaja ofrecida (reducción de, como máximo, el 4% sobre la facturación bruta de la empresa, como una entre nueve circunstancias que afectan la dosimetría de la multa) no serán capaces de alcanzar estos objetivos. La capacidad de la ley para motivar a las empresas en la formulación e implementación de esos programas es importante, porque ellos son considerados una forma de controlar la criminalidad empresarial.

Los mecanismos de cumplimiento pasarán a tener más importancia en Brasil después de las modificaciones legislativas ocurridas en 2012 (alteración de la ley de blanqueo de capitales) y 2013 (publicación de la ley anticorrupción), porque 1) hubo un crecimiento en el numero de sujetos obligados a los deberes de cumplimiento con las normas antiblanqueo, con la obligación de adoptar políticas, procedimientos y controles internos compatibles con el volumen de sus operaciones; 2) la ley anticorrupción, que pune a las personas por la práctica de actos lesivos, lo hace por medio de la responsabilidad objetiva; y 3) la comprobación de la eficacia de

programas o mecanismos de cumplimiento, la cual puede mitigar aquellas sanciones.

La evaluación de la eficacia del compliance es, sin embargo, una tarea compleja, para la cual no necesariamente estarán capacitados todos aquellos legitimados a la imposición de las sanciones. Aunque la ley no haya previsto que el cumplimiento tenga efectos en la punición civil, es posible que su eficacia se vuelva materia de defensa, así como en la esfera penal, cuando de la punición de las personas físicas, agentes de las conductas. Además de los gestores públicos, jueces y fiscales podrán tener que analizar documentos de la empresa, relativos a las prácticas de compliance.

La pregunta que la investigación ha intentado responder, entonces, es si la Ley nº 12.846/2013 va a provocar un incremento en el uso de los programas y medidas de cumplimiento por las empresas brasileñas. Esta pregunta fue desplegada en tres otras preguntas:

a) ¿la amenaza de punición administrativa y civil es suficiente para motivar a las empresas a adoptar programas y medidas de complimiento?

b) ¿el efecto mitigador de los programas y medidas simplificadas de cumplimiento bajo la Ley nº 12.846/2013 configura un incentivo suficiente para que las empresas desarrollen esos programas y medidas? y

c) ¿como medir la eficacia de un programa o de los mecanismos simplificados de cumplimiento?

Para cumplir con esta tarea, el primer capítulo ha tratado de las opciones regulatorias a disposición del legislador, para la punición de las personas jurídicas, así como las modalidades de culpa y la forma de atribución de los actos de las personas físicas a las empresas.

Las convenciones internacionales normalmente dejan a criterio de los Estados la elección del régimen más adecuado, según sus sistemas jurídicos para punir a las personas jurídicas por actos de corrupción practicados por sus órganos o agentes. La opción por el derecho penal supone la dificultad de reconocer la capacidad de

acción y la capacidad de culpa a las personas jurídicas, porque los criterios dogmáticos que son tradicionalmente utilizados han sido pensados para las personas naturales.

El movimiento para el reconocimiento de la capacidad penal de las personas jurídicas fue inverso en los sistemas del common law y del civil law. Hasta el siglo XIX Inglaterra y los Estados Unidos consideraban que las empresas no tenían capacidad de acción y conciencia. Desde la Edad Media, el derecho alemán reconocía la capacidad penal de las corporaciones. Entre la mitad del siglo XIX hasta el inicio del siglo XX, hubo una troca de posiciones. Lentamente, han surgido decisiones judiciales que pasaron a punir criminalmente a las empresas por delitos regulatorios en los sistemas de la common law, hasta que esta posibilidad fue consagrada para cualquier tipo de delito. En Alemania, hasta el inicio del siglo XX se admitía la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, principalmente por medio de las contribuciones de Otto von Gierke, en el derecho de las corporaciones, y de Franz von Liszt, en el derecho penal. Posteriormente, sin embargo, las empresas alemanas pasaron a ser punidas por medio de multas administrativas. Italia también pune a las empresas por medio del derecho administrativo sancionador.

A partir de la mitad del siglo XX, la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta siendo traída de vuelta a la tradición del civil law, con diversos países introduciendo legislaciones en este sentido. La negativa de la capacidad de ser sujeto en derecho penal esta normalmente ligada a una visión de persona jurídica como ficción legal. Sin embargo, como las personas jurídicas son una creación del derecho, será también el derecho que irá reconocer derechos y atribuir deberes a las personas jurídicas (así como hace para las personas físicas).

En derecho comparado, hay diferentes formas de atribuir una conducta delictiva a las personas jurídicas. Cuando el delito es practicado desde la empresa, son dos las formas para fundamentar su punición: la autorresponsabilidad (culpabilidad por acto propio) y la hetero responsabilidad (culpabilidad por acto de tercero). La teoría inglesa de la identificación (Alter Ego Theory) atribuye a la empresa la intención y el conocimiento de un órgano que pueda ser clasificado como

la mente y la voluntad directivas (*managerial mens rea*). En los Estados Unidos, la conducta delictiva de agentes o empleados se atribuye a la empresa por medio de la responsabilidad vicarial. El modelo sugerido por Klaus Tiedemann, en Alemania, es el de la culpa por la organización deficiente de la empresa, que fracasa en adoptar medidas para evitar la ocurrencia de delitos. Este modelo fue adoptado tanto en Alemania como en Italia, en la esfera del derecho administrativo.

En cuanto a los regímenes de responsabilidad, el comportamiento desviante de las personas jurídicas puede ser regulado en el ámbito privado (civil) o en el ámbito público (civil-público, administrativo y penal). Los regímenes públicos son los más utilizados. Además de los diferentes regímenes regulatorios, los legisladores pueden condicionar (o no) la responsabilidad empresarial a la apuración de la culpabilidad. El derecho brasileño atribuye la responsabilidad penal de manera subjetiva, mediante la apuración de culpa o dolo, y admite hipótesis de responsabilidad objetiva (sin culpabilidad) en el ámbito administrativo (infracciones contra el orden económico y actos lesivos a la administración pública) y civil (responsabilidad civil por danos ambientales y por danos causados a los consumidores).

El segundo capítulo ha examinado el contexto en el que se encuentra el compliance en general, y el criminal compliance, en especial. Más que simplemente simplemente remitir a la idea de cumplimiento normativo, el compliance tiene importancia en diversos países porque abarca el conjunto de medidas que las empresas adoptan, para que las reglas vigentes para ellas y para sus empleados sean cumplidas, que las infracciones se descubran y sean punidas. Compliance, entonces, no es solamente prevención de riesgos, mas también reacción a las violaciones de las normas de conducta de la empresa y de las normas legales.

El compliance se diferencia de acuerdo con la rama del derecho o problema especifico al cual se relaciona. El compliance criminal es volcado a la prevención de delitos – ha surgido, básicamente, en el ambiente regulado en cuanto a la prevención del blanqueo de capitales, y alcanza un protagonismo creciente en el campo de las medidas de prevención a la corrupción. Sin embargo, se manifesta en diferentes contextos: está relacionado a la prevención de los siempre crecientes

riesgos en la sociedad de riesgos; es la expresión de la gobernanza regulatoria de los Estados en el capitalismo regulatorio, así como uno de los pilares de la gobernanza corporativa empresarial; y, finalmente, una estrategia estatal en el control de la criminalidad empresarial.

La legislación anticorrupción norteamericana y la forma como viene siendo aplicada, desde los Estados Unidos, influencia grandemente el desarrollo del compliance anticorrupción en otros sistemas jurídicos. En los Estados Unidos, el análisis económico de derecho es una corriente muy importante en el pensamiento jurídico, lo que sugiere que la racionalidad económica esté por detrás de las exigencias del compliance.

Las raíces de la aplicación del pensamiento económico al derecho están en los estudios de Montesquieu, Beccaria y Bentham. Para Montesquieu, la causa de la debilidad del sistema de justicia criminal estaba ligada a la impunidad de los delitos, y no a la moderación de las penas. Beccaria, en la misma línea, afirmaba que la certeza de un castigo sería siempre más fuerte que el temor de otro, más terrible, pero asociado a la esperanza de impunidad. Bentham, con base en el principio de la utilidad, defendía que el derecho tenía dos instrumentos para promover la felicidad de la comunidad: la prohibición de las acciones que pudieran traer daños y el incentivo de aquellas que producirían ventajas. Bentham ha formulado reglas de proporción entre los delitos y su punición, de modo a que la punición fuera superior a la ganancia esperada del delito, con el menor coste posible para la sociedad. Gary Becker, a partir de esa idea, ha desarrollado una versión más formal del modelo económico de prevención de la criminalidad, con base en la teoría de la elección racional.

Otro enfoque para la aplicación de la ley penal y su uso en el ambiente regulatorio es desarrollada por John Braithwaite, entre otros, y consiste en métodos de negociación y persuasión a la cooperación, por parte de los regulados. Con base en la idea de la regulación responsiva, las estrategias de actuación son ordenadas en una escala creciente de gravedad e intervención. En la base de la pirámide están el dialogo y las advertencias. A medida en que esas primeras acciones fallan, se adoptan enfoques más punitivos. El regulador adopta las alternativas con la empresa

recalcitrante en una escala progresiva, iniciando con la persuasión; pasando a una carta de advertencia; seguida de penalidades civiles, y, caso no sean suficientes, criminales; hasta que se llegue, en casos extremos, a la pena capital de la punición empresarial: la revocación permanente de la licencia de operación.

Ese tipo de estrategia el crecimiento de sanciones es utilizado para la promoción del cumplimiento con los estándares internacionales antiblanqueo de capitales, por el GAFI. Por medio de la presión de los pares (peer pressure) y de la evaluación por los pares (peer review), además de la técnica de exponer y avergonzar (naming and shaming) ese grupo de trabajo consigue provocar una adhesión cada vez más grande de los países a las 40 Recomendaciones. En realidad, el GAFI ejerce presiones políticas para que los países implementen las normas de las convenciones internacionales de las Naciones Unidas, además de las Resoluciones del Consejo de Seguridad (a los cuales ellos ya están, todavía, jurídicamente obligados, en razón de la firma a las convenciones y al sistema de la ONU). En este trabajo son detalladas varias medidas de cumplimiento que serán, posteriormente, trasferidas a los sectores obligados de los países, siendo ese cumplimento exigidos de los regulados.

El compliance anticorrupción, a su vez, pasa a las empresas parte de la tarea de prevención, descubrimiento y investigación de los delitos, así como la adopción de medidas correctivas. En razón del trabajo en red de las organizaciones internacionales con actores públicos y privados (empresas multinacionales), por medio de herramientas de hard law, soft law y de la autorregulación empresarial, se promueve la privatización del combate a la corrupción. La entrega de los resultados de las investigaciones internas para las autoridades es estimulada por las legislaciones, bajo la promesa de una reducción o remisión de las sanciones aplicadas a las empresas. La obligación de implementar o perfeccionar programas de cumplimiento anticorrupción es clausula frecuente en los acuerdos de no enjuiciamiento y de suspensión del proceso penal firmados en los Estados Unidos (NPAs y DPAs), empezando ya a ser prevista en los acuerdos de cooperación firmados en Brasil, bajo la Ley n 12.846/2013.

A partir de la elección del marco del análisis económico del derecho, el tercer capítulo se ha dedicado a responder a las dos primeras preguntas formuladas en la situación problema, o sea, si la amenaza de punición administrativa y civil es suficiente para motivar las empresas a adoptar programas y medidas de cumplimiento, y si el efecto mitigador de los programas y mecanismos simplificados de cumplimiento bajo la Ley nº 12.846/2013 configura incentivo suficiente para que las empresas brasileñas desarrollen esos programas. La formulación de esas preguntas atiende al esquema básico propuesto por Bentham para explicar la acción del derecho al regular comportamientos: la prohibición (bajo sanción) de los comportamientos que pueden traer inconvenientes a la sociedad, y la promoción, por medio de incentivos, de aquellos comportamientos que traen ventajas a los hombres.

En primer lugar, se ha enfrentado la cuestión sobre el régimen de responsabilidad elegido por el legislador brasileño, para saber si las esferas civil y administrativa de punición pueden ser tan efectivas cuanto la esfera penal, para enfrentar la criminalidad empresarial. Se ha concluido que el derecho civil es más adecuado para la indemnización o resarcimiento por daños causados, siendo el derecho administrativo y el derecho penal los únicos destinados a la protección normativa de bienes jurídicos. Entre el derecho administrativo y el derecho penal, sin embargo, la pena criminal es una solución más eficaz que la multa administrativa, en términos de prevención general. Imponer sanciones administrativas para la práctica de delitos es inconsistente y contraproducente. Además de eso, la estigmatización que supone la condena criminal de una empresa refleja más adecuadamente el papel social que las corporaciones desempeñan: la responsabilidad penal es un indicativo de la posición que los sujetos ocupan en la sociedad.

El ordenamiento jurídico brasileño admite la responsabilidad criminal de la persona jurídica. La Constitución de la República prevé expresamente esa forma de punición para la práctica de delitos contra el medio ambiente, y, de manera no tan clara, para los actos practicados contra el orden económico y financiero, y contra la economía popular. En nuestra opinión, cuando haya dignidad penal del bien jurídico tutelado por la norma, como es el caso de la administración pública, el legislador

podrá editar ley que puniera criminalmente las empresas por actos de corrupción practicados por su intermedio o en su beneficio.

La opción por la esfera administrativa y civil implica algunos problemas. Uno de los principales es la multiplicación de autoridades legitimadas para la apertura y juicio de los procesos administrativos de punición, lo que abre la posibilidad de diferentes reglamentos para la ley, creando un espacio para arbitrariedades (crecimiento de la corrupción activa, de la extorsión y de actos improbidad administrativa). Otro problema está ligado a la eficacia de la ley, porque, al contrario de lo que supone la exposición de motivos, la esfera administrativa no es más rápida que la judicial, en la medida en que todas las decisiones administrativas están bajo al control judicial. Las multas administrativas pueden llegar a valores muy altos, y las sanciones civiles tienen potencial disuasivo. Al conjunto de sanciones previsto por la ley es necesario sumarle el elemento de la responsabilidad objetiva (sin culpabilidad). sin embargo, estas sanciones serán eficaces solamente en la medida en que sean efectivamente impuestas y ejecutadas.

Las empresas (las destinatarias de la ley) pueden ser fácilmente caracterizadas como agentes racionales económicos que determinan su comportamiento de acuerdo al análisis de los costes y de los beneficios, en la búsqueda de lucros. La premisa de racionalidad en la teoría de la elección racional implica que la personas responden a incentivos – en ese aspecto, la ley anticorrupción podrá, o no, traer los incentivos para orientar el comportamiento empresarial en sus relaciones con el poder público. El modelo desarrollado por Polinsky y Shavell afirma que un agente neutro en relación al riesgo de sanciones cometerá un delito si la utilidad esperada con la conducta ilícita – teniendo en cuenta las ganancias y la posibilidad de ser descubierto y punido – es más grande que su utilidad, en caso de no cometer el delito.

En esta formula, el problema está, para la realidad brasileña, en la variable que determina la probabilidad de punición. El ciclo de descubrimiento de la infracción administrativa – apertura de los procesos administrativo y judicial – decisión condenatoria – cobro de la multa y publicación de las condena – contestación judicial de las sanciones – decisión final, teniendo en cuenta el sistema procesal brasileño y

las altas tasas de congestionamiento de la Justicia demuestran que la probabilidad de ser descubierto y punido, en Brasil, por delitos de corrupción, así como que las penas sean efectivamente ejecutadas, es bastante baja. Estudio realizado a partir de demisiones de funcionarios públicos por corrupción ha demostrado que el sistema judicial brasileño es altamente ineficaz: la eficacia del sistema criminal es de 3%, y la del sistema civil, de 2%. En esta óptica, la utilidad esperada de la conducta ilícita es muy superior a la utilidad caso la empresa no practique el delito.

Si no hay una amenaza creíble, tanto de empresa corruptora como aquella que cumple la ley, pero está sujeta a una ocurrencia de violación de normas por un empleado, no están bajo una amenaza de punición suficiente, para motivar la adopción de programas o medidas simplificadas de cumplimiento. La respuesta a la primera pregunta formulada en la investigación, si la amenaza de punición administrativa y civil es suficiente para motivar a las empresas a adoptar programas y medidas de compliance, es negativa.

Para responder a la segunda pregunta, relativa al efecto mitigador del compliance, formulamos un ejemplo hipotético, analizando la dosimetría de la multa de cinco diferentes empresas, bajo la reglamentación federal (Decreto nº 8.420/2015). El cumplimiento tuvo, en los ejemplos, un valor más grande que solamente la reducción hasta 4% de la facturación bruta en el cálculo de la multa, porque la seriedad del programa y el compromiso de la administración van a influir en otros agravantes y atenuantes, como la continuidad de los actos lesivos en el tiempo, la tolerancia del cuerpo gerencial, la reincidencia, la comunicación espontánea y la colaboración con las autoridades, además del resarcimiento del daño. Después del cálculo de la multa, verificamos el valor que esta alcanza cuando la empresa firma un acuerdo de cooperación (en la versión original del artículo 16 de la ley anticorrupción).

El análisis ha demostrado que, considerados los valores máximos de influencia positiva del compliance (tanto en los agravantes como en los atenuantes) la multa de una empresa que poseía un programa altamente eficaz fue solamente 5% menor que a de una empresa altamente corruptora y que no adoptara cualquier mecanismo de cumplimiento, para los mismos valores de facturación bruta,

contratos mantenidos con la administración y ventaja obtenida. Considerando la inversión anual en cumplimiento en R$ 1.000.000,00, la diferencia entre el coste de la empresa limpia (multa + compliance) en relación a la empresa corruptora cae para 3%, porque la segunda no ha tenido costes con el compliance. Caso ambas hagan un acuerdo de colaboración, la diferencia entre el coste de la empresa ética (considerando el valor de la multa sumado a la inversión en compliance) y el de la empresa corruptora es prácticamente igual a cero. Eso permite concluir que un agente racional no haría una inversión en compliance, si la motivación para eso fuera solamente obtener los beneficios conferidos por la ley anticorrupción. El valor de esa inversión podría ser aplicado en la propia empresa o en el mercado financiero, durante el tiempo necesario para el acto lesivo ser descubierto y punido. En la hipótesis que eso ocurra, la empresa podría intentar negociar un acuerdo de colaboración.

Otra comparación entre las empresas que adoptam medidas de compliance ha demostrado que, cuanto más grande sea la relación con la administración pública, más importante será la búsqueda de la eficacia del programa o de las medidas de cumplimiento (incluso para reducir la posibilidad que actos lesivos ocurran, trayendo, con ellos, el riesgo de responsabilidad).

La última comparación entre la situación de dos empresas que no tienen compliance – una, que tiene la casi totalidad de su facturación con contratos públicos y otra, que no tiene cualquier contrato con la administración – confirma que la intensidad de la punición está directamente relacionada al grado de relacionamiento con la administración pública, y al valor de la ventaja obtenida.

Las simulaciones de calculo de las multas de cinco empresas ficticias en la ley anticorrupción, de acuerdo a la reglamentación del Decreto nº 8.420/2015 ha permitido concluir que el efecto mitigador de los programas y mecanismos de cumplimiento (cuyo efecto solamente alcanza las sanciones administrativas) no configura incentivo suficiente para que las empresas adopten el compliance. La respuesta a la segunda pregunta formulada en la investigación, si el efecto mitigador de los programas y medidas simplificadas de compliance en la Lei 12.846/2013

configura incentivo suficiente para que las empresas desarrollen estos programas y medidas es igualmente negativa.

El cuarto y último capítulo ha estudiado los elementos de un programa de cumplimiento, incluyendo una política anticorrupción, forneciendo parámetros para la evaluación de su eficacia, para responder a la tercera pregunta formulada: ¿como medir la eficacia de los programas y mecanismos simplificados de compliance?

Después de analizar diferentes parámetros de apuración de la eficacia, hemos sugerido una propuesta de evaluación bajo dos criterios: la presencia de los elementos estructurales y la apuración de la eficacia de su funcionamiento. Ese análisis deberá tener en cuenta los riesgos y el contexto de la empresa, para verificar la adecuación de las medidas adoptadas. La evaluación de la eficacia debe ser un juicio sobre si, y en que medida, los objetivos del compliance están siendo alcanzados: los riesgos adecuadamente evaluados; las infracciones legales y violaciones al programa descubiertas e investigadas; medidas correctivas adoptadas, incluyendo el resarcimiento del daño causado; la comunicación espontánea y cooperación con las autoridades; el perfeccionamiento del programa, con énfasis en los valores y en el compromiso ético de la empresa.

La exigencia de perfección, además de inalcanzable, en nada contribuye para estimular un ambiente corporativo ético y comprometido con el cumplimiento normativo. Importante será, en el caso concreto, evaluar la importancia de las deficiencias del compliance en el contexto de la empresa: una solamente puede ser suficientemente importante para justificar la conclusión de ineficacia (como es el caso de la práctica de los actos lesivos por parte de la dirección de la empresa), así como la ocurrencia de un acto lesivo concreto no necesariamente lleva a la misma conclusión (si el acto fue aislado, cometido por un empleado que ha manipulado las reglas de cumplimiento para cometer la infracción).

Cuando la evaluación de la eficacia del compliance sea necesaria para verificar el cumplimiento de un acuerdo de colaboración firmado, en especial en el caso de grandes grupos empresariales con actuación internacional, la utilización de un monitor de compliance podrá ser una estrategia útil.

La conclusión de la investigación es que la Ley nº 12.846/2013, tal como está formulada y por sí sola, no provocará un aumento en el uso de programas y medidas de cumplimiento por las empresas brasileñas.

La forma de promover la adopción del compliance anticorrupción pasa por el aumento de la probabilidad de punición (una amenaza creíble de sanción que sea aplicada en menos tiempo y con más certeza, reduciendo la impunidad) y por el aumento de los beneficios ofrecidos (influencia del compliance en la esfera de responsabilidad civil, con posibilidad eventual de la empresa no ser procesada o punida, caso haya adoptado medidas razonables para evitar el ilícito, además de tener adoptado acciones correctivas y colaborado, espontáneamente, con las autoridades públicas).

Si Brasil no fuese capaz de aumentar la probabilidad de que los actos lesivos sean descubiertos, investigados y punidos, y, al mismo tiempo, se ampliasen los beneficios concedidos a las empresas que tuviesen un compliance realmente eficaz, sería más lucrativo, en términos de costes y beneficios, apostar en la ineficiencia del sistema y no implementar un programa de compliance.

Para cambiar esa relación se hace necesario desequilibrar el mercado de la corrupción. Lo más importante, y lo más difícil de hacer es aumentar la probabilidad de punición.